VOL. V Nº 2 | JULIO 2013 ISSN 2313-9285

CDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

REGLAS DE BRASILIA DE LA XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

GARANTÍAS PENALES

ACUSACIÓN FISCAL. ALLANAMIENTO DE DOMICILIO. DEBIDO PROCESO. DECLARACIÓN INDAGATORIA. DECLARACIÓN TESTIMONIAL. DOBLE INSTANCIA. EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILEGAL. GARANTÍAS PENALES. IN DUBIO PRO REO. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. LEY PENAL MÁS BENIGNA. NULIDADES PROCESALES.

DOCTRINA

MATÍAS URRA. LA TENTATIVA: ASPECTOS PRINCIPALES DE LA PROBLEMÁTICA DE SU PUNICIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.

GIORGIO AGUSTÍN BENINI. PARTICULARIDADES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

MARCIA ALEXANDRA CATINARI. EN LA BÚSQUEDA DE UN PLAZO DE CADUCIDAD RAZONABLE PARA EL AMPARO.

NATALIA LEONOR MONGE.LAS ANTINOMIAS EN EL ORDEN JURÍDICO.

VOL. V Nº 2 | JULIO 2013 ISSN 2313-9285

CDJLP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gov.ar

INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el 30 de noviembre de 2013 a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gov.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra "Times New Roman" tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección "publicaciones" de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2013

Presidente

DR. VÍCTOR LUIS MENÉNDEZ

Ministros

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. TOMÁS ESTEBAN MUSTAPICH

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE EDICIÓN

ANAVELIA ÁLVAREZ

MERCEDES ANDREOTTI

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

PASAJE DEL SUPERIOR TRIBUNAL Nº 70

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

TELÉFONOS: 02954 451816 / 451864

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gov.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICE

ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN SITUACION DE VULNERABILIDAD

100 Reglas de Brasilia

11

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA: GARANTÍAS PENALES

Acusación Fiscal, 44. **Allanamiento de domicilio**, 56. **Debido Proceso**, 60. **Declaración Indagatoria**, 84. **Declaración Testimonial**, 88. **Doble Instancia**, 93. **Exclusión de prueba ilegal**, 104. **Garantías Penales**, 110. **In dubio pro reo**, 115. **Intervenciones telefónicas**, 119. **Ley penal más benigna**, 120. **Nulidades procesales,**125.

43

DOCTRINA

Matías Urra

La tentativa: aspectos principales de la problemática de su punición en el derecho penal argentino.

133

Giorgio Agustín Benini

La Acción de Inconstitucionalidad en la Provincia de La Pampa

167

Marcia Alexandra Catinari

En la búsqueda de un plazo de caducidad razonable para el Amparo

181

Natalia Leonor Monge

Las Antinomias en el orden jurídico

201

Acceso a la Justicia de Personas en Situación de Vulnerabilidad

REGLAS DE BRASILIA DE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Las **"100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD"** que aquí se publican fueron aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV EDICIÓN DE LA CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en la ciudad de Brasilia -República Federativa de Brasil- y tuvieron recepción en el ámbito nacional a través de la **ACORDADA 5/09** de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN** y en el local por el **ACUERDO 3117/11** del **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PAMPA** que decreta su adopción en esta provincia por porte de "los operadores del Poder Judicial, en todo cuanto resulte procedente, como guía en los asuntos a que se refieren".

CONTENIDO

SE INDICAN ENTRE CORCHETES LAS REGLAS QUE CORRESPONDEN A CADA SECCIÓN

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

CAPÍTULO I: PRELIMINAR. Sección 1ª. *Finalidad* [1-2]**. Sección 2ª. *Beneficiarios de las reglas.*** [3-23] 1. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad. 2. Edad. 3. Discapacidad. 4. Pertenencia a comunidades indígenas. 5. Victimización. 6. Migración y desplazamiento interno. 7. Pobreza. 8. Género. 9. Pertenencia a minorías. 10. Privación de libertad. **Sección 3ª. *Destinatarios*:** Actores del sistema de justicia. [24]

CAPÍTULO II: EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS. [25] **Sección 1ª. *Cultura jurídica.*** [26-27] **Sección 2ª. *Asistencia legal y defensa pública.*** [28-31] 1. Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad. 2. Asistencia de calidad, especializada y gratuita. **Sección 3ª. *Derecho a intérprete.***[32] **Sección 4ª. *Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia.*** [33-42] 1. Medidas procesales, 2. Medidas de organización y gestión judicial. **Sección 5ª. *Medios alternativos de resolución de conflictos.*** [43-47] 1. Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad. 2. Difusión e información. 3. Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la resolución alternativa de conflictos. **Sección 6ª. *Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas.*** [48-49]

CAPÍTULO III: CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES. [50] **Sección 1ª. *Información procesal o jurisdiccional.*** [51-57] 1. Contenido de la información. 2. Tiempo de la información. 3. Forma o medios para el suministro de la información. 4. Disposiciones específicas relativas a la víctima. **Sección 2ª. *Comprensión de actuaciones judiciales.*** [58-61] 1. Notificaciones y requerimientos. 2. Contenido de las resoluciones judiciales. 3. Comprensión de actuaciones orales. **Sección 3ª. *Comparecencia en dependencias judiciales.*** [62-79] 1. Información sobre la comparecencia. 2. Asistencia. 3. Condiciones de la comparecencia. 4. Seguridad de las víctimas en condición de vulnerabilidad. 5. Accesibilidad de las personas con discapacidad. 6. Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales. 7. Integrantes de comunidades indígenas. **Sección 4ª. *Protección de la intimidad.*** [80-84] 1. Reserva de las actuaciones judiciales. 2. Imagen. 3. Protección de datos personales.

CAPÍTULO IV: EFICACIA DE LAS REGLAS. [85-100] 1. Principio general de colaboración. 2. Cooperación internacional. 3. Investigación y estudios. 4. Sensibilización y formación de profesionales. 5. Nuevas tecnologías. 6. Manuales de buenas prácticas sectoriales. 7. Difusión. 8. Comisión de seguimiento.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La **CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA**, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada "Una justicia que protege a los más débiles" (apartados 23 a 34).

En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Sus aportaciones han enriquecido de forma indudable el contenido del presente documento.

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Este documento se inicia con un Capítulo que, tras concretar su finalidad, define tanto sus beneficiarios como sus destinatarios.

El siguiente Capítulo contiene una serie de reglas aplicables a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

Posteriormente contiene aquellas reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición.

El último Capítulo contempla una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de estas Reglas, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La Cumbre Judicial Iberoamericana es consciente de que la promoción de una efectiva mejora del acceso a la justicia exige una serie de medidas dentro de la competencia del poder judicial. Asimismo, y teniendo en cuenta la importancia del presente documento para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, se recomienda a todos los poderes públicos que, cada uno dentro de su respectivo ámbito de competencia, promuevan reformas legislativas y adopten medidas que hagan efectivo el contenido de estas Reglas. Asimismo se hace un llamamiento a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que tengan en cuenta estas Reglas en sus actividades, incorporándolas en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.

CAPÍTULO I
PRELIMINAR

SECCIÓN 1ª.- FINALIDAD

(1) Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

(2) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

SECCIÓN 2ª.- BENEFICIARIOS DE LAS REGLAS

1.- CONCEPTO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

2.- EDAD

(5) Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable.

Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

(6) El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

3.- DISCAPACIDAD

(7) Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

(8) Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen

su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

4.- PERTENENCIA A COMUNIDADES INDÍGENAS

(9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal.

5.- VICTIMIZACIÓN

(10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa.

(11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias

características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria) Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)

Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

6.- MIGRACIÓN Y DESPLAZAMIENTO INTERNO

(13) El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.

(14) También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas

que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

7.- POBREZA

(15) La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.

(16) Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.- GÉNERO

(17) La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

(18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones.

Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

9.- Pertenencia a minorías

(21) Puede constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia.

10.- Privación de libertad

(22) La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

(23) A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

SECCIÓN 3ª.- DESTINATARIOS: ACTORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA

(24) Serán destinatarios del contenido de las presentes Reglas:

a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;

b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;

c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;

d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.

e) Policías y servicios penitenciarios.

f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

CAPÍTULO II

EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICIA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS

El presente Capítulo es aplicable a aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han de acceder o han accedido a la justicia, como parte del proceso, para la defensa de sus derechos.

(25) Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

SECCIÓN 1ª.- CULTURA JURÍDICA

(26) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(27) Se incentivará la participación de funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades.

SECCIÓN 2ª.- ASISTENCIA LEGAL Y DEFENSA PÚBLICA

1.- Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad

(28) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

- En el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;
- En el ámbito de la defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales;
- Y en materia de asistencia letrada al detenido.

(29) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados.

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 4ª del presente Capítulo.

2.- Asistencia de calidad, especializada y gratuita

(30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

SECCIÓN 3ª.- DERECHO A INTÉRPRETE

(32) Se garantizará el uso de intérprete cuando el extranjero que no conozca la lengua o lenguas oficiales ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad, hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución.

SECCIÓN 4ª.- REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y LOS REQUISITOS PROCESALES COMO FORMA DE FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

(33) Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

1.- Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

(34) Requisitos de acceso al proceso y legitimación

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

(35) Oralidad

Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

(36) Formularios

Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias,

especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

(37) Anticipo jurisdiccional de la prueba

Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales.

2.- Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

(38) Agilidad y prioridad

Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

(39) Coordinación

Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y

entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

(40) Especialización

Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

(41) Actuación interdisciplinaria

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

(42) Proximidad

Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

SECCIÓN 5ª.- MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad

(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden

contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.

(44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

2.- Difusión e información

(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.

(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas.

3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos

(47) Se promoverá la adopción de medidas específicas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria.

La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.

SECCIÓN 6ª.- SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DENTRO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

CAPÍTULO III
CELEBRACIÓN DE ACTOS JUDICIALES

El contenido del presente Capítulo resulta de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte o en cualquier otra condición.

(50) Se velará para que en toda intervención en un acto judicial se respete la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación.

SECCIÓN 1ª.- INFORMACIÓN PROCESAL O JURISDICCIONAL

(51) Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad.

1.- CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar
- Su papel dentro de dicha actuación
- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

- El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales
- Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso
- La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente
- El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo.

2.- Tiempo de la información

(54) Se deberá prestar la información desde el inicio del proceso y durante toda su tramitación, incluso desde el primer contacto con las autoridades policiales cuando se trate de un procedimiento penal.

3.- Forma o medios para el suministro de la información

(55) La información se prestará de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad, y de manera tal que se garantice que llegue a conocimiento de la persona destinataria. Se resalta la utilidad de crear o desarrollar oficinas de información u otras entidades creadas al efecto. Asimismo resultan destacables las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías para posibilitar la adaptación a la concreta situación de vulnerabilidad.

4.- Disposiciones específicas relativas a la víctima

(56) Se promoverá que las víctimas reciban información sobre los siguientes elementos del proceso jurisdiccional:

- Posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido
- Lugar y modo en que pueden presentar una denuncia o escrito en el que ejercite una acción
- Curso dado a su denuncia o escrito
- Fases relevantes del desarrollo del proceso
- Resoluciones que dicte el órgano judicial

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquéllas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de violencia intrafamiliar.

SECCIÓN 2ª.- COMPRENSIÓN DE ACTUACIONES JUDICIALES

(58) Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

2.- Contenido de las resoluciones judiciales

(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

3.- Comprensión de actuaciones orales

(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo.

SECCIÓN 3ª.- COMPARECENCIA EN DEPENDENCIAS JUDICIALES

(62) Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición.

1.- Información sobre la comparecencia

(63) Con carácter previo al acto judicial, se procurará proporcionar a la persona en condición de vulnerabilidad información directamente relacionada con la forma de celebración y contenido de la comparecencia, ya sea sobre la descripción de la sala y de las personas que van a participar, ya sea destinada a la familiarización con los términos y conceptos legales, así como otros datos relevantes al efecto.

2.- Asistencia

(64) Previa a la celebración del acto

Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en Psicología, Trabajo Social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.

(65) Durante el acto judicial

Cuando la concreta situación de vulnerabilidad lo aconseje, la declaración y demás actos procesales se llevarán a cabo con la presencia de un profesional, cuya función será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

También puede resultar conveniente la presencia en el acto de una persona que se configure como referente emocional de quien se encuentra en condición de vulnerabilidad.

3.- Condiciones de la comparecencia

Lugar de la comparecencia

(66) Resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo.

(67) Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, se procurará evitar en lo posible la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con el inculpado del delito; así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

Tiempo de la comparecencia

(68) Se procurará que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.

Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente.

Cuando esté justificado por las razones concurrentes, podrá otorgarse preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad.

(69) Es aconsejable evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente deberán comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará asimismo la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar la misma persona.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el Derecho aplicable.

(71) En determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

Forma de comparecencia

(72) Se procurará adaptar el lenguaje utilizado a las condiciones de la persona en condición de vulnerabilidad, tales como la edad, el grado

de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectiva, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales. Se debe procurar formular preguntas claras, con una estructura sencilla

(73) Quienes participen en el acto de comparecencia deben evitar emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la persona, especialmente en los casos de víctimas del delito.

(74) Cuando sea necesario se protegerá a la persona en condición de vulnerabilidad de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, podrá plantearse la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, incluso excluyendo su presencia física en el lugar del juicio o de la vista, siempre que resulte compatible con el Derecho del país.

A tal efecto, puede resultar de utilidad el uso del sistema de videoconferencia o del circuito cerrado de televisión.

4.- SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

(75) Se recomienda adoptar las medidas necesarias para garantizar una protección efectiva de los bienes jurídicos de las personas en condición de vulnerabilidad que intervengan en el proceso judicial en calidad de víctimas o testigos; así como garantizar que la víctima sea oída en aquellos procesos penales en los que estén en juego sus intereses.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja.

5.- ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

(77) Se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se

promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales.

6.- Participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales

(78) En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

7.- Integrantes de comunidades indígenas

(79) En la celebración de los actos judiciales se respetará la dignidad, las costumbres y las tradiciones culturales de las personas integrantes de comunidades indígenas, conforme a la legislación interna de cada país.

Sección 4ª.- Protección de la intimidad

1.- Reserva de las actuaciones judiciales

(80) Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.- IMAGEN

(81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- PROTECCIÓNDE DATOS PERSONALES

(83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad.

(84) Se prestará una especial atención en aquellos supuestos en los cuales los datos se encuentran en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

CAPÍTULO IV
EFICACIA DE LAS REGLAS

Este Capítulo contempla expresamente una serie de medidas destinadas a fomentar la efectividad de las Reglas, de tal manera que contribuyan de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

1.- PRINCIPIO GENERAL DE COLABORACIÓN

(85) La eficacia de las presentes Reglas está directamente ligada al grado de colaboración entre sus destinatarios, tal y como vienen definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

La determinación de los órganos y entidades llamadas a colaborar depende de las circunstancias propias de cada país, por lo que los principales impulsores de las políticas públicas deben poner un especial cuidado tanto para identificarlos y recabar su participación, como para mantener su colaboración durante todo el proceso.

(86) Se propiciará la implementación de una instancia permanente en la que puedan participar los diferentes actores a los que se refiere el apartado anterior, y que podrá establecerse de forma sectorial.

(87) Se destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros Poderes del Estado en la mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(88) Se promoverá la participación de las autoridades federales y centrales, de las entidades de gobierno autonómico y regional, así como de las entidades estatales en los estados federales, dado que frecuentemente el ámbito de sus competencias se encuentra más próximo a la gestión directa de la protección social de las personas más desfavorecidas.

(89) Cada país considerará la conveniencia de propiciar la participación de las entidades de la sociedad civil por su relevante papel en la cohesión social, y por su estrecha relación e implicación con los grupos de personas más desfavorecidas de la sociedad.

2.- COOPERACIÓN INTERNACIONAL

(90) Se promoverá la creación de espacios que permitan el intercambio de experiencias en esta materia entre los distintos países, analizando

las causas del éxito o del fracaso en cada una de ellas o, incluso, fijando buenas prácticas. Estos espacios de participación pueden ser sectoriales.

En estos espacios podrán participar representantes de las instancias permanentes que puedan crearse en cada uno de los Estados.

(91) Se insta a las Organizaciones Internacionales y Agencias de Cooperación para que:

- Continúen brindando su asistencia técnica y económica en el fortalecimiento y mejora del acceso a la justicia.
- Tengan en cuenta el contenido de estas Reglas en sus actividades, y lo incorporen, de forma transversal, en los distintos programas y proyectos de modernización del sistema judicial en que participen.
- Impulsen y colaboren en el desarrollo de los mencionados espacios de participación.

3.- Investigación y estudios

(92) Se promoverá la realización de estudios e investigaciones en esta materia, en colaboración con instituciones académicas y universitarias.

4.- Sensibilización y formación de profesionales

(93) Se desarrollarán actividades que promuevan una cultura organizacional orientada a la adecuada atención de las personas en condición de vulnerabilidad a partir de los contenidos de las presentes Reglas.

(94) Se adoptarán iniciativas destinadas a suministrar una adecuada formación a todas aquellas personas del sistema judicial que, con motivo de su intervención en el proceso, tienen un contacto con las personas en condición de vulnerabilidad.

Se considera necesario integrar el contenido de estas Reglas en los distintos programas de formación y actualización dirigidos a las personas que trabajan en el sistema judicial.

5.- NUEVAS TECNOLOGÍAS

(95) Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

6.- MANUALES DE BUENAS PRÁCTICAS SECTORIALES

(96) Se elaborarán instrumentos que recojan las mejores prácticas en cada uno de los sectores de vulnerabilidad, y que puedan desarrollar el contenido de las presentes Reglas adaptándolo a las circunstancias propias de cada grupo.

(97) Asimismo se elaborarán un catálogo de instrumentos internacionales referidos a cada uno de los sectores o grupos mencionados anteriormente.

7.- DIFUSIÓN

(98) Se promoverá la difusión de estas Reglas entre los diferentes destinatarios de las mismas definidos en la Sección 3ª del Capítulo I.

(99) Se fomentarán actividades con los medios de comunicación para contribuir a configurar actitudes en relación con el contenido de las presentes Reglas.

8.- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO

(100) Se constituirá una Comisión de Seguimiento con las siguientes finalidades:

- Elevar a cada Plenario de la Cumbre un informe sobre la aplicación de las presentes Reglas.
- Proponer un Plan Marco de Actividades, a efectos de garantizar el seguimiento a las tareas de implementación del contenido de las presentes reglas en cada país.
- A través de los órganos correspondientes de la Cumbre, promover ante los organismos internacionales hemisféricos y regionales, así como ante las Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado de Iberoamérica, la definición, elaboración, adopción y fortalecimiento de políticas públicas que promuevan el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Proponer modificaciones y actualizaciones al contenido de estas Reglas.

La Comisión estará compuesta por cinco miembros designados por la Cumbre Judicial Iberoamericana. En la misma podrán integrarse representantes de las otras Redes Iberoamericanas del sistema judicial que asuman las presentes Reglas. En todo caso, la Comisión tendrá un número máximo de nueve miembros.

Dossier de Jurisprudencia sobre Garantías Penales

Este dossier incluye extractos de sentencias e interlocutorios clasificados por voces. Aunque las transcripciones son siempre textuales, recomendamos el análisis de las sentencias completas para aprehender el contexto del extracto citado, las especificidades del caso y sus posibles aplicaciones a otros análogos.

Los fallos citados pueden consultarse a texto completo en la web www.jusonline.gov.ar accediendo a la sección jurisprudencia.

Tabla de abreviaturas usadas en los sumarios

[STJLaPam-B]	STJLaPam – Sala B
[TIP]	Tribunal de Impugnación Penal

ACUSACIÓN FISCAL

ACUSACIÓN FISCAL – Contenido y alcance

[] 1.

... El art. 18 de la Constitución Nacional exige el cumplimiento de las formas sustanciales del juicio, en este caso preciso -la acusación- la cual debe estar plasmada en el propio cuerpo sentencial. No puede suplirse tal exigencia remitiéndose a otras instancias del proceso.-

"La falta de enunciación del hecho motivo de la causa, como también las circunstancias sobre las que se ha basado la acusación o la ausencia de fundamentos ... en que se funda la sentencia, acarrean su nulidad." (VAZQUEZ IRUZUBIETA - CASTRO, "Procedimiento Penal Mixto", T.III, pág. 131/132, ed. Plus Ultra 1969), el subrayado es nuestro .-

Sostiene DE LA RUA al respecto, que "...'la relación sucinta del hecho y de las circunstancias que sean motivo de la acusación' es un elemento esencial de la sentencia definitiva" ("El Recurso de Casación", pág. 145, ed. de Zavalía, 1968).-

Ello no significa que deban guardarse formas sacramentales para la enunciación de los hechos, pero sí realizarse "... la descripción pormenorizada de las circunstancias fácticas que la enmarcan, de su secuencia temporal y además el juicio razonado y lógicamente correcto sobre la autoría del hecho con la imputación de los diferentes grados de responsabilidad y culpabilidad si hubiesen existido." (CNac.Cas.Penal, sala 2ª, 15/9/93 - Pinna, Daniel E. JA-1994-II-125).-

FERREYRA, Eduardo Esteban s/ejercicio ilegal de la medicina -- 14/10/2003 - Expte. Nº 02/02 [STJLaPam-B]

[] 2.

... para que alguien pueda defenderse o ejercer su derecho de defensa es forzoso conocer "... la noticia íntegra, clara, precisa y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado" (MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal argentino*, 1b, pág. 324, ed. Hammurabi, 1989).-

DOMINGUEZ, Estela Maris, en causa nº F 15/04 (reg. Juzg. de Inst. yCorrec. nº 1 - Sta. Rosa) s/ Recurso de casación -- 20/10/2005 - Expte. Nº 32/05 [STJLaPam-B]

ACUSACIÓN FISCAL – Contenido y alcance: congruencia

[] 3.

El principio de congruencia "... es la falta de correlación entre pretensión punitiva y disposición jurisdiccional." (SAGRETTI, Héctor, "Principio de congruencia", LL-2000-F-926).-

Es decir que, la imputación de un hecho concreto por parte del representante del Ministerio Público debe resultar plasmada en la decisión jurisdiccional, para que tal principio no resulte afectado. Este principio, tiene respaldo en la garantía de imparcialidad con la que debe contar el imputado, la cual goza de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22, de la C.N.), por la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional.-

En ese orden de ideas, cabe exponer que el juzgador se erige en un tercero imparcial que debe ajustarse, al momento de dictar su pronunciamiento, a lo sucedido en el desarrollo del debate y a la mencionada requisitoria. A efectos de analizar la violación del referido principio, "... los tópicos que la doctrina ha señalado como relevantes, son los referidos al ´cambio abrupto´ en la calificación legal, y a la ´sorpresa´ que la modificación pudo haber generado en aquel sometido a proceso." (ob. cit. pág. 929).-

[En este caso, el Tribunal considera que "si existió identidad fáctica, entre la acusación y el decisorio jurisdiccional (...) el principio de congruencia no ha sido atacado"]

BALQUINTA, Juan Carlos, en causa 17/01 (reg. C. C. nº 1) - (y otros: FALCINELLA - FERNANDEZ - ACOSTA - FLOREZ - ARANDA, causas 167/03, 339/03, 154/03, 219/03) s/ RECURSO DE CASACION -- 21/10/2005 - Expte. Nº 116/04 [STJLaPam-B]

OROZCO, José Alberto, en causa nº 2704/05 (reg. Juzg. Reg. Letrado - 4ta. C.J.) s/ Recurso de Casación -- 8/4/2008 - Expte. Nº 131/06 [STJLaPam-B]

[] 4.

la interpretación de esta regla "...está constituida por la relación del principio con la máxima de la inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado" (Maier Julio. Derecho Procesal Penal I.

Fundamentos. Editores del Puerto s.r.l., 2º edición, 3ª reimpresión. Buenos Aires, 2004: p. 568).-

SORBA, Fabián Darío) s/ recurso de casación -- 17/2/2009 - Expte. Nº 05/06 [STJLaPam-B]

[] 5.

"La aplicación del principio de correspondencia no debe llevarse a extremos tales que una circunstancia secundaria o modalidad distinta de la descripción de los hechos determine la nulidad de la sentencia, sobre todo si no ha derivado de ella una restricción a la defensa." (ABALOS, Raúl Washington, Código Procesal de la Nación, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, pág. 870, con cita de Alfredo Vélez Mariconde).-

BALQUINTA, Juan Carlos, en causa 17/01 (reg. C. C. nº 1) - (y otros: FALCINELLA - FERNANDEZ - ACOSTA - FLOREZ - ARANDA, causas 167/03, 339/03, 154/03, 219/03) s/ RECURSO DE CASACION -- 21/10/2005 - Expte. Nº 116/04 [STJLaPam-B]

[] 6.

Doctrina y jurisprudencia son contestes en señalar que "el principio de congruencia resulta incólumne con el cambio de calificación del tribunal, en tanto se haya respetado la integridad del "acontencimiento histórico" con un contenido fáctico delimitado e inmutable a lo largo de los sucesivos momentos en que se van expresando las partes con roles enfrentados.

Ninguna duda cabe que el tribunal esta facultado y obligado a aplicar el derecho con fundamento en la regla procesal del "iuranovitcuriae".

MANSILLA, Beatriz S.; D´AMICO, Juan C.; NAVAL, Rubén A.; GARCIA, Walter; RODRIGUEZ, Mirta I.; AGÜERO, Hugo N.; ARANIZ, Luis E. S/ Recurso de Impugnación -- 27/11/2008 -- causa nº 05/08 [TIP] (Flores - Jensen)

[] 7.

(...) Tal como lo expresa Ernesto Kreplak, en "Acerca de la estricta correlación entre la acusación y el fallo -como pronóstico adverso de supervivencia del cambio de calificación legal a partir de la relativa indistinción entre hechos y normas-" (Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 3, pág. 37, Ed. Hamurabi, Bs. As., 2.007) "...Desde un mirador, se ha establecido que la base fáctica no es una "bolsa" con hechos entre los que el tribunal de mérito puede escoger

discrecionalmente sin ordenarlos según el criterio normativo que mejor le parezca, sino que debe existir en la selección de hechos con relevancia jurídica e identidad en la posición que cada uno de éstos ocupe en la estructura de la imputación...".

En igual sentido, Ángela Ledesma, en su trabajo "Objeto Procesal: momento en que se define" (Estudios en Homenaje al Dr. Francisco D´Albora, pag. 335,345/346, LexisNexis, Bs. As. 2.005) establece "... una relación de carácter transitivo y tripartita de las relaciones procesales; en primer término, señala que el objeto procesal es el que fija la acusación en la oportunidad del cierre de los alegatos; en segundo término, dicho objeto procesal se conforma de una pretensión que debe quedar completamente integrada; finalmente, la imposibilidad del juez de destruir la identidad normativa y sustancial de la acusación; incluso, si oficiosamente el tribunal advirtiese a la defensa respecto de ampliar el debate y la prueba introduciendo de oficio un nuevo objeto procesal, estaría gestando una nueva acusación jurisdiccional".

S.P.J. S/ Recurso de Impugnación—29/11/2012—Legajo Nº 2061/2 [TIP]

[] 8.

El Tribunal no está obligado a sujetarse a la calificación jurídica dispuesta por el Fiscal, es por eso que "El ´hecho´ como dice la Ley, es el acontecimiento histórico con todas sus circunstancias, en el cual se ha desarrollado y que merece una primera calificación legal, no definitiva, por parte del Agente Fiscal. Ese acontecimiento histórico es la materia sobre la que ha de versar toda la actividad probatoria en el proceso, como también los alegatos de las partes. Y en esa materia, en ese objeto procesal, sobre el que recae la producción de la prueba, la calificación legal hecha por el Ministerio Público puede ser modificada". (ABALOS, ob. cit., pág. cit.).-

BALQUINTA, Juan Carlos, en causa 17/01 (reg. C. C. nº 1) - (y otros: FALCINELLA - FERNANDEZ - ACOSTA - FLOREZ - ARANDA, causas 167/03, 339/03, 154/03, 219/03) s/ RECURSO DE CASACION -- 21/10/2005 - Expte. Nº 116/04 [STJLaPam-B]

[] 9.

En materia penal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “El cambio de calificación no configura agravio constitucional alguno cuando, como ocurre en el caso, la sentencia recurrida versa sobre el mismo hecho del proceso motivo de condena en primera instancia y de acusación por parte del Ministerio Público, máxime cuando el recurrente no

indica cuáles habrían sido las probanzas de las que se habría visto privado" (Fallos 302:482).-

También ha sostenido que "...el deber de los magistrados, cualquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa o la calificación que ellos mismos hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron materia de juicio. Lo que importa y decide es el cumplimiento de esta última exigencia: si ella ha sido satisfecha no hay violación de la defensa en juicio..." (C.S. Fallos 310:2094).-

PERÉS NATALIO G. en autos: Sra. Juez Titular del Juz. Instr. yCorr. Nº 7, Dra. M. Florencia MAZA, remite fotocopias de la causa nº 5409/04 caratulada: 'AGENTE FISCAL s/solicita instrucción de sumario conf. al Art. 170 C.P.P. y Ley Nº 313 -- 20/8/2009 - Expte. Nº 12V/09 [OV]

ACUSACIÓN FISCAL – Contenido y alcance: fundamentación en pedido de pena.

[] 10.

El Fiscal deberá formular motivadamente su acusación, exponiendo los aspectos fácticos que reproduzcan objetivamente un tipo penal determinado y su autoría por el imputado, como así si corresponde formular un reproche penal hacia su persona, solicitando en consecuencia la pena que estime corresponder, dentro de la escala penal propia del tipo y cuyo quántum surgirá como consecuencia de la gravedad del hecho por el que se acusa, la modalidad delictiva, la extención del daño causado, etc.,etc., interpretados todos estos componentes de la acusación dentro de un contexto general, pues no debemos olvidar que si bien la existencia de acusación es la que habilita a la jurisdicción para la imposición de una pena -conforme doctrina CSJN en casos "Tarifeño", "García", "Catonar" y otros-, no es menos cierto que la solicitud fiscal de sanción, no obliga al órgano jurisdiccional a su imposición, como así tampoco a ceñirse al quántum pedido por su parte -CSJN por mayoría en "Amodio"-, de allí que mal puede exigírsele a quien no tiene capacidad decisoria sobre la cuestión puntual subexamen -determinación del quántum de la pena y su modalidad de cumplimiento-, despliegue una actividad procesal propia del órgano competente para ejercer esa función. (Voto Dr. Jensen).

[...] es mi criterio que, dentro de un proceso más que de neto cuño acusatorio, adversarial, como es el que se viene perfilando conforme la manda constitucional, es deber de las partes, sobre todo las que peticionan

una concreta sanción, explicitar los fundamentos del por qué lo hacen, permitiendo así que la otra parte esté en mejores condiciones para refutar, con argumentos útiles y pertinentes a lo escuchado, a fin que el tribunal pueda, desde su posición de tercero imparcial, resolver la cuestión.

[...] Que también correspondería a la parte querellante, en su rol de acusador privado, ofrecer a las otras partes y al Tribunal de juicio, la motivación congruente que dé andamiaje a su concreto pedido de pena, exigiéndosele una más cuidadosa fundamentación en derecho de la postura por él sostenida. (Voto Dra. Fantini).

TRIPPUTI, Juan Pablo s/ Recurso de Impugnación -- 15/04/2010—Expte. nº 86/09 [TIP]

[] 11.

El requisito establecido en el art. 58 del C.P.P., en relación a la forma de actuación del Ministerio Fiscal durante la etapa de juicio y más especificamente en lo que hace al momento de realizar los alegatos durante la audiencia de debate, está dirigida a las "conclusiones" que dicho Ministerio debe efectuar en relación a los hechos que se le imputan al acusado de un delito, como a la calificación legal en que solicita su encuadramiento. El monto de pena solicitado, siempre que el mismo se encuadre dentro del mínimo y máximo establecido en la norma respectiva, resulta válido a los fines requeridos por este última, toda vez que el análisis de la pena a aplicar, lo debe efectuar el Tribunal de Juicio, independientemente de lo que pueda realizar el acusador público (Voto del Dr. Rebechi)

Que la nulidad impetrada no es por la falta de fundamentación misma, sino por lo que esa carencia de fundamentación pueda haber influido para disminuir la posibilidad de ejercer, en plenitud, el derecho de defensa del imputado en una cuestión de vital interés para él.

"...Tampoco se trata, en el afianzamiento de garantías constitucionales dentro del proceso penal, de hacer de éste una justa académica de debate, donde cada una de las partes, en la defensa de sus intereses, realice una exhaustiva exposición de motivos sobre el por qué de sus diversas peticiones; pero sí requerir ese mínimo de fundamentación--que excede el marco de una simple opinión--, para permitir a las otras partes y al tercero imparcial conocer y ponderar, en profundidad, las razones fundantes para poder mejor rebatirlas o mejor decidir..."

(...) Se han respetado las reglas sustantivas en la determinación del monto de la pena impuesta y su modo de cumplimiento--no pudiéndose escindir, a mi criterio, ambas cuestiones, sirviendo para dar adecuada razón las mismas pautas--, (...), reflejándose en el caso concreto una adecuada

"concepción retributiva de carácter tripolar, que integre el interés general en la imposición de la pena, con la consideración de la situación del afectado [todo el cuerpo social] y la medida de responsabilidad del que lo provocó" (Fleming, Lopez Viñals, "Las Penas", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 100.- (Voto de Dra. Fantini)

MARRO, Néstor Fabián; ESPINOSA, Sergio Ricardo s/ Recurso de Impugnación –– 28/07/2010-Expte. Nº 23/10- [TIP]

ACUSACIÓN FISCAL - Necesidad de acusación fiscal: doctrina "Tarifeño" – "Santillán"

[] 12.

El STJ entiende que el "requerimiento de elevación a juicio" no puede considerarse como "acusación fiscal" si esta no se concreta en el curso del debate, lo que ocurrirá únicamente "cuando -formalizada esa "elevación", instrumentado el "juicio", incorporadas y producidas en el mismo las pruebas del caso y ofrecida a las partes la alternativa clave de los alegatos– el Ministerio Fiscal, como titular exclusivo de la acción, la asuma y la protagonice -por ej., con una imputación condenatoria contra el entonces sí "acusado"— a la decisión del Tribunal, todo obviamente con la posibilidad de una solución distinta si ese Ministerio, en lugar de "acusar", solícita la absolución del "imputado")";

"(…) la condena del imputado, sin acusación de Fiscalía o con solicitud absolutoria de ésta, vulnera efectivamente la garantía constitucional del "debido proceso" y determina la invalidez de la sentencia respectiva, sobre todo por la gravitación inmediatamente perjudicial de una alternativa semejante en los términos de real eficacia que siempre deben resguardarse en relación al derecho de defensa del mismo imputado, precisamente porque, con esa ubicación en el debate, será también más fácil reconocer que es procesalmente imposible (por lo menos, sería peligrosamente riesgoso) excluir o desvirtuar acusaciones que por inexistentes se desconocen ("nadie puede defenderse de algo que ignora", ha advertido Vélez Mariconde, según la cita de CUNEO LIBARONA, M., "Nulidad de sentencias en el proceso penal", pág. 42, ed. Abeledo-Perrot, 1968);"

En tal hipótesis, "(…) el derecho de defensa -pese a su jerarquía constitucional- no alcanzará a superar los límites de una verdadera ficción, salvo que pudiera pretenderse que –luego del pedido absolutorio de Fiscalía y frente a la necesidad apremiante del alegato– el defensor del imputado deba recurrir, digamos, a un esfuerzo adivinatorio o imaginativo (sobre posibles "cargos" y probables "fundamentos" de los mismos), pretensión que,

indudablemente, ningún sistema procesal -menos aún el nuestro- podría consentir o tolerar;"

CUTIÑOLA Nicolas s/ lesiones culposas – 30/10/1996 - Expte. Nº 8/95 [STJLaPam-B]

[] 13.

(...) esos antecedentes de la Corte Nacional (cuya conclusión interpretativa ha compartido ya esta Sala, en el "caso Cutiñola" y según resolución de fecha 30 de Octubre de 1996) no tienen, sin embargo, validez para justificar la referida argumentación del agraviado, ya que sólo pueden sintetizarse, conceptualmente, con la conclusión (señalada, en forma textual, en el caso citado y también en el "caso García" del 22/12/94) de que "en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales", formas -se agrega- que "no son respetadas si se dicta sentencia condenatoria sin que medie acusación", vale decir, un criterio de interpretación exclusivamente subordinado a la inexistencia de acusación fiscal y sin posibilidad, por lo tanto, de aplicación extensiva respecto de una hipótesis como la de autos (imposición, por el Tribunal, de una pena no solicitada en la acusación), precisamente porque lo decisivo es que la conclusión condenatoria pudo ser asumida, en esta sentencia, porque el Ministerio Público había satisfecho la exigencia de la acusación, que es una de las formas sustanciales del juicio y que, por esa misma calidad, es lo único que condiciona –según el criterio de la Corte- la existencia procesal de la condena. *(En el caso se había impuesto al imputado una pena de inhabilitación especial no solicitada por el Fiscal).*

PEREZ SUHURT – 18/12/1996 - Expte. Nº 50/95 [STJLaPam-B]

[] 14.

Que en reciente fallo -de fecha 17/02/2004- la Corte Suprema se ha pronunciado en los autos "Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo", remitiéndose a los fundamentos del Fallo "Cáceres, Martín H. s/tenencia de arma de guerra" del 25/09/1997, dejando de lado el precedente "Marcilese", y retornando a la doctrina anterior, expresó que "...esta Corte tiene dicho reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales ... Que en el sub lite no han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio ..., el fiscal durante el debate solicitó la

absolución del imputado ... y, pese a ello, el tribunal de juicio impuso la condena recurrida, lo cual pone al descubierto una trasgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso que conducen a la revocación del pronunciamiento recurrido (confr. doctr. de Fallos: 317:2043 y causa T. 209. XXII 'Tarifeño, Francisco s/encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad', resuelta el 28 de diciembre de 1989; ...".-

R., R. S. s/Tratamiento Tutelar -- 24/8/2004 - Expte. Nº 92/03 [STJLaPam-B]

[] 15.

El querellante particular, en nuestro Código de Procedimiento, reviste la calidad de adhesivo, esto significa que su actuación no es autónoma de la del Ministerio Público, debe restringirse y subordinarse a la de aquél. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Santillán, Francisco A." de fecha 13 de agosto de 1998, sostuvo "La exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula, razón por la cual nada obsta a que el querellante realice dicha acusación".-

ROSSI, Roberto Florentino, en causa nº 12819/03 (reg. C.C. IIª C. Judicial) s/Recurso de casación -- 28/9/2005 - Expte. Nº 31/04 [STJLaPam-B]

VIDORET, Jorge Aníbal- ACOSTA, Claudio Héctor - QUIROGA, Adolfo Armando BUSTAMANTE, Miguel Angel- SALVATIERRA, Venancio Sixto s/ recurso de casación -- 28/11/2008 - Expte. Nº 80/07 [STJLaPam-B]

ACUSACIÓN FISCAL – Principio acusatorio: naturaleza de la prueba obtenida en la instrucción fiscal preparatoria.

[] 16.

(...) En el sistema acusatorio (...) la carga probatoria se encuentra en cabeza del Ministerio Fiscal, no constituyendo verdadera prueba los datos colectados por el Fiscal en esa tarea de investigación -salvo, claro está, aquella prueba que, por su índole, pueda ser considerada irreproductible y tenga un correlato de anticipo judicial en su realización previa al juicio- siendo en esta etapa -la de plenario- cuando efectivamente se producirán las medidas probatorias que las partes consideren convenientes, a los fines de dar basamento a las respectivas teorías y visiones del caso.

Las situaciones que plantea el Defensor (...) al no constituir violación a garantías constitucionales, no pueden ser consideradas, ni tampoco la resolución que las trata, como "acto procesal importante" para el imputado, conservando éste su derecho pleno a producir las medidas probatorias que considere pertinentes y conducentes a sus intereses en la etapa de plenario, desde que las señaladas por el recurrente pueden ser realizadas y controladas durante la etapa de juicio, sin mengua alguna del derecho de defensa del imputado, no habiéndose alegado tampoco por el Defensor ninguna situación que encuadre en los supuestos del art. 270 del Cód. y que tendrían su impacto sí en la efectiva vigencia del derecho de defensa.

MPF c/ MENDEZ, Ricardo Rubén s/ abuso sexual agravado, lesiones leves, violencia contra las mujeres – 16/05/2012 – Legajo nº 1442/2-12 [TIP]

[] 17.

(...) El acusador público, a lo largo del todo el proceso tiene la responsabilidad probatoria, señalada en el art. 309 del C. P. P. Lo que se traduce en una carga en su actuación, en el que se apoya toda su imputación o acusación y que no se refleja como algo abstracto, puesto que, al concretarse y manifestarse en su proyección a lo largo del proceso, como exteriorización de su voluntad ante la jurisdicción, debe hacerlo de manera precisa y clara, que no ofrezca al resto de los operadores y mucho menos al justiciable, dudas sobre su imputación, en cuanto a los hechos y la norma aplicable a los mismos; ya que, cualquier interpretación en contrario opera en favor de la defensa, quien goza de garantías. No sólo desde un lenguaje preciso, sino que, además, en el armado de una lógica argumental, de manera que evidencie la motivación de lo que se pretende. En este sentido, se debe tener en cuenta que, con posterioridad se viene la respuesta a su tesis, es decir el otro extremo del contradictorio -la defensa y su estrategia- como correlato opuesto del caso por el que fuera acusado. Es a partir de ello que se advierte el juego armónico del contradictorio y sin que existan en tal sentido sorpresas que lo desvirtúen.

Ahora bien, toda vez que en su actividad cargosa el representante del Ministerio Público al acusar se exprese de manera imprecisa, poco clara, permitiendo interpretaciones diversas, se genera todo un sistema de garantías, como herramienta de la defensa; como mecanismo de lo antes señalado el que, inversamente proporcional, se activa y profundiza en la medida que el acusador incumpla con su carga de conformidad a la reglas preexistente, máxime frente a una sentencia que fuera adversa al justiciable.

S.P.J. S/ Recurso de Impugnación—29/11/2012—Legajo Nº 2061/2 [TIP]

ACUSACIÓN FISCAL – Principio de imparcialidad

[] 18.

Cabe señalar que tiene "el Fiscal la tarea de acusar sin que llegue a constituirse en el interés único que dinamiza su actividad procesal, ya que a la acusación deberá sostenerla hasta la aparición de la comprobación de inocencia y acusar persiguiendo la verdad real y no al imputado" (conf.; C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA y R. A. CASTRO, "Procedimiento Penal Mixto", T. I, pág. 218, fid. Plus Ultra, 1969)

AMAN José Oscar -- 5/11/1998 - Expte. Nº 117/98 [STJLaPam-B]

ACUSACIÓN FISCAL: Principio de oportunidad

[] 19.

"...El principio de oportunidad es entendido como la disponibilidad de la acción penal en torno a taxativas condiciones reguladas por la ley, especialmente relacionadas con la política criminal estatal o el mejor interés de la justicia o la utilidad o conveniencia del ejercicio de la acción", conforme lo expresa Fernando YávarUmpierrez en "La Pena natural" en Revista jurídica Online, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador.

[...] cualquiera de los criterios de oportunidad que la nueva legislación procesal -[...]-ofrece, deben ser tomados, por regla general, en los primeros momentos de la investigación y suponen el no ejercicio, por parte del órgano acusador, de la acción penal pública y oficiosa, [...].

SCHUALE, Eduardo s/recurso de impugnación –16-03-21011- Expte. nº 82/10 [TIP]- (Rebechi- Fantini)

ACUSACIÓN FISCAL – Recurso del fiscal: el "mantenimiento" del recurso interpuesto por el querellante particular.

[] 20.

No resulta necesario que el fiscal argumente ni fundamente las razones del "mantenimiento" del recurso. La sola presentación del escrito con la expresión de que asume la carga de esa exposición resulta suficiente a los

fines del cumplimiento de ese requerimiento formal. Establecer mayores exigencias atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

TOMASO, Héctor Rubén s/ recurso de casación- 02-06-2010- Expte. nº 68/09 [STJLaPam-B]

ACUSACIÓN FISCAL – Recurso del fiscal: su procedencia limitada "exclusivamente" a casos de sentencia arbitraria

[] 21.

Que, sin perjuicio de la amplitud recursiva que la reforma al art. 403 del Cód. Proc. Penal ha dispuesto -en contraposición a la limitación que el anterior traía sobre las posibilidades recursivas del Ministerio Público Fiscal-, es mi criterio que, una absolución por la duda, puede ser recurrida por esta parte -el fiscal- en casos de arbitrariedad de la sentencia -esto es, o por falta de fundamentación o por fundamentación ilegal u omisiva e ilógica-, "... manteniéndose ajenos a esta vía los agravios enderezados a procurar el control de la aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la determinación del valor conviccional de las pruebas", conforme lo ha expresado el STJ de Córdoba, en numerosos fallos citados en causa "Carranza Rodriguez, Federico y otros p.ss.aa.homicidio-Recurso de casación e inconstitucionalidad" (Expte. "C", 4/2007), resuelto por la Sala Penal de dicho Tribunal con fecha 29-12-2008-.

Que ese standard "... de detracción como materia revisable en (la impugnación) del valor convictivo de las pruebas por la errada aplicación de las reglas de la sana crítica racional", se dirige sólo a las partes acusadoras, tanto pública como privada -aunque con diferencia de intensidad, lo que no viene al caso aquí aclarar-, toda vez que es el imputado el que tiene derecho a recurrir el fallo, conforme art. 8.2,h de la CADH y 14.5 del PIDCyP. [Voto de la Dra. Fantini]

ROBLEDO, Roberto Ricardo s/ Ministerio Público Fiscal impugna absolución—18/09/2012—Legajo Nº 280/3 [TIP]

ACUSACIÓN FISCAL – Recurso del fiscal: su procedencia limitada "exclusivamente" a la falta de fundamentación de la sentencia.

[] 22.

Si bien nuestro ordenamiento procesal prevé el recurso de impugnación por parte del Ministerio Fiscal para el supuesto de que haya

existido pedido de condena por este último y el Tribunal de Juicio haya dictado una sentencia absolutoria (Art. 431, inc.1°, del C.P.P.), dicho recurso, debe estar basado "exclusivamente" en una supuesta falta de fundamentación de la sentencia recurrida y en la forma en que el Sentenciante aplicó su razonamiento al caso concreto.-

Ello es así, porque la posibilidad de que el Tribunal de Impugnación pueda volver a analizar la prueba producida, lo es cuando el agraviado es quien resultara condenado (basado en el principio constitucional del doble conforme), pero no cuando quien recurre es la parte acusadora, toda vez que ésta, sea como representante del Estado o del penalmente ofendido, ya tuvo la oportunidad de poder ejercer el derecho que la ley le confiere, salvo (...), que por parte del Juzgador, no se hayan cumplimentado algunos de los requisitos establecidos en el art. 371 del C.P.P. y por ende la sentencia podría llegar a ser "nulificada". (Del voto del Dr. Rebechi)

GODOY, Godofredo s/ Recurso de Impugnación -- 1/7/2010 -- 51/09 [TIP] (Mayoría: Fantini - Balaguer; en disidencia, Rebechi)

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – La garantía constitucional y su reglamentación

[] 23.

El artículo 18 de la Constitución Nacional expresa que el domicilio es inviolable "y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".-

Esta garantía resulta más amplia en nuestra Constitución provincial. En su artículo 10 expresa: "El domicilio, los papeles particulares ... son inviolables y sólo podrán ser allanados, intervenidos o interceptados mediante orden escrita, fundada y concreta de juez competente. No se realizará allanamiento nocturno del hogar sin grave y urgente motivo."

La reglamentación de esta garantía se plasma en nuestro Código de Procedimiento en el Título III, capítulo II - Registro Domiciliario y Requisa Personal-.

El Código de rito, en su art. 200, establece las formalidades que deben guardarse para efectuar el allanamiento: notificar la orden a quien habite o

posea el lugar donde deba efectuarse; si éste se hallare ausente cómo se debe proceder; la invitación a presenciar el registro y cómo se labrará el acta.-

De la redacción del referido artículo se desprende la obligación por parte del personal policial, de que antes de ingresar al lugar se pondrá en conocimiento de la persona que lo habitare la resolución judicial que autorice la entrada al domicilio.-

SAAVEDRA, César Oscar, en causa nº F - 571/05 (reg. Juzg. de Inst. yCorrec. nº 1 - IIª C.J.) s/ Recurso de casación -- 1/2/2006 - Expte. Nº 62/05 [STJLaPam-B]

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – Allanamiento nocturno

[] 24.

La Cámara Nacional de Casación Penal entendió que es válido el procedimiento efectuado en horas de la noche cuando: "... el auto que ordena el allanamiento nocturno se encuentra suficientemente fundado al indicarse la finalidad de evitar la posible pérdida de la prueba [y] el escaso tiempo con que se cuenta" (C. Nac. Cas. Penal, sala IV, mayo 17-1996,- B.,R.A. y otra s/recurso de casación, E.D.170-520).-

SAAVEDRA, César Oscar/ Recurso de casación -- 1/2/2006 - Expte. Nº 62/05 [STJLaPam-B]

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – Ampliación del objeto de la pesquisa: doctrina del "plain view"

[] 25.

A esos efectos, corresponde ajustarse a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa D'Acosta, Miguel Angel, Fallo 310:85, "Mientras dura la diligencia se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendieran oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimidad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial. Pero una vez que la pesquisa ha concluido, recupera su derecho de oponerse a la entrada de un tercero ajeno a la morada, aun en el caso de encontrarse en la imposibilidad material de repeler la entrada.".-

Esta doctrina que sentó la Corte, y que se ajusta perfectamente al caso sub-judice, tiene origen en la jurisprudencia norteamericana: "Parece

evidente que si la policía, al ejecutar una orden de allanamiento, se encuentra con material incriminatorio ya sea vinculado al delito que se investigue o a otro diferente, tendría la obligación de secuestrarlo. ... Principios y limitaciones de esta naturaleza han sido adoptados en el derecho judicial norteamericano, a través de la llamada 'plainviewdoctrine'. Ver así los casos *Harris v. UnitedStates*, 390 U.S. 234 (1968) y *Coilidge v. New. Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971)."(CARRIO, Alejandro, "La Justicia Criminal", pág. 65, ed. Lerner, 1986).-

En este pronunciamiento, la Corte Suprema le reconoce a la prevención, previo dictado de la orden de allanamiento, la posibilidad de ampliar el objeto de su pesquisa a otros elementos distintos de aquellos que refiere ese auto jurisdiccional, sin dejar de señalar que el juez no "delega su imperium" para que la policía lo utilice discrecionalmente, es decir la garantía constitucional de la inviolabilidad de domicilio es la regla y las excepciones deben interpretarse restrictivamente "No hace falta una inteligencia muy trabajada del asunto para comprender que, a fin de que la libertad no muera de imprecisión, han de interpretarse de manera particularmente estricta las excepciones que quepa introducir, en los casos de allanamiento de morada, a la exigencia de orden escrita de autoridad competente que contenga indicaciones puntuales sobre el lugar y objeto de la providencia." (MILLER, J., "Constitución y Derechos Humanos" T. I, del voto del Dr. Enrique Petracchi, en causa "Fiorentino", pág. 389, ed. Astrea, 1991).-

OYARZUN, Sergio Aníbal; Acosta, Marcos Adrián s/robo calificado; Ullúa, Carolina Alicia; Mertián, Carlos Horacio; Ramos, Eduardo s/encubrimiento -- 10/6/2003 - Expte. N° 92/02 [STJLaPam-B]

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – Consentimiento al ingreso: exigencia de informar al titular de la posibilidad de negarse.

[] 26.

[El TIP invalida un allanamiento al observar que] (no) consta que la autoridad policial, al momento del ingreso, junto al médico forense, le haya informado al titular del derecho de exclusión la posibilidad que tenía de negarse a permitir el ingreso, requisito sine qua non para que un consentimiento -siempre susceptible de ser examinado en su legitimidad- pueda considerarse válido, tal como lo ha expresado el miembro de la Corte, Ministro Petracchi, en las cinco condiciones por él exigibles para considerar válido el consentimiento para el ingreso, en casos de registro domiciliario sin orden judicial, en el conocido caso "Fiorentino".

D., S. A. s/homicidio agravado por el vínculo -- 18/5/2009 -- 43/09 [TIP] (Fantini)

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – Exigencia de anuncio previo al ingreso: excepción.

[] 27.

El operativo se realizó, según consta a fs. 3, a las 21:15 horas, y la policía irrumpió saltando el tapial de la vivienda. Resulta cierto, como afirma la defensa, que debió haberse notificado la orden, en forma previa al ingreso; sin embargo, esta disposición puede ceder ante la pérdida u ocultamiento de material probatorio, como también ante la posibilidad de que las personas que se hallaban en el lugar se evadieran.-

Tal es así que la Corte Suprema norteamericana en "Ker v. California" 374 US 23 (1963) consideró que la policía podía prescindir de la exigencia de anunciar su ingreso y la razón del allanamiento, y señaló sus excepciones: "cuando circunstancias tales como un escape o persecución no dejen dudas que el prófugo sabe de la presencia de la policía o de sus propósitos o cuando los oficiales tienen razones para creer que alguien está en peligro de sufrir un daño corporal", según cita de nota a pie de página de Alejandro CARRIO, en Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, pág. 311/312, ed. Hammurabi, 2002; y que según el citado autor "De acuerdo a los principios aceptados en la mayoría de los estados, la exigencia del anuncio previo al ingreso puede ceder cuando existe riesgo de que la evidencia que se busca pueda ser destruida".-

SAAVEDRA, César Oscars/ Recurso de casación -- 1/2/2006 - Expte. N° 62/05 [STJLaPam-B]

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – Consentimiento al ingreso: sujeto que presta la autorización (invalidez del permiso dado por un familiar alcanzado por la prohibición de declarar)

[] 28.

No puede considerararse el consentimiento al ingreso dado por el abuelo paterno de la menor como válido; en principio, porque al tratarse de un familiar alcanzado por la prohibición de declarar en contra, en este caso concreto, era exigible y necesaria una autorización judicial pudiendo ser equiparado ese consentimiento como una declaración contra los intereses de la menor.

D., S. A. s -- 18/5/2009 -- 43/09 [TIP] (Fantini)

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO – Nulidad: la impugnación del acta no procede por meras cuestiones formales.

[] 29.

En lo que hace a la nulidad de las actas de allanamiento por ser los testigos hábiles requeridos al efecto miembros de las fuerzas policiales, entiendo que ello no le causó ningún agravio al recurrente, toda vez que en ningún momento se hace mención de alguna falsedad -ideológica o material- existentes en las actas, por lo que el dictado de la nulidad pretendido por el recurrente sería por meras cuestiones formales obedeciendo a un rigorismo formal excesivo. En otras palabras sería el dictado de la nulidad por la nulidad misma, sin que se hayan afectado efectivamente el derecho de las partes ni el debido proceso legal.

BLANCO - VAZQUEZ-- 3/8/2010 -- A195/10 [TIP]

DEBIDO PROCESO

DEBIDO PROCESO - Incumplimiento de las formas sustanciales del juicio.

[] 30.

... El art. 18 de la Constitución Nacional exige el cumplimiento de las formas sustanciales del juicio, en este caso preciso -la acusación- la cual debe estar plasmada en el propio cuerpo sentencial. No puede suplirse tal exigencia remitiéndose a otras instancias del proceso.-

FERREYRA, Eduardo Esteban s/ejercicio ilegal de la medicina -- 14/10/2003 - Expte. Nº 02/02 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Cargas y obligaciones probatorias del acusador.

[] 31.

Corresponde al Ministerio Público Fiscal, ejerciendo su cada vez más protágonico rol de acusador, probar los extremos de la imputación que sostiene ante el tribunal y, en esa tarea, avizorar las falencias y previsibles embates por parte de la defensa, fundamentalmente respecto a un informe

que, ya desde la óptica del proceso en plenario, resultaba primordial para evaluar la existencia del hecho y sus circunstancias de comisión.

(...) no puede cargarse a la Defensa la no actividad de su parte frente a obligaciones probatorias que corresponden al acusador público, y derivar de esa no actividad un perjuicio para los intereses que representa. (Del voto de la Dra. Fantini).

GODOY, Godofredo s/ Recurso de Impugnación -- 1/7/2010 -- 51/09 [TIP] (Mayoría: Fantini - Balaguer; en disidencia, Rebechi)

DEBIDO PROCESO - Exclusión del imputado de la sala de audiencias mientras se desarrolla el debate.

[] 32.

Resulta apropiado recurrir al Fallo Plenario del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 27 de julio de 2004, en el que se dijo: "La exclusión del imputado de la sala de audiencias mientras se celebra el debate no provoca necesariamente su nulidad, siempre que no se menoscabe el derecho de defensa en juicio ... entiendo que no agravia precepto constitucional alguno la exclusión o alejamiento a condición de que: a) la decisión del órgano de juzgamiento aparezca razonablemente fundamentada en las circunstancias de la causa que aconsejan la medida; b) la defensa técnica permanezca en el recinto asegurando el control de la prueba; c) el sujeto excluído pueda tener un inmediato conocimiento de la declaración de que se trata y se halle en condiciones de requerir a su defensor que formule las preguntas ampliatorias que a su entender sean pertinentes.".-

BALQUINTA, Juan Carlos, en causa 17/01 (reg. C. C. nº 1) - (y otros: FALCINELLA - FERNANDEZ - ACOSTA - FLOREZ - ARANDA, causas 167/03, 339/03, 154/03, 219/03) s/ RECURSO DE CASACION -- 21/10/2005 - Expte. Nº 116/04 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Oralidad (principios)

[] 33.

III.- 2 (...) es preciso puntualizar, que el "Control de la prueba que valorará el tribunal en la sentencia ... es la principal razón de ser del debate oral y público, regulado por las leyes procesales penales modernas ...

instituyéndolo como culminación del procedimiento y para que proporcione la base de la sentencia. Ese debate se cumple con la presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales (inmediación), incluso del imputado y de su defensor, y en él se incorporan los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia, forma de proceder que asegura el control probatorio por parte de todas las personas interesadas en la decisión; a él concurren el acusador y el acusado -también su defensor- con las mismas facultades, factor principal de la equiparación de posibilidades respecto del fallo." (conf.: Julio B. J. MAIER, Derecho Procesal Penal argentino, t.1b, ed. Hammurabi, 1989, pág. 355).-

RODRIGUEZ, Miguel Angel; ROVEDA, Pedro Andrés; ALARCON, Gustavo Javier; TRESSEN, Alejandro Oscar, en causa nº 235/03 (reg. C.C. nº 2) S/RECURSO DE CASACIÓN -- 6/7/2005 - Expte. Nº 36/04 [STJLaPam-B]

[] 34.

Se debe hacer notar que "... la esencialidad del debate constituye, pues, una garantía, tanto para el imputado en cuanto podrá ejercer plenamente y en contradictorio su actividad de defensa, como para el interés social en cuanto su propósito de justicia puede satisfacerse mejor ante el libre y amplio ejercicio de los poderes de dirección, contralor y argumentación concedidos a los sujetos procesales. La nota más saliente del sistema de juicio oral se muestra en la efectividad de la inmediación ... Todas las manifestaciones que se cumplen, ante el público, son percibidas directamente por los diversos sujetos procesales, quienes intervienen en forma activa y en un esfuerzo común para dilucidar la causa en procura de la satisfacción de los respectivos intereses puestos en juego con motivo de ella." (conf.: CLARIA OLMEDO, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", T. VI, ed. Ediar, 1967, pág. 234).-

LUNA Ismael Oscar s/ recurso de casación -- 9/3/2005 - Expte. Nº 101/04 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Oralidad y constancias exigibles en el acta de debate; carácter de sus nulidades.

[] 35.

Nuestra legislación procesal en el art. 366 del C.P.P. prescribe: “El Secretario levantará un acta del debate bajo pena de nulidad. El acta contendrá: ...3º) Las condiciones personales del imputado... 5º) Las instancias y conclusiones del Ministerio Fiscal y de las otras partes... 7º) Las firmas de

los miembros del Tribunal, del Fiscal, defensores, mandatarios y Secretario, el cual previamente la leerá a los interesados. La falta o insuficiencia de estas enunciaciones no causa nulidad, salvo que ésta sea expresamente establecida por la ley". La nulidad del acta de la audiencia solicitada por la agraviada es relativa y por ello debió requerirse con anterioridad a la lectura del fallo, pues con posterioridad las falencias apuntadas son subsanadas. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de Catamarca: "Del desarrollo del proceso resulta lógico que el acta de debate deba ser confeccionada antes de la lectura de la sentencia. La viciosa práctica de hacerlo posteriormente no se justifica ni por razones de distribución de trabajo o complejidad del asunto. No obstante ello la nulidad debe ser tratada con carácter restrictivo... sobre todo cuando no se advierte perjuicio, lo que nos llevaría a declarar una nulidad por la nulidad misma." (J.A., 1964-V, pág. 21, n.º 9060).-

PEINADO, Albino, en causa nº 13493/04 (reg. C.C. IIª C.J.) s/ Recurso de casación -- 21/6/2006 - Expte. Nº 27/05 [STJLaPam-B]

[] 36.

Consideramos que no es imperioso que el acta contenga la totalidad del desarrollo de la audiencia, basta "...que contenga las menciones establecidas por la ley o las que el presidente ordene efectuar o las solicitadas por las partes y que resulten aceptadas ... Si los datos del imputado faltan en el acta, pero de la sentencia y de otros actos regularmente cumplidos y obrantes en el legajo.... Surge que está suficientemente identificado ...debe concluirse que se trata de una mera irregularidad que no conlleva a sanción alguna." (conf. análisis del art. 394 del C.P.P. de la Nación que prevé igual redacción, en Francisco J. D'Albora, Código Procesal Penal de la Nación. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 515).

PEINADO, Albino, en causa nº 13493/04 (reg. C.C. IIª C.J.) s/ Recurso de casación -- 21/6/2006 - Expte. Nº 27/05 [STJLaPam-B]

[] 37.

El art. 366 no exige abundancia de detalles respecto a la prueba producida en la audiencia, sino que específicamente determina que el acta contendrá "El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate", y se hace la salvedad en la última parte del artículo de que aún "La falta o insuficiencia de estas enunciaciones no causa nulidad...".-

En cuanto a la objeción referida a la extemporánea confección del acta de debate, si bien ello no se encuentra justificado ni por razones de complejidad ni de cúmulo de tareas, debe tenerse en cuenta que la nulidad debe ser tratada con carácter restrictivo, y en autos no se advierten perjuicios basados en las motivaciones a que alude el recurrente, por lo que no sería lógico declarar una nulidad por la nulidad misma. Por otra parte, se advierte, que no se ha cumplido con lo atinente al momento en que se debe interponer tal nulidad, al inobservarse lo estatuido por el art. 149 del ordenamiento instrumental. En efecto, en la norma se puntualiza que "Las nulidades sólo podrán ser opuestas, bajo pena de caducidad, en las siguientes oportunidades: (...) 3º) Las producidas en el debate, al cumplirse el acto o inmediatamente después;...".-

NIEVAS, Claudio Pablo - BERRA, Héctor Eduardo-RACEDO, Enzo Javier - ALE, Jorge Javier-ANDURAND, Néstor Alfredo, en causa nº 13483/04 (reg. C.C., IIª C.J.) s/ Recurso de casación - - 26/4/2007 - Expte. Nº 114/05 [STJLaPam-B]

[] 38.

Con la establecida oralidad de la audiencia de debate en nuestro ordenamiento ritual -art. 335-, el mismo código determina -art. 366- lo que es imprescindible hacer constar en el acta respectiva. *[El STJ explica que no hay posibilidad de reclamo por todas las especificaciones y constancias del juicio que el recurrente pretendía que se detallaran en el acta de debate si estas no corresponden a requisitos exigidos legalmente que se hayan omitido en el caso; obiter dicta, encuentra oportuno señalar que]* ... en defensa del sistema adoptado por nuestro código de procedimiento, parafraseando a Julio B. J. MAIER -cuando con todo énfasis dice en "Derecho Procesal Penal Argentino", ed. Hammurabi, 1989, pág. 419-, que "Sólo la ceguera y la falta de imaginación de los juristas, teóricos o prácticos, y de los hombres políticos, que se dedicaron al Derecho penal, en sentido amplio, pudieron lograr que, ya culminando el siglo XX, nuestro país conserve aún, para las organizaciones judiciales de mayor población, por tanto, de mayor caudal de casos, un sistema de enjuiciamiento penal reñido con el Estado republicano que consagra nuestra Constitución nacional, que elige el secreto, la falta de participación del imputado en los actos del procedimiento, la imposibilidad de la asistencia del público a las audiencias y la escritura como modo de transmisión del conocimiento válido para fundar la sentencia, en lugar de la publicidad del juicio, la intervención del imputado en él y el modo oral y directo con el que los órganos de prueba transmiten a los jueces del tribunal de fallo su información. La resistencia al cambio tuvo motivos políticos que,

curiosa y lamentablemente, aún persisten, pese al notable cambio sufrido por la sociedad argentina.".

LUNA Ismael Oscar s/ recurso de casación -- 9/3/2005 - Expte. Nº 101/04 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Principio de contradicción.

[] 39.

El principio de contradicción señalado por la defensa impone "...la necesidad y la obligatoriedad constitucional de la contradicción dentro del proceso penal, especialmente en lo que atañe a la prueba. Este principio directamente faculta a la defensa a contradecir oportunamente la prueba de cargo que se ofrezca o produzca en contra del procesado, y constituye una exigencia ineludible del derecho de éste a un proceso justo rodeado de todas las garantías, especialmente constitucionales y de tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Es por ello que la defensa contradictoria hace que sólo las pruebas producidas durante el acto del debate sean las únicas que vinculen al tribunal en el momento de dictar sentencia de acuerdo con los arts. 382 y 391 del CPPN, o sea las practicadas dentro del debate del juicio oral y bajo los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción" (conf. Hall Carlos N.. La Prueba Penal. Ed. Nova Tesis. Santa Fe, 2004: p. 28).

SORBA, Fabián Darío, en causa nº 5/06 (reg. C. C. nº 1 - Sta. Rosa) s/ recurso de casación -- 17/2/2009 - Expte. Nº 05/06 [STJLaPam-B]

Derecho de defensa en juicio y juez imparcial

DEBIDO PROCESO - Garantía de la "defensa en juicio"

[] 40.

El art. 18. [C.N. ...] dispone textualmente que: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los .... derechos"., vale decir, una especificación normativa en la que el vocablo "juicio" -que la integra- debe ser innegablemente asumido según su manifiesta sinonimia con el vocablo "proceso", hasta el extremo de que no asumirlo así y coincidir, entonces, con la tesis opuesta, conduciría al verdadero absurdo jurídico (ya anticipado) de aceptar que esa garantía constitucional de la defensa "en juicio" no tendría

vigencia, por ej., durante la etapa de la instrucción, lo cual atentaría contra los más elementales principios que sostienen y definen a esta valiosísima garantía individual, según lo ya previsto por el propio art. 18 y lo admitido, interpretativamente, por la CORTE NACIONAL (conf.: QUIROGA LAVIE. H., "Constitución de la Nación Argentina comentada", pág. 111, ed. ZAVALIA, 1996, marcando -por ejemplo y con remisión a los respectivos "Fallos" de esa Corte- que "la garantía de la defensa en juicio implica que las partes deben ser notificadas de todas las etapas del proceso ,.." -"F" , 307: 1487-; "que tienen derecho a elegir defensor -"F", 308:2182; 279:91 y 304: 1886-, etc.), alternativas ésas que muy justificadamente tienen ubicación en toda la tramitación del proceso o, incluso, con prioridad en la etapa de la instrucción ...".

SOAVE - CABRERA - SUAREZ y otros -- 25/11/1999 - Expte. Nº 68/99 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Garantía de la "defensa en juicio": extremos a ponderar para declarar la carencia de defensa legal eficaz.

[] 41.

"En 'Strickland v. Washington', la Corte Suprema norteamericana interpretó que, como test general, se deberían comprobar dos componentes fundamentales, la actuación deficiente del abogado y el perjuicio a la defensa tan grave como para poner en duda el resultado del procedimiento, descartándose, en principio, los casos relativos a las distintas opciones de estrategias defensivas relativas a la aplicación del derecho o aspectos fácticos de la investigación (TheConstitution of theUnited States of America, Analysis and Interpretation, Congressional, ResearchService, Library of Congress, 1996, págs.1437 y sgtes.)" (CSJN Cajal, Orlando Antonio, 2010/09/21, en "Suplemento La Ley, Penal y Procesal", 18 de noviembre de 2010, p.51).- En el mismo fallo se expresó: "...un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post ipso...".-

G., M. A. en causa por Abuso Sexual agravado s/ recurso de casación – 28/02/2011- Expte. nº 08/10 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Garantía de la "defensa en juicio": necesidad de apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de la ley o el descuido de un defensor.

[] 42.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "...es de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de la ley o el descuido de su defensor, máxime si dicho descuido provendría de quien reviste el cargo de Defensor Oficial" (Voto de los Dres. Héctor Masnatta y Ricardo Levene (h.), en autos CristofMiron, T. 294, p. 9).-

Dr. Eduardo A. OLMOS, en causa nº 147/06: 'PERALTA, Darío Alejandro, en. Inc. nº 9/06 (reg. C.C. nº 2) s/ recurso de casación' s/ plantea reposición -- 16/4/2007 - Expte. Nº 03/07 [STJLaPam-B]

[] 43.

Cabe hacer notar, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Gordillo, Raúl Hilario", Fallo del 29/09/1987 (310:1934), recordó "...4º) Que la Corte ha dejado sentado, desde los inicios de su actividad, que era de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos... del descuido del defensor (Fallos: 5:549,...)".–

[En el caso, el Tribunal se aparte de la "cosa juzgada" para corregir el cálculo de una pena mal unificada en perjuicio del imputado]

AGUILAR, Claudio Alberto en causa por robo calificado por uso de arma de fuego s/ recurso de revisión -- 22/12/2008 - Expte. Nº 41/08 [STJLaPam-B]

[] 44.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "Que la silenciosa aceptación de tal proceder es incompatible con el principio que impone a los jueces en materia criminal extremar 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 que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio. Es por ello que los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y es

obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda" (CSJN "Noriega, Manuel", La Ley 2007-E-353).-

BULDIN, Paulo Gregorio en causa nº 228/06 s/ Recurso de casación -- 18/3/2008 - Expte. Nº 39/07 [STJLaPam-B]

[] 45.

[En el caso, el STJ advertía "la defectuosa asistencia técnica que padeció el imputado Sotelo por parte de su Defensor Particular: en su oportunidad dedujo el recurso de casación y no lo mantuvo en la instancia superior, así como que de la labor de este profesional surgió un claro detrimento al derecho del encartado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior"] ... no cabe duda que la ineficiente asistencia técnica no debe soslayar el derecho del justiciable a recurrir el fallo condenatorio. Más aún si se tiene en cuenta que el recurso de casación constituía, al momento de esa presentación, la vía apropiada a la que todo condenado podía recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2°, ap h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, se debe suplir esa labor omitida y continuar el trámite del recurso con el adecuado asesoramiento legal al encausado –ahora a cargo de la defensa oficial- en salvaguarda de la garantía de su defensa en juicio.-

SOTELO, Héctor David, en causa nº 162/06 (reg. Sala B del S.T.J.) s/Planteo de inconstitucionalidad -- 4/3/2008 - Expte. Nº 35/07 [STJLaPam-B]

[] 46.

... resulta abundante la jurisprudencia de nuestro cimero Tribunal nacional en cuanto a asegurar, a las personas sometidas a proceso, un efectivo asesoramiento técnico que "asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio", pudiéndose aseverar que la Corte Suprema nacional realiza una verdadera cruzada en cuanto a dar contenido al derecho de defensa en juicio, superando una posición formal, y así lo ha sostenido en numerosas resoluciones que generalmente se tratan de recursos de hecho de personas privadas de su libertad que ven limitadas su posibilidad de recibir una adecuada y oportuna asistencia técnica por parte de letrado defensor.

Que, en ese sentido, entre otros, en causa nº 3/03, "Noriega, Manuel s/ p.s.a. robo calificado", recurso de hecho, extraído de la página web de la Corte, y dado el caso concreto de un defensor oficial que, ante un recurso in forma pauperis interpuesto por el imputado, "se limitó a transcribir, en forma

sintética, los agravios que ya había alegado el propio imputado, no dándole fundamento técnico alguno ni efectuando una crítica concreta y razonada a los argumentos de la sentencia", la Corte ha dicho, en el considerando 4º, "que la silenciosa aceptación de tal proceder es incompatible con el principio que impone a los jueces en materia criminal extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa".

Continúa el Alto Tribunal diciendo, inmediatamente, que "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 que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio...y es obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponde (Fallos:308:1386; 310:492 y 1934, entre otros)".-

Que, en consonancia con esta preocupación y vigilancia constantes del máximo Tribunal, que hace guardianes de esta garantía esencial del proceso penal a los propios Tribunales intervinientes, Abel Fleming y Pablo López Viñals, en su obra "Garantías del imputado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, págs. 305 y ss., al tratar el derecho de defensa expresan que "La facultad consagrada en los tratados internacionales que aquí se analiza no se satisface con la simple intervención formal o nominal que pueda conferirse a un profesional para que actúe en resguardo de los intereses del inculpado. El concepto es mucho más complejo y comprende el derecho a ser asistido con un mínimo de eficacia, lo que implica que el debido proceso puede verse esencialmente afectado cuando factores inherentes a la negligencia del defensor o a un criterio obstruccionista del tribunal conspiran contra el desarrollo de una labor razonablemente adecuada para contrarrestar la acusación".

Finalizan estos autores expresando que "el aseguramiento de la efectividad de la defensa exige de parte del tribunal una actitud comprometida que avance sobre los obstáculos que afectan a la plenitud de la debida asistencia técnica...".-

ROSALES, Carlos Alberto s/ recurso de queja -- 21/5/2009 -- i11/09 [TIP] (Fantini)

[] 47.

[No se trata ...] de exigir a la actividad defensiva un grado de excelencia, sino de lo que se trata es de observar si ha existido un umbral mínimo de eficiencia, conforme las concretas circunstancias del caso, el concreto estado de avance del proceso y las concretas posibilidades que, a

modo de herramienta, provee la ley procesal para procurar una viva y efectiva defensa del imputado.

No puede admitirse y darse por cumplida la efectiva vigencia de la defensa en juicio este caso en que un letrado defensor, durante el tiempo en que era posible interponer un remedio contra lo que consideraba un agravio a los intereses de su defendido, realizara sólo una presentación absolutamente inconducente, desde el punto de vista procesal, para cumplir ese mandato que le fue conferido.

ROSALES, Carlos Alberto s/ recurso de queja -- 21/5/2009 -- i11/09 [TIP] (Fantini)

DEBIDO PROCESO - Garantía de la "defensa en juicio": imposibilidad de ejercer la defensa técnica en la obtención de huellas digitales previo a la identificación del autor del ilícito.

[] 48.

La policía tiene la atribución, y también la obligación, de preservar las evidencias del delito y en casos de urgencia, ante el riesgo de que alguna prueba pudiera verse alterada, modificada o suprimida, deberán adoptar los recaudos necesarios para preservarla adecuadamente, tal lo que acontece con los rastros papilares que pudieron haber quedado impresos en objetos ubicados en el lugar del hecho, cuyo uso o contacto manual por los moradores de la vivienda, comercio, etc. al que pertenecen, pueden alterar su nitidez e idoneidad probatoria, o directamente eliminar la evidencia por la simple superposición de sus propias huellas dactilares.

[...] el levantamiento de una huella papilar, necesaria e invariablemente precede en el tiempo a la identificación de la persona a la que pertenece, por lo que al momento de su obtención ni siquiera es posible conocer su idoneidad probatoria, es decir si resulta apta para el cotejo y en su caso si efectivamente fue impresa por el supuesto autor del ilícito o por alguno de los moradores del lugar del hecho, por lo que mal puede la defensa pretender ser convocada a dicha diligencia cuando ni siquiera se tiene conocimiento de la identidad del posible imputado. Ergo, si aún no hay imputado conocido, mal puede pretenderse ejercer la defensa técnica y tomar participación en el trámite de la causa.

BERTEDOR, Adrián Luis S/ Recurso de Impugnación – 29/6/10—Expte. n°10/10 [TIP] (Jensen-Flores)

DEBIDO PROCESO - Debido proceso y derecho de defensa en juicio: principio de congruencia.

[] 49.

En un trabajo Ángela Ester Ledesma ("Principio de congruencia en el proceso penal. Reglas aplicables"), tiene dicho: "El "objeto" del proceso penal está constituido por una pretensión evolutiva o progresiva, que como tal, comienza con la "notitiacriminis " y el pedido de medidas investigatorias y cautelares; se integra durante el período instructorio a través de la actividad desplegada por el sujeto o sujetos activos y el propio juez de instrucción y alcanza su definitiva configuración -transformándose de pretensión investigativa y cautelar-, en la pretensión de condena mediante la acusación que determina la apertura del plenario". Agrega más adelante: "El requerimiento de elevación a juicio contiene el límite fáctico de la futura sentencia...toda vez que la vinculación se produce exclusivamente respecto de los hechos descriptos en oportunidad de requerirse la elevación de la causa a juicio". Expresa además la Dra. Ledesma: "Para que se viole el derecho de defensa en juicio (arts.18 y 75 inc.22 C.N.), debe encontrarse afectado el principio de congruencia fáctica.La congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia. Es decir que el requerimiento fija los hechos de los que el Tribunal no puede apartarse, entender lo contrario implicaría desvirtuar el sustracto del proceso".

TOBARES, Justo Arancel s/ Recurso de Impugnación— 05.09.2012—Expte. 09/2012 [TIP]

[] 50.

El debido proceso legal y la efectiva defensa en juicio requieren la vigilancia del principio de congruencia. Sobre esto, la Corte Interamericana, tiene dicho "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 partir de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación." (Caso Fermín Ramirez. párr. 67)".

RAMOS, Eduardo Javier s/ encubrimiento- 12/10/2011- Expte.144/11- [TIP] (Rebechi)

DEBIDO PROCESO - Principio de congruencia: caracterización y efectos

[] 51.

Al respecto, corresponde indicar que el principio de congruencia está dado por la correlación entre pretensión punitiva y disposición jurisdiccional. Es decir que para que tal principio no resulte afectado la imputación de un hecho concreto por parte del representante del Ministerio Público debe resultar plasmada en la decisión jurisdiccional.

Tal principio tiene respaldo en la garantía de imparcialidad con la que debe contar el imputado, de raigambre constitucional (art.75, inc. 22, de la C.N.), por la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional. En ese orden de ideas, cabe exponer que el juzgador se erige en un tercero imparcial que debe ajustarse, al momento de dictar su pronunciamiento, a lo sucedido en el desarrollo del debate y a la mencionada requisitoria. A efectos de analizar la violación del referido principio, debe destacarse que la doctrina ha señalado como relevantes dos tópicos: el cambio abrupto en la calificación legal, y la sorpresa que la modificación pudo haber generado en aquel sometido a proceso (conf. SAGRETTI, Héctor, Principio de Congruencia, LL-2000-F-926-929).-

OROZCO, José Albertos/ Recurso de Casación -- 8/4/2008 - Expte. Nº 131/06 [STJLaPam-B]

[] 52.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que se debe evitar una modificación sorpresiva del contenido de la calificación por el juez de la sentencia, puesto que de lo contrario se violaría el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que integra el bloque de constitucionalidad en función del art. 75 inc. 22 de la C.N., en tanto establece que se comunique previa y detalladamente al acusado del contenido de la imputación y se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (C.I.DD.HH, caso "Fermín Ramirez").-

OTAMENDI, Fernando Daniel S/ Recurso de Impugnación -- 17/3/2009 -- 74/08 [TIP] (En voto del Dr. Flores)

[] 53.

[El principio de] "imparcialidad", (...) supone en el actual sistema acusatorio, la debida correlación entre la acusación y la condena, no

pudiendo calificar los hechos, en la sentencia definitiva de manera diversa a la establecida por las partes, dado que la incongruencia podría producir la indefensión del acusado que no habría tenido en oportunidad para alegar, probar y refutar contra todo aquello por lo que antes no ha sido acusado (Langevin, Julian H. "Nuevas formulaciones del principio de congruencia" pags. 11/112, Di Palacios Editor, Bs.As., 2.008).

Como lo sostiene la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en el voto de la juez Ángela Ledesma: "... Los presupuestos del juicio, motivan necesariamente la realización del debate contradictorio, que debe recaer sobre los hechos considerados punibles que se perfilan, así como sobre la calificación de esos hechos, de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose no sólo sobre la realidad de los hechos aducido por la acusación, sino también su ilicitud y punibilidad. De modo que el pleno respeto del principio de bilateralidad vincula al juzgador penal, en cuanto impide pronunciarse sobre los hechos aportados al proceso, ni objeto de acusación *****(conforme causa 7562, Sala III, "López, Juan Alberto S/recurso de casación", registro Nº 352/07, rta: 17/04/2007, reiterada en numerosas oportunidades, entre ellas las causas Nº 4833, Sala III, registro Nº 9921, Sala III, "Zsikai, Julián Alberto s/recurso de casación", reg: 304/09, rta: 20/03/2009).

S.P.J. S/ Recurso de Impugnación—29/11/2012—Legajo Nº 2061/2 [TIP]

[] 54.

(...) La jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de la Nación, se basa en que el principio al derecho de defensa es una derivación necesaria de la correlación entre la acusación y la sentencia (fallos 302:791; 324:2133).

Ahora bien, no se puede dejar de hacer mención de la manda dispuesta en el art. 353 del actual sistema de persecución penal -antes contemplado con algunas variantes en su redacción en el art. 373 del código anterior- que autoriza al tribunal a efectuar una calificación jurídica del hecho distinta de aquélla que fuera indicada en el auto de apertura o de la acusación en el alegato fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad. Pero, sin embargo, el mismo artículo establece que: "... El acusado no puede ser condenado por un precepto penal distinto del contenido en las piezas procesales aludidas, si previamente no fue advertido por el tribunal sobre la modificación pasible de la calificación jurídica atento lo previsto en el artículo 334"; circunstancia ésta que no se verificó en el transcurso del debate por parte de la jurisdicción, lo que privó a la Defensa de la posibilidad de ejercer una respuesta contraria, en cuanto a una calificación finalmente distinta a la amonestada por el acusador público, que

parte de una pluralidad de hechos, pero en una concepción de excepción a la regla del concurso real, como es el delito continuado.

S.P.J. S/ Recurso de Impugnación—29/11/2012—Legajo Nº 2061/2 [TIP]

[] 55.

[Con relación a la] ... presunta violación al principio de congruencia, resulta ilustrativo recurrir a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo: "Cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva" (Fallos 329:4634). Sólo puede ser considerado alterado el referido principio si la información suministrada al imputado en su declaración indagatoria no se ajusta a los hechos de la acusación, ni de la sentencia, es decir "...entre la acusación intimada y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada, o sea neestiudex ultra petitapartium" (ENDERLE, Guillermo Jorge. La congruencia procesal. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2007:p.46).

[...] Clariá Olmedo sostiene, en relación [al principio de congruencia] ... que "...correlación quiere decir igualdad de contenido: la sentencia no puede ampliar ni restringir el supuesto de hecho presentado por el acusador, ya que en ambos casos se produce su nulidad. [...] Y agrega que la inmutabilidad rige para los hechos, pero no respecto a los fundamentos jurídicos de la pretensión, respecto de los cuales el fallo goza de absoluta libertad." (LANGEVIN, Julián Horacio. Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia. ed. Fabián J. Di Plácido. Buenos Aires, 2007: p.81/82).

Por su parte, la Corte ha fijado el criterio que "...si bien en orden a la justicia represiva el deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hubiesen formulado con carácter previsional, consiste en precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio"(CSJN 327:1437).

PEPA, Oscar Alberto en causa por el delito de fraude en perjuicio de la administración pública s/ recurso de casación – 13/10/2011-- Expte. n.º 17/11 [STJLaPam-B]

[] 56.

... mientras no se muten las condiciones fácticas que determinan el objeto del proceso, no se afecta el principio de congruencia y, por ende, tampoco se viola el derecho de defensa que le asiste al imputado. Es jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional "... que la distinta calificación de los hechos no compromete la garantía constitucional de la defensa en juicio..." Fallos, 295:400.-

GAITA, Ramón, en causa nº 13420/04 (reg. C.C. de la IIª C.J.) s/Recurso de casación -- 30/11/2005 - Expte. Nº 112/04 [STJLaPam-B]

[] 57.

"Lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente; en otras palabras que la hipótesis acusatoria coincida con la tesis del Juzgador en cuanto al material que constituye el objeto procesal." (VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, T. II, pág. 237, ed. Lerner, 1969).-

SCHENHEITER, Juan Agustín, en causa nº 131/03 (reg. C. C. Nº 1) s/Recurso de casación -- 30/11/2005 - Expte. Nº 141/04 [STJLaPam-B]

[] 58.

Ha sido admitido que "es nula la sentencia que condena por injurias, sí el querellante accionó por calumnias", ya que sí bien en general es el juzgador quien aplica el derecho, por lo cual no está sujeto a la calificación que sustenten las Partes, tal regla sufre una clara excepción cuando se trata de delitos de acción privada, pues en tales supuestos si no media la voluntad concreta y expresa del damnificado se carece de jurisdicción al respecto" (CAM. CRIM. Y CORREC., Sala I, CAPITAL, 25/4/78, "caso Marc, Raúl", en "Jurisp. Penal de Buenos Aires", Año X, tomo 36, pág. 67, con cita de NUÑEZ, R., "Der. Penal Arg.", tomo IV, pág. 208; ídem CÁMARA y Sala citadas, 13/6/80, "caso Curuchet, Ricardo", en "La Ley", tomo 1981-A, pág. 300; etc.).

LABEGORRA DE LLUCH Elsa s/ Querella por calumnias c/ GARRIGO Juan R. y VILLEGAS Félix -- 16/9/1994 - Expte. Nº 40/93 [STJLaPam-B] (Del voto de mayoría –de Ongaro y Pelizzari; en disidencia, Iglesia)

[] 59.

"La sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos suficientes para juzgar la conducta del imputado", de tal manera que "la diversidad secundaria o jurídica entre ambos actos puede admitirse siempre que no implique privar a aquél de su defensa" (conf.: DE LA RÚA, F., "El recurso de casación", pág. 139, con cita de VELEZ MARICONDE, A., "Estudios de Der. Proc. Penal", t. II, pág. 122, ed. Imp. Universidad, Córdoba, 1956, autor éste que, además y en relación directa al aspecto de la "calificación legal", incorpora -pág. 119- la conclusión de que "el Tribunal -de sentencia- no juzga sobre la corrección del juicio jurídico-penal del acusador, sino sobre el hecho que éste atribuye al imputado),

SOSA Maria Josefina – 29/4/1996 - Expte. Nº 81/95 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Principio de congruencia: principio "*iuranovit curia*".

[] 60.

"El llamado principio de congruencia es una derivación de la garantía de defensa en juicio, establecida en el art. 18 de la CN y exige que medie correlación o identidad entre el hecho imputado en las sucesivas etapas procesales y el establecido en el veredicto y sentencia, para así evitar la sorpresa procesal que supondría la alteración de la plataforma fáctica al momento de sentenciar, y con ello el perjuicio que tal circunstancia supondría para las posibilidades de la defensa" (conf: "Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia", Langevin, Julián Horacio, Ed. Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, 2008, p. 214, con cita al pie de página TCPBA, R. J., 30/12/2004, JUBA) dicho principio no ha sido transgredido en la presente causa.-

[...] Se ha señalado "...que el principio iuranovit curia le da cierta libertad al tribunal para aplicar la ley sustantiva, pero esta discreción se halla limitada por el derecho de defensa: '... se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares' " (conf.: "Revista de Derecho Procesal Penal", 2006-1 'La injerencia en los derechos fundamentales del imputado" – I, Donna, Edgardo Alberto, Ed. Rinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 511, cita al pie de página de Binder,

Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 163).

ARANIZ, Luis E.; AGÜERO, Hugo N.; RODRÍGUEZ, Mirta; NAVAL, Rubén A.; GARCIA, Walter; D'AMICO, Juan C. s/ recurso de casación- 18/08/2010 - Expte. nº 03/09 [STJLaPam-B]

[] 61.

Se desprende del principio acusatorio que debe regir en nuestro derecho de forma, que implica la obligación que cada uno de los actores que en él intervienen cumplan el rol constitucional asignado -que los fiscales, acusen; los defensores, defiendan y los jueces resuelven la controversia planteada por las partes- el hecho que la jurisdicción tenga un límite circunscripto a lo que fue, precisamente, objeto de la discusión entre ellas.

En ese sentido se ha pronunciado el ministro Petracchi en causa "Olmos, José Horacio s/ estafa" -Fallos: 329:1447-, al expresar que "...La existencia de límites, por lo demás, en nada puede sorprender, pues ella hace a la naturaleza misma del debate. Así, el tribunal de juicio nunca tiene una "jurisdicción ilimitada", sino que, por el contrario, el pronunciamiento de condena no puede exceder el marco de la acusación".

La invocación que hace el tribunal de juicio del principio "iuranovit curia" ha significado, en el caso concreto, un fallar extra petita, toda vez que, como lo ha expresado el voto de la jueza Ángela E. Ledesma en causa nÂº 6978 -"NodariMuratore, N. s/recurso de casación"- de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, según su registro, "...el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública...la acusación es la que fija el límite de su conocimiento...".

VIDELA, Sergio Gabriel Luis; MEDINA, Miguel Jacinto s/ Recurso de Impugnación – (Reg. C. C. Nº 2 Nº 24/10) – 30/06/2011 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Violación del principio de congruencia por cambio de calificación

[] 62.

(...) La CSJN ha sostenido sobre el particular que "...el cambio de calificación adoptado por el Tribunal será conforme al art.18 de la

Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole "formular sus descargos". (Fallos 319:2959, votos de los jueces Petrachi y Bossert, con cita fallos 242:234) [Voto Dr. Jensen]

VIDELA, Sergio Gabriel Luis; MEDINA, Miguel Jacinto s/ Recurso de Impugnación – (Reg. C. C. Nº 2 Nº 24/10) – 30/06/2011 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Garantía del juez imparcial.

[] 63.

El art. 417 del C.P.P. autoriza al Tribunal que dictó la resolución que se impugna, a efectuar el juicio de admisibilidad respecto del recurso formulado, el cual se limita al análisis de los requisitos formales que debe cumplir, "...y en modo alguno podría considerarse que existe nuevo juzgamiento sobre el mérito del proceso, porque el juez que tiene que pronunciar sobre las formalidades del recurso dictó la resolución atacada en el remedio articulado y que por ello esté comprometida la garantía del juez imparcial" (TIERNO, Juan Carlos, con la defensa de los Dres. Marcos Sebastián BERNARDI y José Mario AGUERRIDO s/incidente de recusación", expte. nº 03/09, resolución de fecha 12 de marzo de 2009).

MENDEZ, Sista en sucarácter de querellante particular s/recurso de queja"- 17/02/2010- Expte. n º 86/09 [STJLaPam-B]

BRAVO, David Edgardo, en causa Nº A 106/10 (reg. del T.I.P.) s/ Recurso de Queja- 20/08/2010- Expte. nº 31/10[STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Garantía del juez imparcial: causales de inhibición (Ley 2287).-

[] 64.

La amplitud de las causales de inhibición y recusación señalada en el inciso 13º del artículo [60 del] C. de P.P. [que establece que el Juez deberá inhibirse de conocer en la causa ... "Cuando mediaren otras circunstancias que, por su gravedad afectaren su imparcialidad], deja abierta la posibilidad que existan otras circunstancias que, por su gravedad, afecten la imparcialidad, abandonándose la interpretación restrictiva que imperaba en el anterior sistema de Persecución Penal Provincial cuando en el artículo 45

(con 12 incisos) no disponía otras circunstancias importantes que afectaren la imparcialidad del Tribunal. (voto del Dr. Balaguer) .

Dr. Alejandro OSIO s/ Plantea Recusación de la Audiencia de Juicio- 25/10/2011- Leg. 762/3- [TIP] (Balaguer-Flores)

DEBIDO PROCESO - Juez natural

[] 65.

El principio de debido proceso penal contiene al del juez natural, y en ese sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "...los preceptos adjetivos se presumen sancionados en salvaguardia de los derechos fundamentales de los justiciables contenidos en los mandatos de la Constitución Nacional (Fallos: 305:913); y sobre esto cabe señalar que la garantía del debido proceso, en la que se integra la del juez natural determinado por las normas sobre competencia, ha sido consagrada fundamentalmente en favor del acusado, por lo que no es válido recurrir al argumento de la incompetencia para adoptar una decisión que importe someterlo nuevamente a juicio (confr. doctrina de Fallos: 234:786 y 240:456), temperamento éste que lesiona el fundamento garantizador -como tal de raigambre constitucional- que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal..." (CSJN P. 259. XXXIII. RECURSO DE HECHO Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/casación -causa nº 174 -4/95-.).-

PEPA, Oscar Alberto en causa por el delito de fraude en perjuicio de la administración pública s/ recurso de casación – 13/10/2011-- Expte. n.º 17/11 [STJLaPam-B]

DEBIDO PROCESO - Garantía del juez imparcial en el sistema acusatorio: ausencia de conocimientos previos sobre el caso.

[] 66.

En relación a la alegada imparcialidad de los magistrados, ninguna duda cabe que tal garantía hace a la esencia misma de la defensa en juicio y del debido proceso legal, siendo su existencia inherente a la propia noción de juez. Al respecto, la imparcialidad, señala Javier Augusto De Luca, significa que el juez no tiene opinión formada sobre el caso que debe juzgar, que no se encuentra "contaminado" por una intervención anterior a la causa o por hechos extra-causísticos. ("El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional", NDP, 1.988/B, Ediciones Del Puerto, Bs. As., 1.998).-

Es decir, siguiendo conteste doctrina y jurisprudencia, que le corresponde al juez ser tercero entre parte, permanecer ajenos a los intereses del litigio, situarse por encima de acusadores e imputados para decidir la controversia determinada por sus pretensiones de culpabilidad o inocencia, desprenderse de simpatías o antipatías personales, ideológicas, de prejuicios o simplemente de convicciones previas, para poder someterse en el desempeño de la magistratura judicial exclusivamente a la fuerza del ordenamiento jurídico (conf. "Organización Judicial vs. Garantías Procesales", María Luján Ignasi, comentando la decisión de la C.S.J.N. recaída en autos "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones", Ed. La Ley).-

[...] Si bien en la discusión parlamentaria donde se trató la sanción de nuestro actual sistema de persecución penal, los legisladores nada dijeron al respecto, cabe remitirse en el caso en particular a la exposición de motivos del código de la provincia de Chubut, del cual abreva nuestro código, en donde se pone de manifiesto que la imparcialidad o neutralidad se define precisamente en relación con la ausencia de conocimientos previos sobre el caso, de manera que la audiencia del debate cumpla sus fines naturales; " se observa que un juez que conozca el caso con anterioridad es, al menos potencialmente, un juez con prejuicios, sospechoso de parcialidad...".-

Dr. Alejandro OSIO s/ Plantea Recusación de la Audiencia de Juicio- 25/10/2011- Leg. 762/3- [TIP] (Voto del Dr. Flores)

[] 67.

[se deben] distinguir las piezas procesales que debe remitir el Juez de Control a la Audiencia, las que se encuentran taxativamente enumeradas en los cuatro incisos del art. 305 del C.P.P., a saber: 1º El auto de apertura; 2º Las actas donde conste la prueba jurisdiccional anticipada (art. 270);3º Las actas donde conste operaciones periciales; y 4º La denuncia; de aquellas que se encuentran mencionadas en el segundo párrafo del mismo artículo, donde textualmente se señala: "Todas las demás actuaciones, juntamente con el legajo de investigación serán remitidas al Fiscal de Juicio" .

[...] el límite del conocimiento probatorio que tendrán con anterioridad de la realización del debate él o los Jueces que fueran designados para celebrar el juicio, lo constituyen los cuatro incisos del art. 305 del C.P.P.

[...] Ello es así, por cuanto hasta ese momento, las [actuaciones que configuraron la Investigación Fiscal Preparatoria] ... siguen siendo evidencia perteneciente a la acusación, que sin perjuicio del conocimiento que tenga la defensa de su contenido, los únicos que no deben acceder a ellas son, precisamente, los jueces que actuarán en el debate. Excluyendo de ese límite de conocimiento a quien ejerza la Presidencia de la Audiencia, que tendrá a

su cargo los Actos Preliminares, entre los que se encuentra la audiencia oral de prueba dispuesta en el art. 308 del C.P.P.-

[...] la Presidencia de la Audiencia no tiene limite alguno respecto al conocimiento de los hechos a partir de la pruebas del legajo, precisamente, ello es vital para poder realizar la audiencia allí señalada, toda vez que no tendrá intervención posteriormente en la celebración del debate. Pero, en modo alguno ello significa que esas pruebas se deban agregar como parte del Legajo de la Oficina Judicial ...

Dr. Alejandro OSIO s/ Plantea Recusación de la Audiencia de Juicio- 25/10/2011- Leg. 762/3- [TIP] (Voto del Dr. Balaguer)

DEBIDO PROCESO - Separación entre el órgano de instrucción y el órgano de juicio: doctrina "Llerena" de la CSJN

[] 68.

(...) Lo normado en el art. 45, inc. 1º, del C.P.P., comprende no sólo al juez que "en el mismo proceso hubiere pronunciado sentencia...", sino igualmente a aquel que emitió opinión al tiempo de confirmar o denegar un procesamiento o resolvió un recurso respecto del mismo

Dr. Tomás Esteban MUSTAPICH s/ en causa nº 09/2009, caratulada: 'PAULINO, Oscar Ceferino, en causa por homicidio doblemente calificado por alevosía y críminis causa s/recurso de casación' s/excusación -- 5/8/2009 - Expte. Nº 10/09 [STJLaPam-B] (Del voto del Dr. Menéndez, al que adhiere el Dr. Fernández Mendía; en disidencia, Dr. Pelizzari)

[] 69.

La Corte Suprema de Justicia, en los fundamentos de la causa "Llerena, Horacio L.", dictado con fecha 17 de mayo de 2005, expuso que "*18) ...si bien el procesamiento es una decisión jurisdiccional de naturaleza provisoria... no menos cierto resulta que para su dictado, el magistrado a cargo de la instrucción valora la prueba colectada y reconoce el mérito de la imputación. Así también, su pronunciamiento constituye presupuesto y base de la elevación de la causa a juicio"* (del voto del Dr. Maqueda). [...]

También señaló el Órgano judicial superior de la Nación que "*20) ...se trata de dar plena efectividad a la garantía de gozar de imparcialidad desde la óptica de su principal destinatario, vale decir del justiciable, quien no debe albergar vacilación sobre el magistrado que lo juzgará". En el caso que hoy nos ocupa, la señora Asesora de Menores –en nombre de sus pupilos- recusó a los*

miembros de la Cámara en lo Criminal n.º 1, para aventar toda duda de parcialidad, es decir, a fin de "...evitar la impresión que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible"(conf. Oliva Santos, "Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal", Barcelona, 1988, p. 32", (del voto citado precedentemente).-

Cámara en lo Criminal nº. 2 s/remite actuaciones, caratuladas: 'Dra. María Cristina FUNES -Asesora de Menores- s/ Recusación en Causa Nº 174/05 -- 3/8/2006 - Expte. Nº 81/06 [STJLaPam-B]

[] 70.

... en el punto IV del dictamen en los autos ... "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y alevosía"- el Señor Procurador, Dr. Luis S. González Warcalde, expresó que

> *"Se ha dicho que 'la imparcialidad del tribunal es uno de los aspectos centrales de las garantías mínimas de la administración de justicia. Con relación al alcance de la obligación de proveer de tribunales imparciales según el artículo 8.1 de la Convención Americana, la CIDH ha afirmado en ocasiones anteriores que la imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice [...] Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad' (conf. Informe 78/02, caso 11.335, Guy Malary vs. Haití, 27/12/02).-*
>
> *En la misma línea, como se asienta en un fallo reciente del Tribunal, esta garantía ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalándose que en materia de imparcialidad judicial lo decisivo es establecer si, desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el juez, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno, siguiendo el adagio justicemustnotonly be done: itmustalso be seento be done (conf. Casos 'Delcourt vs. Bélgica', 17/1/1970, serie A, nº 11 párr. 31; 'De Cubber vs. Bélgica', 26/10/1984, serie A, nº 86, párr. 24; del considerando 27) in re 'Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa Nº 4302', resuelta el 23 de diciembre de 2004).-*
>
> *Estos criterios jurisprudenciales han sido asumidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aplicables a la interpretación de la garantía del art. 8.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Informe 5/96, del 1 de marzo de 1996, caso 10.970, Mejía vs. Perú), al expresar que '...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso' (ídem, considerando 28).-*

A partir de estas breves pautas, ...la situación concreta planteada en este caso y su relación directa con el agravio de la defensa...[entiende], puede encolumnarse bajo la siguiente cuestión básica: si los jueces revisores de la medida cautelar (auto de procesamiento) estaban en condiciones de mantener su imagen de imparcialidad a la hora de revisar la sentencia condenatoria.-

Esto, teniendo en cuenta que es probable conjeturar que quien debió emitir un juicio de verosimilitud podría quedar psíquicamente condicionado para emitir un juicio de certeza, pues no debe descartarse la permeabilidad entre los distintos grados de conocimiento y los difusos límites intelectivos entre la probabilidad y la certeza.-

En este sentido, y dentro del programa de derechos humanos que consagra tanto la división de funciones, como el apartamiento del juez por temor de parcialidad, resulta de particular importancia el trabajo realizado por el comité conformado a petición de la Organización de Naciones Unidas, para establecer las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, cuyas conclusiones constituyen las denominadas 'Reglas de Mallorca'. Específicamente, se dispuso en la regla 4, inciso 2º que 'Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco podrán hacerlo quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior'.-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reafirmado el carácter fundamental de la imparcialidad como garantía del debido proceso, y concluyó en que los magistrados que habían resuelto un recurso de casación contra una sentencia absolutoria, debieron abstenerse de conocer en las impugnaciones que se dirigieron contra la sentencia condenatoria pronunciada con posterioridad, pues al conocer de estas últimas no reunieron la exigencia de imparcialidad, en razón de que ya habían analizado parte del fondo del asunto y no sólo la forma (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004).-

(...)Por lo tanto, y habida cuenta esta debilidad estructural del sistema que impone a los magistrados un doble conocimiento de la cuestión en todos sus aspectos, aunque en distintas etapas, resulta también verosímil que la parte haya dudado de la imparcialidad de los jueces...".-

El dictamen aludido reviste especial significación, respecto del tema en análisis, pues así quedó plasmado en el considerando del fallo dictado en esa misma causa, donde se expresó textualmente: "Que esta Corte comparte y hace suyos los términos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal a los que corresponde remitirse en razón de brevedad". En virtud de ello se hizo lugar al recurso y se revocó la sentencia apelada.-

RODRÍGUEZ, Miguel Angel - ROVEDA, Pedro Andrés - ALARCÓN, Gustavo Javier - TRESSEN, Alejandro Oscars/RECURSO DE CASACIÓN -- 6/9/2006 - Expte. Nº 36/04 [STJLaPam-B]

NARDILLO, Miguel Ángel -- 4/10/2007 - ExteNº 36/06 [STJLaPam-B]

[] 71.

En el mismo pronunciamiento la Dra. Argibay manifestó en su voto, que "...2°) Esta Corte tiene establecido, a partir de la decisión recaída en el precedente del 17 de mayo de 2005, L.486.XXXVI. 'Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones', ...que resulta incompatible con la garantía de imparcialidad la circunstancia que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa de juicio.-

En ese sentido, se recordó en dicho precedente el 'Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en Materia Penal', denominado 'Reglas de Mallorca'... .-

[...] 4°) Que en torno al punto bajo análisis, con posterioridad al pronunciamiento antes señalado esta Corte ha signado la acordada N° 23 (del 1° de noviembre de 2005) en la cual, en aras a adoptar medidas apropiadas para preservar la validez de los procesos, dejó establecido que '...No puede haber dudas razonables de que el órgano jurisdiccional que es tribunal de alzada del magistrado de instrucción carece objetivamente de imparcialidad para juzgar...'.-

RODRÍGUEZ, Miguel Angel - ROVEDA, Pedro Andrés - ALARCÓN, Gustavo Javier - TRESSEN, Alejandro Oscar, en causa n.° 235/03 (reg. C. C. n° 2) s/RECURSO DE CASACIÓN -- 6/9/2006 - Expte. N° 36/04 [STJLaPam-B]

NARDILLO, Miguel Ángel, en causa n° 1587/06, -- 4/10/2007 - Expte. N° 36/06 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN INDAGATORIA

DECLARACIÓN INDAGATORIA – Formalidades esenciales: comunicación de los hechos imputados

[] 72.

(...) como lo sostiene la Cámara Nacional de Casación Penal, al momento de prestar declaración indagatoria no se vulnera garantía constitucional alguna "... si se han cumplido con las tres formalidades esenciales para la realización de aquel acto: Descripción del hecho, indicación de los elementos de prueba que obran **en contra del** indagado y finalmente la información acerca de la posibilidad de negarse a declarar."

(CNCasación Penal, sala IV, 2002/05/30.-C.,C.) Suplemento de Jurisprudencia Penal -La Ley, 30 de agosto de 2002, pág. 71.-

Por lo tanto, no surge de la indagatoria cuestionada, la inobservancia que permita tacharla de nulidad. Por el contrario, se observa que en dicho acto procesal, se ha cumplido con las "tres formalidades esenciales" a que se refiere la Cámara Nacional de Casación Penal: se ha informado al imputado del hecho investigado, se indicaron las pruebas obrantes en su contra, como también de la posibilidad que le asiste de negarse a declarar. En definitiva, se ha cumplido con lo dispuesto por el art. 265 del C.P.P..-

FERNANDEZ DA FONSECA, Jorge Adrián s/ DEFRAUDACIÓN AGRAVADA -- 30/12/2003 - Expte. N° 60/03 [STJLaPam-B]

[] 73.

El Código Procesal Penal prescribe en el art. 275 que en el auto de procesamiento se debe efectuar la recreación del hecho de forma somera, de manera que, en igual sentido es como se debe efectuar en la indagatoria, es decir, someramente cuál es el hecho que se le atribuye junto a las pruebas existentes, en concordancia con el art. 265 del mismo cuerpo legal.

POLANCO-- 6/4/2010 -- A48/10 [TIP] (Balaguer)

[] 74.

Conforme el art. 261 del Código Procesal cuando hubiere motivos para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla y en tal sentido, conforme el art. 265 del mismo texto legal, luego del interrogatorio de identificación lo hará teniendo en cuenta tres preceptos esenciales, a saber: la puesta en conocimiento del declarante del hecho o hechos objeto de tal acto, con su descripción (acto de intimación); la comunicación de las pruebas de cargo existentes en su contra; y que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.-

Al decir de Clariá Olmedo "la intimación consiste en poner al imputado en conocimiento del hecho objeto del proceso para que pueda contestarlo eficazmente ... se integra con las pruebas existentes hasta el momento" ("Código Procesal Penal", Rubinzal-Culzoni, 1998, T. II, pág. 492 y siguientes).-

La finalidad del precepto es que el encartado pueda ejercer su defensa material. Si del acta respectiva se desprende el incumplimiento de

estos recaudos, diligencia en la cual estuvo presente la defensa del endilgado la omisión o la defectuosa comunicación del mismo, no justifica la sanción de nulidad si como en el caso concreto, el encartado no se vio limitado en su derecho de defensa respecto a los elementos configurativos de la conducta ilícita y se le ha atribuido. En suma, aún frente a ciertas deficiencias, el acto debe reputarse en valido toda vez que el imputado conoció los hechos, supo de la prueba en su contra, la conducta atribuida y contó con asistencia letrada. O sea, sus derechos los pudo ejercer sin mengua de alguna naturaleza. No cabe entonces alegar vicios invalidantes si la defensa ha podido analizar y valorar dichas pruebas.-

FARIAS, Pablo Alberto S/ denegatoria de nulidad del auto de procesamiento -- 2/6/2009 -- A114/09 [TIP] (Flores)

[] 75.

[Se entiende que la referencia dada por una imputada en su declaración respecto de un hecho no detallado entre las causas por las que se le indagaba podría suplir la comunicación "en forma razonablemente adecuada a la posibilidad de ejercer su derecho a defenderse"]. [Ello así teniendo en cuenta en el caso] "el contenido de su argumentación respecto a este hecho (el que) contiene –del análisis de su significado– todos los componentes defensivos que revelan que ha comprendido que este hecho también entraba dentro de la intimación –aunque así no se dejara constancia– y que opuso la encartada las defensas que estimó conducentes para neutralizar la imputación a ella dirigida, contestando incluso preguntas que constan hechas por la parte querellante (de) estrecha vinculación con el tema".

LAFUENTE, Daniel Osvaldo, SANTILLÁN, Sonia Analía Luján s/estafa por abuso de confianza -- 15/4/2010 -- A51/10 [TIP] (Fantini)

DECLARACIÓN INDAGATORIA – Garantías procesales para su sustanciación

[] 76.

No existe norma alguna que imponga al Juez de Instrucción la obligación de "hacerle conocer al imputado" el derecho de comunicarse con su defensor antes de la declaración indagatoria [... y] esa inexistencia normativa adquiere mayor significación al advertírse que, cuando nuestro

legislador ha querido adjudicar al Juez competente una obligación de esa índole, asi lo ha dispuesto expresamente (por ej. , arts. 262 y 265 del C.P.C.

[...] por otra parte, ello no puede modificarse con el texto del llamado "Pacto de San José de Costa Rica", que se ha citado en función de dicho argumento, dado que el mismo -aunque de indiscutible jerarquía constitucional- no contiene indicación alguna que pudiese ser válida para justificar que la no información previa, por parte del Juez y hacia los "incomunicados", configuraba causal legitima de nulidad respecto de sus declaraciones indagatorias.-

PAGELLA Carlos Alberto - GRIN Néstor - ROJAS Carlos Alberto – 27/8/1999 - Expte. N° 20/98 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN INDAGATORIA – Su carácter de acto esencial del proceso penal y su raíz constitucional, como derivación del derecho de defensa

[] 77.

Por ser, el interrogatorio del imputado, esencia y médula de todo proceso por medio del cual éste ejerce se derecho de defensa, no permite se exceptúe de él ni aún en los juicios llamados especiales en que se aplican normas del juicio común. Esa obligación no puede ser suplida por la invitación final, por cuanto conlleva otro carácter y se produce luego de agotado el debate sin posibilidad de retrotraerlo al momento inicial que es la oportunidad a que alude el código de forma.

Nuestra Constitución Nacional establece, una vez implícita y otra explícitamente, dos normas fundamentales que regulan la defensa material, que son bien conocidas y determinan diversas previsiones en los ordenamientos procesales: "nadie puede ser condenado sin ser oído" y "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (Conf. VélezMariconde D.P.D. T°II - Ed. Lerner 1969, pág.379; Claria Olmedo D.P.D. T° IV pág.485 y sig., Ed.Ediar 1964).

RODRIGUEZ SALTO Ricardo Daniel c Ibero ARROYO y Juan Carlos MATILLA s/ Calumnias e Injurias -- 5/5/1992 - Expte. N° 2136/91 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL) – Cuidados para la víctima que deba declarar.

[] 78.

"El libre juego de la defensa y la acusación como así también la actividad probatoria dirigida desde el primer momento a la 'averiguación de la verdad real', sin perjudicar los derechos del imputado, no deben significar para la víctima nuevas situaciones de angustia o stress ... a menudo el sistema penal se aleja de la comprensión que necesita la víctima, debido principalmente a que la atención está dirigida al autor del delito" (CNac.Casación Penal, Sala II, "Barrera, Alfredo s/ recurso de casación", causa nº 1836, 15/12/1998).-

Sin embargo, la búsqueda de la "verdad real", como la protección de la víctima en el proceso, no deben atentar contra el derecho de defensa del imputado.-

BARCAR, Néstor Enrique en causa nº 113/03 (reg. Cámara en lo Criminal nº1) s/ RECURSO DE CASACIÓN -- 8/3/2005 - Expte. Nº 07/04 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL) – Facultad de abstenerse (art. 215 C.P.)

[] 79.

Según Miguel AngelAlmeyra, "la discrecionalidad [prevista en el art. 215 C.P.] se convierte en obligación de declarar cuando el pariente que es testigo ha sido querellante, denunciante o actor civil en la causa..." ("Código Procesal Penal de la Nación comentado y anotado", Tomo II, ed. La Ley, año 2007, pág. 356)

BLANCO, Armando Aníbal - VAZQUEZ, Patricio Eduardo S/ Robo Agravado por el uso de armas -- 3/8/2010 -- A195/10 [TIP]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL) – Caso donde se admite sustanciar la declaración del testigo-víctima, menor de edad, sin presencia del abogado defensor.

[] 80.

.... incumbe aclarar de acuerdo a la cita que efectuara el recurrente, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuya jurisprudencia en relación al art. 6.3.d., de la Convención Europea de Derechos Humanos y a la que se recurre por "su equivalencia en lo sustancial" con el art. 8, 2, f, de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), ha desestimado "... la existencia de violación al art. 6.3.d, CEDH, por cuanto, además de la declaración de un experto psiquiatra que había entrevistado al niño víctima del alegado abuso, y había reproducido en el juicio su relato, en presencia del imputado y su defensa, la sentencia se había fundado en otros elementos de prueba decisivos" ("M.K. vs. Austria", citado en Sup. Jurisprudencia La Ley, ob.cit. pág. 19).-

Cabe destacar, por último, y como ya expresáramos, que no se pretende hacer prevalecer el interés del niño, restringiendo los derechos de la defensa del imputado, sino que existieron "argumentos pertinentes y suficientes" -incluso avalados por el Código de forma que permitieron limitar el acceso del recurrente a la declaración de la víctima.-

BARCAR, Néstor Enrique en causa nº 113/03 (reg. Cámara en lo Criminal nº1) s/ RECURSO DE CASACIÓN -- 8/3/2005 - Expte. Nº 07/04 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL)– Prueba testimonial no producida en el debate: su valoración.

[] 81.

Este Tribunal comparte el criterio asumido por la Cámara Nacional de Casación, que en una situación de similares características sostuvo que "La circunstancia de que no se haya podido contar con los testimonios de un testigo en ocasión de celebrarse la audiencia de debate, en nada invalida sus declaraciones oportunamente brindadas durante la instrucción, como así tampoco impide su ulterior incorporación por lectura a la misma, toda vez que el Tribunal, en las circunstancias previstas por la ley, tiene el deber de introducir al debate y valorar todos los medios de verificación decisivos a su alcance capaz de modificar las conclusiones del fallo." (CNCasación Penal, sala III, 2000/08/10 - Novoa, Jorge A. y otro, La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 22 de diciembre de 2000, pág. 22).-

(...)La Cámara Nacional de Casación en el referido fallo -opinión que compartimos- define que el motivo por el cual no se haya podido disponer de un testimonio en el debate no lo invalida, menos aún para su posterior incorporación "... debiendo ordenar (el Tribunal) la realización de toda aquella prueba pertinente y útil para la solución del caso .. Es ésta -como se ha dicho una exigencia que deriva del principio de la verdad real , y su inobservancia equivale, sin duda, a la falta de consideración de un elemento de prueba esencial y decisivo para la solución del caso, que impide que una sentencia pueda considerarse como un acto jurisdiccional válido" (fallo cit., pág. 22).-

DIAZ, Sebastián Emilio - FARIAS, Aníbal Roberto s/ Recurso de casación -- 4/5/2006 - Expte. Nº 115/05 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL)– Prueba testimonial no producida en el debate y declaraciones recibidas por la policía: nulidad.

[] 82.

La sentencia debe circunscribirse a los actos producidos en el debate, "El principio es que la prueba debe practicarse y producirse en el debate; sólo excepcionalmente, y en cada caso en forma expresa y taxativa, la ley permite que se introduzcan actos cumplidos fuera de él." (DE LA RUA, ob. cit., pág. 170), y el punto que estamos analizando no se encuentra bajo la órbita de esas excepciones y que el Código de forma contempla en su art. 363.-

"Las declaraciones recibidas por la autoridad policial no constituyen verdaderos y propios testimonios, sino meras indagaciones sumarias que no pueden entrar en el ámbito valorativo del juzgador para dar paso a una acusación ni para fundamentar la sentencia. (conf. Clariá Olmedo, Derecho procesal penal, t. V, p. 74)" PANDOLFI, Oscar, "El Recurso de Casación Penal", págs. 282/283, ed. La Rocca, 2001).-

FERREYRA, Eduardo Esteban s/ejercicio ilegal de la medicina -- 14/10/2003 - Expte. Nº 02/02 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL) – Regla general: prohibición de algunos parientes de declarar en contra del imputado.

[] 83.

Como regla general, rige, en materia de declaración de testigos, la prohibición de testificar contra el imputado, por parte de su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano.-

"La necesidad de mantener la cohesión de la familia en su amplia composición y al mismo tiempo el imperativo de evitar que la persona sea puesta en la necesidad de falsear la verdad frente al muy poderoso y noble sentimiento de no delatar a su allegado, ha orientado a la legislación a evitar, absoluta o relativamente, el testimonio del pariente, teniéndose en cuenta en su graduación la mayor o menor proximidad del vínculo familiar con la persona del imputado" (CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de derecho procesal penal. T.III. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2008: p.326).-

GOMEZ, Juan Manuel - GARCÍA, María Laura - 10/08/2011- Expte. n.º 65/10 [STJLaPam-B]

DECLARACIÓN TESTIMONIAL (PENAL)– Supuestos de nulidad: la declaración incriminante de un familiar y su ámbito de aplicación.

[] 84.

Resulta interesante … recordar cuales han sido las razones que dieron origen a esa norma que fulmina con la nulidad de las declaraciones de la cóyuge en contra del esposo imputado. El artículo 226 [del Código Procesal Penal] tiene como fundamento preservar las relaciones familiares, es decir, evitar que una declaración de tal naturaleza pueda afectar la cohesión de la familia. Bien se ha dicho "… que resultaría ostensiblemente inicuo que la ley, sirviéndose del principio general, por el que obliga a todo habitante a prestar declaración testimonial cada vez que le sea requerida, obligara también a las personas íntimamente vinculadas por lazos de afecto o parentesco a prestar declaración en una causa en que el imputado es un pariente de grado tan próximo, que la opción entre el cumplimiento de la ley y la satisfacción del afecto se convierta en una insoportable disyuntiva: o favorecer al ser querido, sometiéndose al rigor que la ley dispone para los casos de falsos testimonios, o empeorar su situación pa a sustraerse del rigor de la ley. El ordenamiento jurídico positivo ha preferido proteger el interéa público de la institución familiar" (Vázquez Iruzubieta y Castro -T.II- p.143). A la razón que inspira la norma también se refieren otros autores. Así, expresa Clariá Olmedo que "... Esta prohibición tiene excepciones que la convierten en facultad de declarar. Así ocurre cuando con el delito resulta perjudicado el mismo testigo o una persona ligada a él por cualquiera de esos vínculos; vale decir cuando el imputado y el perjudicado integran el mismo núcleo familiar. En estos casos ya está destruida la solidaridad familiar, por lo cual el testigo puede determinarse a declarar o no" (T°II-p. 396).

En el presente cuso la cónyuge no es la persona llamada por la justicia para que preste testimonio bajo juramento sobre hechos que conoce y es colocada por ello ante el dilema de destruir los lazos familiares diciendo

la verdad, o incurrir en el delito de falso testimonio para salvar a su pariente.Lejos de ello, aquí, es la cónyuge quien por propia iniciativa se presentó a la autoridad para hacer saber que su vivienda ea utilizada para guardar ob jetos robados en distintos lugares por su esposo y otras personas (fs. 11), situación que sin duda le afecta ya que significaría un perjuicio para ella, involucrarla en hechos delictivos en los cuales ha demostrado que no quiere participar.-

Queda muy claro entonces, que la cónyuge en este caso no es aquella persona puesta por la ley ante el dilema ya referido, sino una mujer que por propia iniciativa decidió poner distancia con au esposo ante la conducta delictiva de éste y que, por dar seriedad y veracidad a sus dichos en su presentación ante la policía, aporta una serie de datos sobre la procedencia de los objetos que han ocultado en su caaa (ver fs. 11, 12 y 13).

[En el caso, el Tribunal consideraba además que "(...) ya no hay afectio conyugal ni la cohesión familiar que presupone el artículo 226. En efecto, si se examina lo actuado también podrá advertirse que [el] (esposo) ha sido condenado con anterioridad por el delito de' lesiones producidas precisamente en el cuerpo de la esposa (...) hecho que fue denunciado por el padre de ésta. Ello viene a explicar, además, la desaveniencia grave a que se ha llegado en el matrimonio, donde en lugar de afecto y cohesión familiar sólo vincula a marido y mujer una relación de víctima y victimario"]

KORNILLO Miguel Angel -- 10/12/1992 - Expte. Nº 2308/92 [STJLaPam-B]

[] 85.

Tengo para mí que lo importante no es que el testigo unido al imputado por estrechos lazos familiares sea o no advertido de lo previsto en el art. 214 del Cód. Proc. Penal. Lo importante es que no se produzca, por parte de estos estrechos allegados, declaraciones en contra del sujeto a proceso.

Y esa nulidad prevista por nuestro Código formal, a manera de defender la célula básica de la sociedad, que es la familia--significa que la resolución jurisdiccional de mérito no puede prevalerse de dichos que, aún advertidos del texto del art. 214 del Cód. Proc. Penal, una declaración en contra de los intereses de [un menor].

D., S. A. s/homicidio agravado por el vínculo -- 18/5/2009 -- 43/09 [TIP] (Fantini)

DOBLE INSTANCIA

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Aptitud del recurso de casación para satisfacer la garantía.

[] 86.

Que, expuestos los argumentos de la recurrente, corresponde al Tribunal el análisis de los mismos a fin de dar respuesta al planteo formulado y que se centra en dilucidar si el recurso de casación -reservado, exclusivamente, para cuestiones de derecho- que resuelven los Superiores Tribunales, como máximos órganos judiciales provinciales, cumple con el requerimiento de la "doble instancia" establecido en los tratados internacionales y que gozan de jerarquía constitucional, ya que cabe puntualizar que éste Superior Tribunal ha analizado en la resolución recurrida, si se encontraban cumplidas las formalidades de la motivación requeridas por el art. 429 del C.P.P., las que involucran, únicamente, cuestiones de derecho.-

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han evolucionado respecto al tema. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado su postura a partir del fallo "Giroldi" y posteriores "Bramajo", "Alvarez", "Felicetti" entre otros, estableciendo que la nueva garantía constitucional y que amplía la clásica protección brindada por el art. 18 de la C.N., se encuentra resguardada ante la posibilidad de que las sentencias de los tribunales de juicio puedan ser revisadas por un órgano superior y que ello se cumple a través de la vía casatoria, la que se encuentra regulada en los códigos procesales provinciales, siendo un remedio apto e idóneo para plantear errores "in iudicando" o "in procedendo", referidos tanto a arbitrariedad de sentencia por falta de motivación como inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.-

Que conforme lo expuesto por esta Sala B en resoluciones de fechas 8/11/01 -Exp. nº 2/01- y 06/02/02 -Exp. nº 71/01- y en un todo de acuerdo con la doctrina impuesta por la Corte en el citado caso "Giroldi" y reiterada en otros fallos, ésta última ha dicho que "... la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado Nacional ... y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales 'intermedios' ... creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios

irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta sería un producto seguramente más elaborado" (Fallo 308:490).-

`LAMBRECHT, José Carlos s/ homicidio simple´ -- 11/3/2003 - Expte. Nº 48/02 [STJLaPam-B]

[] 87.

... en lo que aquí interesa, es pertinente consignar que los textos normativos internacionales, que ahora tienen jerarquía constitucional, estatuyen la "doble instancia" en el proceso penal. En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos destina el art. 8º a las garantías judiciales, y en el apartado h, del inc. 2 de dicha norma establece que "... durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior". Con una redacción similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, nº 5, dispone que: "... toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.".-

Esta nueva situación que se ha planteado en el plano impugnativo y que, obviamente, involucra al recurso de casación, ha suscitado distintas posturas. Corresponde destacar, en primer lugar, que al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Felicetti, Roberto y otros" -2000/12/2- expresó que "... la norma en cuestión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no impone necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso. En efecto, lo que el art. 8º, inc. 2º, apartado h, establece, es el derecho del imputado 'de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior', lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única, sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta ... en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados.". Más recientemente, con fecha 8/03/05, en autos "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita", (mediante voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi) se pronunció en el sentido de que el "... derecho a la doble instancia ... no supone un nuevo examen sobre los hechos sin limitación alguna. De otro modo, se deberían sacrificar las garantías de publicidad y oralidad del debate, que también han sido consagradas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, inc. 5). De allí que el recurso de casación, a pesar de estar, en principio, limitado a la revisión del derecho, satisfaga la

exigencia del art. 8, inc. 2º, ap. h, Convención Americana sobre Derechos Humanos en tanto no se lo regule o aplique con excesivo rigor formal...".-

RODRIGUEZ, Miguel Angel; ROVEDA, Pedro Andrés; ALARCON, Gustavo Javier; TRESSEN, Alejandro Oscar S/RECURSO DE CASACIÓN -- 6/7/2005 - Expte. Nº 36/04 [STJLaPam-B]

[] 88.

... el punto III del recurso plantea la "Inconstitucionalidad del Artículo 429, inc. 1º y 2º del C.P.P.", por incompatibilidad de esa norma con la antes referida garantía a la doble instancia, en virtud de que aquella veda el acceso al tribunal de revisión para que se examine la validez de la sentencia. Puede afirmarse al respecto que el recurso de casación, tal como está legislado en nuestro digesto adjetivo y atendiendo a la interpretación que esta Sala le ha dado, resguarda derechos fundamentales del imputado y satisface los requerimientos de la citada garantía. Avala lo manifestado el pronunciamiento de la Corte Nacional, que expresa: "En el estado actual de la legislación procesal penal de la Nación, [normativa similar a la de nuestra provincia] los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8, inc. 2º, ap. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos." (Fallos 321:494, 17/03/98).-

RODRIGUEZ, Miguel Angel; ROVEDA, Pedro Andrés; ALARCON, Gustavo Javier; TRESSEN, Alejandro Oscar S/RECURSO DE CASACIÓN -- 6/7/2005 - Expte. Nº 36/04 [STJLaPam-B]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Criterio del "agotamiento de la capacidad de revisión" (doctrina "Casal"): limitaciones para el recurso del Fiscal.

[] 89.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Martínez Areco, Ernesto", sostuvo que: "...la interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y derecho, viola el derecho de recurrir la sentencia condenatoria consagrado en el art. 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (el subrayado es nuestro).-

Es decir, que el más Alto Tribunal del país admite esta amplia revisión de la causa, únicamente en el caso de sentencias condenatorias, por lo tanto el recurrente -el representante del Ministerio Fiscal- no se encuentra

amparado por "...el agotamiento de la capacidad de revisión... (o) capacidad de rendimiento..." (del fallo cit.) en la instancia casatoria.-

Esta decisión tiene sustento en dos pactos internacionales, que hoy forman parte del bloque federal de raigambre constitucional -art. 75, inc. 22, de la C.N.-: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 8, ap. 2 h) sostiene que toda persona inculpada de un delito tiene "derecho de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior" y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14, inc. 5, establece que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley".-

Tal apreciación no significa la prohibición de recurrir para el Ministerio Fiscal, sino que la limitante se halla en la inaplicabilidad de la teoría del máximo rendimiento a su propuesta casatoria, porque además "...la Corte Nacional en la causa ´Arce, Jorge D.` -14/10/1997- dijo que, ´...de la conjunción de ambas normas (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) surge que la garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho`" (conf. res. de fecha 6/07/06 en autos: "RODRIGUEZ, Miguel Angel; ROVEDA, Pedro Andrés; ALARCON, Gustavo Javier; TRESSEN, Alejandro Oscar, en causa nº 253/03 reg. C. C. nº 2) s/ RECURSO DE CASACIÓN").-

Ese derecho se encuentra consagrado en nuestro código de rito en el art. 431 del C.P.P, y el fiscal, para ello, se deberá ajustar a lo dispuesto en el art. 429 de ese mismo código, al formular el recurso de casación, el que será revisable por el Tribunal, únicamente en cuanto a la correcta aplicación o interpretación de la ley sustantiva y a la aplicación de las reglas de procedimiento.-

BARISIO, Aldo Juan,s/ Recurso de casación -- 6/10/2006 - Expte. Nº 81/05 [STJLaPam-B]

ZENOBI, Gerardo s/recurso de casación -- 25/10/2006 - Expte. Nº 126/05 [STJLaPam-B]

ALZAMORA, Pedro Luis en causa s/ recurso de casación -- 17/2/2009 - Expte. Nº 141/07 [STJLaPam-B]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) –Interpretación del art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos: el "doble conforme" y definición de "auto procesal importante".

[] 90.

(...) El art. 8:2 inc.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos establece, como una garantía de los imputados "el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal Superior", estableciendo, a su vez, el art. 402 del Código, cuáles son aquellas resoluciones consideradas impugnables.

(...) No obstante que en el caso Maqueda [MAQUEDA, Guillermo J. s/ denuncia c/ Estado Argentino resuelto por la C.I.D.H.] se estaba frente a una violación a la garantía prevista en el art. 8:2 h) -entre otros derechos- derivada de una sentencia condenatoria contra aquél dictada de conformidad a lo dispuesto en la ley 23.077 -que restringía, precisamente, el derecho al recurso del condenado-, (...) en él, la Comisión Interamericana demandante, consideró que la garantía del doble conforme prevista en el art. 8:2 h) de la Convención, no sólo se aplica a un fallo condenatorio, sino también a "...todos los autos procesales importantes".

(...) En el sistema acusatorio (...) la carga probatoria se encuentra en cabeza del Ministerio Fiscal, no constituyendo verdadera prueba los datos colectados por el Fiscal en esa tarea de investigación -salvo, claro está, aquella prueba que, por su índole, pueda ser considerada irreproductible y tenga un correlato de anticipo judicial en su realización previa al juicio- siendo en esta etapa -la de plenario- cuando efectivamente se producirán las medidas probatorias que las partes consideren convenientes, a los fines de dar basamento a las respectivas teorías y visiones del caso.

Las situaciones que plantea el Defensor (...) al no constituir violación a garantías constitucionales, no pueden ser consideradas, ni tampoco la resolución que las trata, como "acto procesal importante" para el imputado, conservando éste su derecho pleno a producir las medidas probatorias que considere pertinentes y conducentes a sus intereses en la etapa de plenario, desde que las señaladas por el recurrente pueden ser realizadas y controladas durante la etapa de juicio, sin mengua alguna del derecho de defensa del imputado, no habiéndose alegado tampoco por el Defensor ninguna situación que encuadre en los supuestos del art. 270 del Cód. y que tendrían su impacto sí en la efectiva vigencia del derecho de defensa.

MPF c/ MENDEZ, Ricardo Rubén – 16/05/2012 – Legajo nº 1442/2-12 [TIP]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Significado y alcance de la garantía: el "doble conforme" de la sentencia condenatoria.

[] 91.

[...] En esa línea de pensamiento y en sintonía con la doctrina, el legislador de esta provincia estimó que "Conceder [otro, a criterio de los Diputados locales] recurso al acusador... significa sin duda una nueva instancia que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena... no hay duda, entra en funcionamiento su 'derecho al recurso', su posibilidad de reclamar la prueba de la 'doble conforme'. Ello no sólo implica una tercera instancia, ante un tribunal 'más' superior aún, sino, antes bien, algo parecido a un regressus in infinitum, pues, con la concepción 'bilateral' del recurso, siempre es posible que el acusador... consiga una condena ante el tribunal de última instancia -por ej., la Corte Suprema, cuando ejerce competencia positiva y sentencia- y contra esa 'primera condena' siempre se deberá respetar el 'derecho al recurso', a desencadenar la prueba de la 'doble conforme' del condenado". (Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos. Editores del Puerto SRL. Buenos Aires, 2004: p. 714 y 715).

[...] señaló el autor citado "Esta garantía procesal, bien explicada, debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere. Esta condición procesal, impuesta a la aplicación de una pena estatal -con otras palabras: al desarrollo del poder penal del Estado-, ha sido perfectamente descripta, por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio de 'la doble conforme'. El 'derecho al recurso' se transformaría, así, en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión -el procedimiento para verificar la doble conformidad- que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena -dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución- y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria". (ob. cit, p. 713).

GETTE, Ariel Omar en causa por homicidio culposo s/recurso de casación", 09-06-2010- Expte. nº 80/09- [STJLaPam-B]

[] 92.

En el mismo sentido, se estimó que "El derecho del imputado a recurrir la sentencia que lo perjudica obedece al principio de doble conforme, según el cual, para que el Estado pueda ejecutar legítimamente una pena contra una persona, si ésta la impugna es menester la doble conformidad judicial como significativa de que mediante la instancia de revisión, un

tribunal superior, coincidiendo o discrepando con la condena impuesta, le otorgue mayor legitimidad a la misma como acto jurisprudencial del Estado y al mismo tiempo una mayor seguridad y tutela mediante la doble verificación para la persona enjuiciada. Esta mayor legitimación se dará tanto cuando el tribunal superior confirme la condena o la revoque absolviendo, porque la anulación o revocación de la condena por un tribunal de mayor jerarquía, y generalmente de mayor integración, como también su confirmación que implica dos veces el mismo resultado con aumento en la probabilidad del acierto en la decisión, confieren en cualquiera de los dos disímiles supuestos un aumento de legitimación de la decisión judicial. [...] Además, indudablemente si se permitiese que la parte acusadora pudiese practicar un recurso acusatorio [para el autor comprende al de los órganos estatales como también a los particulares que en su carácter de querellantes hayan tenido intervención en el proceso] con el cual incluso se podría obtener la anulación del procedimiento de origen que concluyó con una absolución, se estaría sometiendo luego al imputado a una nueva persecución penal, lo que implicaría una inconcebible vulneración de la garantía del ne bis in idem". (Conf.: Jauchen, Eduardo M. Derechos del imputado. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2005: p. 452 y 453). Avala el criterio de violación a la citada garantía, la conclusión asumida en puntos precedentes acerca de la firmeza de la sentencia absolutoria, ante la insusceptibilidad de ser recurrida. Lo expuesto revela, indudablemente, que "... la vigencia de las convenciones internacionales ha cambiado la concepción bilateral del recurso en el proceso penal" (ídem, autor y obra, p.453).

GETTE, Ariel Omar en causa por homicidio culposo s/recurso de casación", 09-06-2010- Expte. nº 80/09- [STJLaPam-B]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Significado y alcance de la garantía: interpretación del art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[] 93.

Las normas vigentes del ordenamiento de rito consagratorias de la garantía de la doble instancia en forma amplia, no se contraponen al art. 8.2.h de la Convención Americana, según la interpretación que se efectúa en el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera-Ulloa contra Costa Rica", ni al precedente de la Corte Suprema en el caso "Casal". En efecto, el Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa reconoce el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior no sólo al inculpado, sino también a la parte acusadora pública y particular, como se especificó precedentemente -arts. 431 y 432- mediante un recurso

que permite un análisis amplio de los hechos y el derecho, como lo requieren los precedentes jurisprudenciales antes citados.-

GETTE, Ariel Omar en causa por homicidio culposo s/recurso de casación", 09-06-2010- Expte. nº 80/09- [STJLaPam-B]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Significado y alcance de la garantía: juicios orales.

[] 94.

El artículo 8 inciso 2º apartado h de la Convención Americana de Derechos Humanos otorga a toda persona inculpada de delito el derecho "... de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", sin embargo tal premisa carece de jerarquía constitucional; y ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "la doble instancia no constituye requisito constitucional de la defensa en juicio". A partir de la reforma de 1994 esta "garantía mínima" tiene status constitucional, dejando aclarado que esa garantía se satisface con la facultad de recurrir limitándose a las cuestiones de derecho, cumpliéndose con ese ordenamiento internacional con la sola previsión del recurso de casación. "Al respecto, BIDART CAMPOS señala que,"... los procesos orales de única instancia ante tribunales colegiados quedan fuera de la previsión obligatoria de los pactos sobre vía recursiva ante tribunal superior, porque la instancia única ante un tribunal colegiado ya confiere -precisamente por la colegialidad del órgano juzgador- la garantía que procura otorgar el recurso ante el tribunal de alzada. Si así fuera la cosa, la norma de ambos pactos podrían interpretarse como si dijeran: "derecho a recurrir del fallo ante tribunal superior cuando el inferior es unipersonal" (Garantías constitucionales en materia penal- EDWARDS, Carlos Enrique -págs. 120/122 Ed. Astrea 1996). Si comulgáramos con esta última postura, ampliamente cumplimentada estaría esta flamante garantía constitucional. -

PÉREZ Eduardo Alberto – 23/12/1997 - Expte. Nº 71/96 [STJLaPam-B]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Significado y alcance de la garantía: titulares del derecho al recurso.

[] 95.

.... específicamente referido a la posibilidad de recurrir la sentencia por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, la Corte Nacional en la causa "Arce" 14/10/1997 [Fallos 320:2145]- dijo que, "... de la conjunción de ambas normas [Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos] surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.".-

RODRIGUEZ, Miguel Angel; ROVEDA, Pedro Andrés; ALARCON, Gustavo Javier; TRESSEN, Alejandro Oscar, S/RECURSO DE CASACIÓN -- 6/7/2005 - Expte. Nº 36/04 [STJLaPam-B]

[] 96.

El art. 444 ter [...] determina que "Solo podrá deducirse este recurso [de casación] contra las sentencias definitivas condenatorias dictadas por el Tribunal de Impugnación Penal ...". Del texto se infiere, con absoluta claridad, que contra las sentencias absolutorias que dicte el Tribunal de Impugnación Penal no se puede interponer recurso de casación. Debe remarcarse que todas las partes de un proceso penal cuentan con la posibilidad de interponer, en forma previa al recurso de casación, recurso de impugnación, que es un remedio procesal amplio, como lo determinan los arts. 429 y siguientes, con mención especial del art. 432 del mismo cuerpo legal, referido al querellante particular. Este sistema normativo fue establecido en resguardo de la garantía de la doble instancia, pues así se puso de manifiesto en la sesión de la Cámara de Diputados en la que se trató la legislación que nos ocupa. En ese sentido la Diputada Blanca Alegre expresó que "En lo referente a la garantización de la doble instancia prevista en el Pacto Interamericano de Derechos Humanos como el derecho de toda persona condenada a que su condena sea revisada por un Tribunal Superior, resulta a todas luces evidente que con la puesta en marcha de este nuevo Tribunal, llenarán los requisitos que la Corte Interamericana puso de relieve en el caso Herrera-Ulloa contra Costa Rica y nuestra Corte Suprema en el precedente Casal. Dicha garantía está dada por la intervención de la Cámara del Crimen como Tribunal de Juicio y por el Tribunal de Impugnación como órgano de revisión de la decisión de aquélla. Si bien está hoy en discusión si la garantía aludida resulta aplicable también al querellante particular, creemos que aún si aplicáramos dicha teoría, los derechos de este último estarían doblemente garantizados [(...)]. Al imputado que luce en su contra una sentencia condenatoria no firme, le queda una instancia provincial más -el Superior Tribunal de Justicia-, y otra nacional -la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, siempre y cuando el recurso que intente sea admisible en los términos tanto del Código Provincial como del artículo 14 de la Ley 48 que reglamenta el Recurso Extraordinario Federal" (conf.: Diario de Sesiones, 9 de noviembre de 2006).-

Por lo tanto, de conformidad con la reforma introducida al ordenamiento instrumental de la provincia, se puede afirmar que, una vez agotada la instancia que se ejerce ante el Tribunal de Impugnación -que, es útil reiterar, no restringe el derecho "de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior", 8.2. h de la CADH, sólo al imputado, sino que extiende el beneficio a la parte acusadora, pública y particular, arts. 431 y 432 respectivamente- y obtenida una sentencia absolutoria, ya no existe otra posibilidad recursiva contra ese pronunciamiento, conforme lo dispone el art. 444 ter del C.P.P., es decir, no cabe otra revisión amplia de los hechos y el derecho por parte de un tribunal superior.

GETTE, Ariel Omar en causa por homicidio culposo s/recurso de casación", 09-06-2010- Expte. nº 80/09- [STJLaPam-B]

[] 97.

En lo que respecta a las partes a favor de las cuales se estableció la garantía de la doble instancia, la CSJN en el caso "Arce" (Fallo 320:2145) se expidió por la validez constitucional del art. 448 del C.P.P.N., el que impone límites formales al recurso del fiscal, y expresó que "...las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes" (cons. 6) "... la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho" (cons. 7). Nuestro ordenamiento procesal reconoce al fiscal y al querellante particular la posibilidad de recurrir las sentencias, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 431 y 432. A mayor abundamiento debe resaltarse que de este modo quedó explicitado en el informe de la Diputada Josefa Alegre en el tratamiento de la ley respectiva.

GETTE, Ariel Omar en causa por homicidio culposo s/recurso de casación", 09-06-2010- Expte. nº 80/09- [STJLaPam-B]

DOBLE INSTANCIA (PENAL) – Vigencia de la garantía para la apelación de resoluciones desestimatorias de planteos de nulidad.

[] 98.

.... esta Sala B estima conveniente dejar sentada su postura respecto de la oportunidad en que debe interponerse el recurso de apelación cuando se trata de resoluciones que desestiman una instancia de nulidad.

A tales fines es preciso establecer si la remisión que hace el art. 149, último párrafo, del C.P.P., se limita al art. 420 o se extiende también al art. 421 del citado código.

Desde el punto de vista de una interpretación literal de las normas antes mencionadas, surge claramente que la remisión que efectúa el art. 149 al "trámite" del recurso de reposición, solamente se refiere a lo establecido por el art. 420 y no puede entenderse que incluya a los "efectos" previstos en el art. 421.

Asimismo, se estima adecuado no restringir la posibilidad de obtener la revisión de lo inicialmente decidido por medio de un Tribunal de segunda instancia, pues si el planteo de nulidad no provino de una resolución del magistrado, la vía apta no será el recurso de reposición, y mal podría interponerse un recurso de apelación en subsidio de una reposición que no existe. Por otra parte, si la resolución por la que se decidió el planteo de nulidad causa gravamen irreparrable a la parte afectada, no hay motivos para denegar a aquélla el trámite de la apelación. Además, si debiera apelarse anticipadamente un auto no dictado, resultaría imposible señalar las imprescindibles motivaciones del agravio, por desconocerse los fundamentos de lo recurrido, y se introduciría por vía jurisdiccional una no contemplada excepción a las reglas recursivas generales que imponen la motivación del recurso y el límite de conocimiento del tribunal de alzada. Corresponde hacer notar también, que privar a quien plantea una nulidad de la doble instancia, con la exigibilidad de la interposición subsidiaria por aplicación extensiva de la norma procesal, importaría una violación al derecho de defensa y al debido proceso legal -art. 18 de la C.N.-.

En definitiva, siendo apelable toda resolución que decida acerca de un vicio del proceso y cuya subsanación haya sido reclamada por las vías y la forma que la ley determina, no puede ser exigible para su admisión que sea deducida en forma subsidiaria al plantear la cuestión. (De conformidad con los criterios sustentados en el plenario número 97, CNPE, de fecha 30/08/1996).

Dr. Carlos O. AMADO en Incidente nº 20/04 (reg. C.C. nº 2), caratulado: "Marta Elena CARDOSO s/Interpone Recurso de casación en Causa nº 637/03 (reg. Apelación nº 34/04) S/RECURSO DE QUEJA -- 26/8/2004 - Expte. Nº 27/04 [STJLaPam-B]

KRIGER, Roberto Marcelo s/ recurso de queja -- 21/9/2009 -- I30/09 [TIP] (Fantini)

EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILEGAL

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL - Generalidades

[] 99.

[La] violación a una garantía de raigambre constitucional --que nadie está obligado a declarar contra sí mismo--, cualquiera haya sido el resultado de la prueba así producida, "implica que nada de lo que en ese acto fue realizado", o derivado de la producción de aquélla, "...pueda ser oponible, como prueba de cargo, hacia el individuo cuyas garantías fueran conculcadas, en virtud de la regla de exclusión, sancionándose con ello la actividad procesal, no ya defectuosa, sino en abierta colisión con mandas constitucionales de vieja prosapia", tal como expresara en causa 04/08--conforme Registro de este Tribunal --en causa "Roldán Pereyra, M.A. y Paulino, O. C. s/ recurso de impugnación".-

Que es así que, antes de hablar de nulidades, entiendo que lo correcto, a los fines del proceso, es referirse a la eficacia probatoria de actos procesales que vulneren garantías constitucionales, quitándole, en consecuencia, a esos actos o a los datos obtenidos a través de ellos, cualquier tipo de eficacia probatoria en contra de la persona cuyas garantías no fueron respetadas.

DEL MOLINO, Dora Celia s/ estelionato y falsa denuncia -- 25/9/2009 -- A216/09 [TIP] (Flores)

[] 100.

En base a lo expuesto respecto a la aplicación de la regla de exclusión, entiendo que debe realizarse una resolución a su respecto "en que se la declara y hacia el futuro, consistiendo su consecuencia en la invalorabilidad definitiva del elemento probatorio", tal como lo expone Eduardo Jauchen en su obra "La Prueba en Materia Penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 39 y ss., tal como lo ha señalado también nuestro cimero Tribunal en el orden nacional, en causa "Rayford", en donde la CSJN ha enfatizado que "los elementos materiales indebidamente obtenidos perderán valor de una vez y para siempre por su espuria adquisición", no siendo posible, tal como lo sostiene el autor citado, y tal como ocurre con la nulidad, que pueda renovarse o confirmarse o rectificarse aquellos elementos probatorios viciados desde el inicio.

JALIP, Mario Roberto, OÑATE, Luciano Martín s/cómplices necesarios del delito de homicidio agravado por el modo--alevosía-- -- 2/12/2009 -- A283/09 [TIP] (Fantini)

EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILEGAL – Doctrina de los frutos del árbol venenoso.

[] 101.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado, en varios pronunciamientos, que los medios de prueba obtenidos en violación a garantías constitucionales no son válidos como pruebas de cargo. Si bien desde "Charles Hermanos" (F:46:36) hasta "Rayford" (F:308733), pasando por "Fiorentino" (F:306:1752), el más alto Tribunal del país analizó diversas variantes en lo que respecta al tema bajo análisis y siempre se pronunció por la inadmisibilidad de medios de prueba logrados ilegalmente.

Ahora bien, uno de los fundamentos de esta regla es "...el llamado 'efecto disuasorio' ... olvidando que ella reconoce antes que nada un fundamento ético. Es que como se ha hecho notar en varias oportunidades, parece bastante claro que el valor 'justicia' se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas -los policías- son los primeros en violarlas, y quienes tienen como función aplicar e interpretar la ley -los jueces- basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito" (CARRIO, A.. Garantías constitucionales en el proceso penal. Ed. Hammurabi, 5ta. Edición. Buenos Aires, 2008: p.311).

Otro de esos fundamentos se refiere a la necesidad de amparar los derechos de las personas, emanados de la propia Constitución Nacional. En ese sentido "Se ha dicho igualmente que la garantía del 'debído proceso' y la que consagra el principio de que 'nadie puede ser penado sin un juicio previo fundado en ley' se verían naturalmente menoscabadas si se permite que se utilice en contra de un individuo pruebas obtenidas en violación a sus derechos básicos" (ob. cit., p. 307/308).

El alcance de esta regla respecto de terceros, es decir si la existencia de elementos obtenidos ilegalmente se proyecta a personas distintas respecto de aquellas cuyos derechos constitucionales fueron vulnerados, se ha denominado por la doctrina norteamericana "del fruto del árbol venenoso". Esta doctrina tuvo origen en el caso "Silverthorne Lumbre Co. v. UnitedStates" 251 US 385 del año 1920 "...en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que le entregara documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal" (ob.cit., nota a pie de página 315).

Nuestros tribunales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han receptado esta doctrina, pero su aplicación no resulta automática, sino que debe analizarse la actividad procesal desarrollada (...)

PAULINO, Oscar Ceferino s/recurso de casación -- 29/12/2009 - Expte. N° 09/09 [STJLaPam-B].

[] 102.

[…] ya en un fallo del 22/12/94 (“caso Daray”), la CORTE NACIONAL sostuvo que, “si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél”, precisamente porque “no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete a la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito” (al comentar ese fallo, en “Suplemento de Juris. Penal”, de “L.L..”, 28/4/95, Alejandro CARRIO señaló también que “otro principio importante afirmado en este caso es el que permite que terceros distintos, de aquél cuyas garantías constitucionales han sido violadas, puedan invocar tales transgresiones para cuestionar el uso de prueba así obtenida” …).-

S., M. C. – S. N. I. s/ Aborto – 26/11/1997 - Expte. 47/96 [STJLaPam-B]

[] 103.

Que esta definición de la Corte tiene origen en la llamada "teoría del fruto del árbol venenoso", según la cual "... no sólo no puede ser usada en juicio la prueba obtenida en forma ilegal, sino que esa prohibición se extiende a toda otra prueba que tenga su origen o que derive, aunque sea indirectamente, de ese primer acto ilegítimo. ... La idea es que una vez que el acto inicial se encuentra teñido de ilegalidad, todos los actos que, aunque en forma indirecta, sean su consecuencia, se encuentran alcanzados por la misma ilegalidad." (CARRIO, Alejandro, "Garantías constitucionales en el proceso penal", pág. 100/101, ed. Hammurabi, 2º edición, 1990).-

O., J. M. V., M. E., P., O. V. s/ aborto -- 27/8/2003 - Expte. 40/02 [STJLaPam-B]

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL - La posibilidad de llegar al mismo resultado decisorio por otros elementos de cargo no afectados por la nulidad.

[] 104.

Como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando existen en una investigación criminal elementos de cargo ilegítimos: "...aún en el supuesto de que existiesen inspecciones de domicilio irregulares en las que se hubiesen recogido pruebas de cargo, no se ha demostrado en el

recurso que su eliminación condujera a un resultado distinto al que arribó el 'a quo' o, lo que es lo mismo, que las restantes sean insuficientes para sustentar la condena aplicada (consid. 2°)-Fallos 311:962-" (ob. cit., p. 335).-

PAULINO, Oscar Ceferino en causa por homicidio doblemente calificado por alevosía y críminis causa s/recurso de casación - - 29/12/2009 - Expte. N° 09/09 [STJLaPam-B].

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL - Prueba aportada por un familiar del imputado.

[] 105.

Corresponde, no sólo por manda legal formal -art. 214 del Cód. Proc. Penal en vigencia-, sino por una interpretación más profunda e integral de aseguramiento de este ámbito de privacidad interpersonal, que es la familia, al punto de ser considerada, en el art. 17.1 de la CADH, "...como un elemento natural y fundamental de la sociedad", que debe ser por ésta protegida, "y por el Estado".

Tal como se expresa en un trabajo realizado por José Gabriel Galán--"Eficacia punitiva versus protección de la familia"--, publicado en DJ, 22/07/2009, 1986, un sistema en que ese núcleo primario sea considerado como "un medio de utilidad pública (apto para maximizar la eficacia en la represión del delito)"...."está muy lejos de institucionalizar a la familia como un entorno de confianza e intimidad. Es que, de considerarse penalmente fructífera la delación entre sus miembros--por la comisión contra terceros de cualquiera de los numerosos y variados ilícitos de acción pública que prevé nuestra legislación--se estaría más bien alentando a que aquéllos se perciban como extensiones suspicaces de un Estado represor omnipresente..."

Nuestro Estado, nuestra organización como sociedad, ha reconocido el carácter de intimidad, formador de personalidad, contenedor de afectos y de historias, propio del entorno familiar, y es por ello que ese Estado se ha autolimitado en la investigación y descubrimiento de la verdad en hechos que aparecen como ilícitos, precisamente, por ese carácter, significando ello que no se pueda utilizar ningún dicho o acción que, proveniente de un familiar con vínculo directo--sin que el afectado por el supuesto ilícito lo sea--suponga una prueba en contra de quien está sospechado o sindicado como partícipe de un ilícito.

JALIP, Mario Roberto, OÑATE, Luciano Martín s/cómplices necesarios del delito de homicidio agravado por el modo--alevosía-- -- 2/12/2009 -- A283/09 [TIP] (Fantini)

[] 106.

En otras palabras, en este caso concreto [se trataba del celular de la víctima, que fuera entregada por la madre del imputado a la autoridad policial] la regla de exclusión probatoria derivada de los límites al descubrimiento de la verdad que el propio Estado se ha impuesto, en una ponderación de valores más importantes que el esclarecimiento de la verdad a cualquier precio, funciona sólo con respecto a este imputado, porque es la defensa de su vínculo lo que interesa, más allá que, en este caso concreto, las consecuencias derivadas de la entrega que su madre hiciera a la Prevención del celular del muerto no impactan o tienen influencia cargosa en otros imputados.

Que no debe considerarse, y ése es mi criterio, una rígida visión de qué es lo que se protege, mirando las mandas constitucionales y lo que se deriva del derecho internacional, para resguardar, como aparece en este proceso, sólo lo que los familiares dijeran.

No sólo se ampara los dichos de los familiares cercanos sino cualquier acción de éstos, dependiente de su autonomía de voluntad, que signifique una prueba en contra de la persona con la que mantiene el vínculo y que se halla imputado de un delito; no puede, a mi criterio, en forma contradictoria, decirse que sólo los dichos y prescindirse de las acciones, muchas veces mucho más contundentes que expresiones verbales, tales como entregas, señalamientos, omisiones, grafías, dibujos, etc.-

JALIP, Mario Roberto, OÑATE, Luciano Martín, 2/12/2009 -- A283/09 [TIP] (Fantini)

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL - Merituación de la prueba obtenida con inobservancia de las formas procesales pero convalidada por inacción de la parte.

[] 107.

... la inobservancia de (las) formas, concretamente la falta de confección de un acta explicativa del procedimiento llevado a cabo en la obtención de las huellas digitales incriminadas, su ubicación precisa, la técnica utilizada para su levantamiento a los fines periciales y la individualización de la muestra para su posterior cotejo, sin perjuicio de los demás requisitos formales, concretamente referidos a la firma del acta por dos testigos, aparecen como requisitos de validez insuperable para atribuirle a esta diligencia la fe necesaria requerida para arribar al grado de certeza absoluta que permita sustentar un pronunciamiento condenatorio.

Sabido es que la sana crítica racional otorga a los sentenciantes una absoluta liberalidad en materia probatoria, pero no por ello se hallan exentos de fundamentar debidamente la razones que los llevan a sustentar su pronunciamiento en uno u otro sentido, explicando de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y psicología cuales son las pruebas tomadas en consideración para lograr una adecuada reconstrucción histórica del hecho y a partir de allí formular el reproche legal correspondiente.

(...)la ausencia de las formas procedimentales necesarias para que un documento público de fe por si mismo, impiden razonablemente otorgarle valor probatorio, con mayor razón cuando sólo se trata de una prueba indiciaria y no existen otros elementos probatorios que la reafirmen.[En el caso, se alude a los rastros papilares que consistían en la única prueba de cargo incriminatoria para el imputado]

SANTANDER, Ezequiel Orlando S/ Recurso de Impugnación -- 2/12/2009 -- 43/09 [TIP] (Jensen - Flores)

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL – Prohibición de autoincriminación: distinción entre la persona como "sujeto" de prueba y "objeto" de prueba.

[] 108.

No sucede lo mismo, a título de ejemplo, como muchas veces se manifestara en la doctrina y jurisprudencia, con la realización de otros actos que no significan la concurrencia de la voluntad y libre albedrío del imputado, tal como el reconocimiento en rueda de personas, las muestras de sangre, la inspección corporal, toda vez que, dentro de los límites que hagan a la integridad y a la dignidad de la persona, ésta funciona como portadora de esos signos, sin que los mismos dependan de una producción voluntaria.

DEL MOLINO, Dora Celia s/ estelionato y falsa denuncia -- 25/9/2009 -- A216/09 [TIP] (Flores)

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILEGAL – Prohibición de autoincriminación: realización de un cuerpo de escritura.

[] 109.

El cuerpo de escritura, así como cualquier otra manifestación derivada de la voluntad y libre albedrío, como expresión de su única subjetividad, de su ser persona, para el caso de personas imputadas a

procesos penales, debe exteriorizarse previo fundado y concreto consentimiento a realizar dicha actividad, conociendo previamente su derecho a negarse por las perjudiciales consecuencias que de ello podrían derivársele.

[L]a prohibición de autoincriminación ... no sólo implica el derecho a no declarar contra sí mismo sino a abstenerse, luego de la información correspondiente, a realizar la actividad que le es solicitada y que depende de una manifestación que nace en su irreductible núcleo de humanidad, tal como puede considerarse la grafía, la expresión gráfica o pictórica o, incluso, la emisión de la voz.

DEL MOLINO, Dora Celia s/ estelionato y falsa denuncia -- 25/9/2009 -- A216/09 [TIP] (Flores)

GARANTIAS PENALES

GARANTIAS PENALES – Generalidades

[] 110.

El cumplimiento de la ley no requiere ni de abusos ni de excesos "Nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de igual rango, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de aquella, protegen la libertad personal frente a cualquier tipo de ataque, provenga éste de un particular o de un funcionario público. Precisamente desde esta última perspectiva la importancia de la norma comentada [se refiere al art. 144 C.P.] radica en que constituye un límite expreso a la facultad funcional de detener sin orden judicial, es decir, preserva la legalidad de toda detención, sobre todo si se tienen en cuenta los influjos del peligrosismo que, en muchos casos, alienta las detenciones arbitrarias de personas según sus rasgos fisonómicos, su (inexplicable) presencia en determinados lugares a determinadas horas, por 'caminar en forma apresurada' o por la sospecha que pueda generar una maniobra del auto que se conduce" (D'ALESSIO, Andrés. Código Penal, comentado y anotado, parte especial. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2006: p. 296/297).-

OBANDO, Oscar Domingo, MUÑOZ, Ramón Gustavo, en causa nº 91/06 (reg. C. en lo C. nº 2 - Sta. Rosa) s/ recurso de casación -- 3/9/2008 - Expte. Nº 28/07 [STJLaPam-B]

GARANTIAS PENALES – Nullum crimen nulla poena sine lege

[] 111.

... de la fórmula constitucional –receptada en nuestro Código Procesal Penal en el art. 12- que expresa "nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" -art. 18-, se obtiene el principio de reserva de la ley penal, en su doble manifestación del delito y de la pena. La formulación clásica de esta garantía conocida mediante el aforismo "nullum crimen, nullapoena sine lege" implica la existencia de una ley vigente al momento del hecho que califique al mismo como delito y defina concretamente la sanción a imponer.-

SALAZAR, Omar Alejandro s/ estafa -- 5/5/1999 - Expte. Nº 42/98 [STJLaPam-B]

GARANTIAS PENALES – Culpabilidad y derecho penal de acto

[] 112.

Nuestro ordenamiento penal requiere, a los efectos de la punibilidad de un delito, que el sujeto sea autor de un hecho (derecho penal de hecho); no se castigan las características personales de un sujeto (derecho penal de autor). Tal supuesto "... no puede tener cabida frente a las claras disposiciones de los artículos 18 y 19 constitucionales. No obstante, puede pensarse que el CP trata ocasionalmente de captar personalidades. Ello no es exacto y si así fuese sería inconstitucional. Prueba de ello es que la reincidencia y la plurireincidencia son claramente determinadas..." (ZAFFARONI, Eugenio, "Teoría del Delito", pág. 188, ed. Ediar, 1973).-

LIGUERA Aldo René -- 23/4/2003 - Expte. Nº 52/02 [STJLaPam-B]

GARANTIAS PENALES – Su control en todo proceso, viable independientemente de cualquier imperfección que pudiera afectar al planteo recursivo.

[] 113.

En referencia a jurisprudencia de la CSN: (...) como la misma Corte ha aceptado (especialmente en los casos "Tarifeño" y "García") que "sin perjuicio de la inobservancia del requisito propio de la vía intentada" o "más

allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia (del Tribunal) para conocer de los agravios expresados", el descubrimiento de una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio, con la consiguiente invalidez del pronunciamiento, "debe ser atendida y declarada con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiera planteado".

CUTIÑOLA Nicolas s/ lesiones culposas – 30/10/1996 - Expte. Nº 8/95 [STJLaPam-B]

[] 114.

Cabe señalar que "El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer, a su arbitrio, las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo, ni ellas en combinación con el imputado y su defensor, aun cuando se propongan observar -y de hecho lo hagan- las garantías de seguridad individual previstas en la ley suprema. Al contrario, se debe tratar de un procedimiento jurídico, esto es, reglado por ley, que defina los actos que lo componen y el orden en que se los debe llevar a cabo" (conf.: MAIER, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal Argentino, T. 1 b, pág. 250, Ed. HAMMURABI, 1989)

PERALTA, Jorge Ricardo s/Inf. art. 2º Ley 408 -- 28/10/2003 - Expte. Nº 51/03 [STJLaPam-B]

GARANTIAS PENALES – Principio de legalidad

[] 115.

Señala la jurisprudencia que el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza el derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (S.T.J Santa Cruz, sumario 21368/08).-

En idéntico sentido se pronuncia la doctrina al destacar que el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva. Así, por ejemplo, Claus Roxín refiere que "...la prohibición de preceptos penales indeterminados corresponde con la finalidad del principio de legalidad. Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una limitación iuspunendi estatal, a la que se pueda recurrir; además es contraria a la división de

poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera invadir con ello el terreno del legislativo, no puede desplegar eficacia preventiva general porque el individuos no puede reconocer lo que se le quiere prohibir, y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad. Teóricamente también resulta indiscutidos quien por indeterminación las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales y por tanto nulas ("Derecho Penal, parte general", T. I, segunda edición, Editorial Civitás, Madrid, pág. 137).-

GARCIA, Stella Maris c/ REYES, Juan José y otros s/ sobreseimiento -- 11/8/2009 -- A162/09 [TIP] (Flores)

GARANTIAS PENALES – Principio de legalidad y principio de reserva.

[] 116.

Conviene recordar aquí que la potestad represiva del Estado a través de los órganos jurisdiccionales encuentra su límite en los principios de reserva y legalidad consagrados por los Arts.19 y 18 de la C.N., respectivamente. De ellos se infiere que las acciones privadas de los hombres, que no trasciendan hacia terceros, ni afecten la moral pública, no pueden ser objeto de reproche legal alguno; en tanto que aquellos actos que superen la barrera de la intimidad personal y que causen un perjuicio a terceros, sólo podrán ser punibles cuando una ley anterior al hecho que lo produjo, así lo establezca.

Estos dos principios constituyen la piedra angular del sistema penal argentino y son la base para el respeto de los derechos y garantías de la personas que habiten nuestro suelo, frente al poder represivo del Estado.

MARTINEZ RACIONERO, Antonio - LATORRE CAÑIZAREZ, Ricardo s/Falta de Mérito -- 3/11/2009 -- A250/09 [TIP] (Jensen)

GARANTIAS PENALES – Principio de progresividad: derecho de defensa en juicio.

[] 117.

La Corte Suprema de Justicia en el caso "Mattei" (...) sostuvo que "el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena; y, por ello, cada una de esas etapas

constituye el presupuesto necesario de la que le subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden" (C.S.J.N. fallo: 272:188).

En virtud de ese razonamiento, el máximo tribunal de la Nación sostuvo que "el principio de la progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuesto de nulidad" (fallo citado).

LUNA, Cristina María S/ Querellante particular apela denegatoria de reposición—20/03/2012—Causa N° A-187/11 [TIP]

GARANTIAS PENALES – Notificaciones: Finalidad y relación con el derecho de defensa

[] 118.

Que con relación al tema que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia, con fecha 23 de noviembre de 1995 -en autos "Xipon S.A. s/apelación ley 11.683"-, en fallo 318:2372, ha resuelto "4°) Que la cédula destinada a notificar al representante legal de la sociedad recurrente el proveído de fs. 35, por el que se fijó la audiencia prevista por el citado art. 588 [del C.P.P. de la Nación -juzgamiento de contravenciones-], fue devuelta por el oficial sin haber practicado la diligencia, y con el informe del motivo por el que había procedido de ese modo (confr. fs. 38/39). En tales condiciones, y sin que conste en autos que se haya adoptado alguna medida para hacer efectiva tal notificación ni que se haya celebrado la audiencia aludida, fue dictada la sentencia que confirmó la resolución administrativa. 5°) Que la deficiencia procesal a la que se ha hecho referencia compromete irremediablemente el derecho de defensa del recurrente, ya que es de la esencia de esta garantía constitucional la necesidad de que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales (confr. Fallos 295:821; 307:500)."; criterio que ya había sostenido, al decir "El instituto procesal de la notificación ... asegura a los interesados en decisiones judiciales que hacen a sus derechos, la efectiva defensa en juicio, evitando que desconozcan actuaciones que podrían afectarlos (P. 7. XXIII. Prunello, Federico Norberto s/información sumaria. 24/03/92); y en fallo del 01/10/92 R. 205. XXIV. Ruta de Leynud, Ana María c/Leynud, René Eugenio, en el que entendió que "La adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del proceso tiene por objeto conceder a los interesados la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige el debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la

correcta solución del litigio.", reiterando lo expuesto en pronunciamiento del 01/01/47, en autos "Imbrogno, Ernesto c/La Martona S.A." T. 207, p. 293, en el que sostuvo que "La inviolabilidad de la defensa en juicio requiere que se dé al litigante oportunidad de ser oído y además se le permita el ejercicio de sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales.".-

GARCIA, Jorge Ramón s/ Suspensión de Juicio a Prueba en causa C070/02 -- 11/11/2003 - Expte. N° 74/03 [STJLaPam-B]

"IN DUBIO PRO REO"

"IN DUBIO PRO REO" – Beneficio de la duda ("in dubio pro reo"): la determinación de la "certeza" requerida para una condena.

[] 119.

Sostiene la doctrina que es menester que en la sentencia de condena, el juez asuma como verdadera o cierta la afirmación de existencia del hecho en el que se sustenta la acción instaurada, por haber alcanzado estado de certeza a tal efecto, por cuanto estima que su pensamiento o conocimiento concuerda con la realidad, en virtud de que el estado de certeza es resultado de la correcta estructura del pensamiento en la valoración de las pruebas conducentes incorporadas al proceso con ajuste a la sana crítica racional (conf. José Antonio Pedernera, "Condena judicial - Prueba - Sana Crítica - Certeza", publicado en L.L.C. 2004, 565).-

CISNEROS, Julio César s/ Recurso de Impugnación -- 14/9/2009 -- 107/08 [TIP] (Jensen - Flores)

[] 120.

(...) Como lo destaca Jorge E. VazquezRossi (Derecho Procesal Penal T. I pag. 276) sólo cuando el juzgador ha conseguido un saber sobre el objeto procesal que le permite razonablemente eliminar dudas y tener cierta atribución delictiva, puede válidamente efectuar un pronunciamiento condenatorio. [Voto del Dr. Balaguer]

ROBLEDO, Roberto Ricardo s/ Ministerio Público Fiscal impugna absolución—18/09/2012—Legajo N° 280/3 [TIP]

“IN DUBIO PRO REO” – Beneficio de la duda (“in dubio pro reo”): cuestiones de derecho.

[] 121.

La aplicación del principio "in dubio pro reo", debe ser aplicado [...], tanto en relación de cuestiones de hecho, como de derecho, toda vez que en ambos supuestos, pueden darse una situación de esas características (máxime cuando se establecen en la ley de fondo, normas genéricas [...] y no resulta factible eliminar esta última (las de derecho), cuando indudablemente se pueden producir [...], situaciones de tipo legal, que ameriten tomar una decisión en relación a la aplicación de una normativa que presenta una agravante punitiva [...].(Voto Dr. Rebechi)

ALVAREZ, Adrián Esteban s/Recurso de Impugnación – 12/11/2011 – Expte. Nº 32/11 [TIP] (Rebechi-Fantini-Jensen)

CORDOBA, Jorge Hernán s/Recurso de Impugnación – 16/02/2012 -- Leg. 5/1 [TIP] (Rebechi-Fantini-Flores)

“IN DUBIO PRO REO” – Beneficio de la duda (“in dubio pro reo”): su efecto en la valoración de la prueba.

[] 122.

La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda.

El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método,

sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente".-

NÚÑEZ, Miguel Angel s/ recurso de casación -- 1/12/2006 - Expte. Nº 37/06 [STJLaPam-B]

[] 123.

Es preciso puntualizar que es indispensable, en esta etapa del proceso, que el juez haya alcanzado certeza acerca de la culpabilidad del acusado para poder condenarlo como autor por la comisión de un delito determinado. En efecto, "Los extremos de la acusación tienen que ser comprobados de forma tal que resulten evidentes. Esto involucra necesariamente, que de la prueba se obtenga una conclusión objetivamente unívoca, en el sentido de no dar lugar a que del mismo material pueda simultáneamente inferirse la posibilidad de que las cosas hayan acontecido de diferente manera. Pues si los elementos existentes admiten una conclusión diferente, aceptable en cuanto a su criterio lógico en el mismo grado que aquella que incrimina al imputado, se estará sólo ante contingencias equívocas que en manera alguna pueden legitimar un quebranto del estado de inocencia" (conf.: Jauchen Eduardo M..La prueba en materia penal". Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1992: p. 47).-

MIRANDA, Ricardo Martín, en causa nº 15253/07 (reg. C. en lo Crim. - IIª C.J.) s/ recurso de casación -- 19/12/2007 - Expte. Nº 60/07 [STJLaPam-B]

CALVO, Gerardo Ariel en causa nº 169/05 (reg. C. C. nº 2 - Sta. Rosa) s/ Recurso de casación -- 26/3/2008 - Expte. Nº 72/06 [STJLaPam-B]

[] 124.

sabido es que "ante la duda, el juez debe hacer un alto en la valoración, ya que ella le impide avanzar al intelecto, quedando como única salida el principio 'in dubio pro reo'" (Carlos Normando Hall, "La prueba Penal", Nova Tesis, pág. 71).-

Afirma Eduardo Jauchen que "la duda es un estado del intelecto, según el cual se origina una vacilación pendular entre los motivos que llevan a tomar una decisión afirmativa o negativa con relación a una cuestión, debido ello a que los elementos que inspiran esas antagónicas motivaciones no resultan lo suficientemente explícitos para determinar una opción convincente" ("La prueba en materia penal", editorial Rubinzal - Culzoni, pág. 48 y sig). Continua el autor citado que "la duda sobre algunos de esos extremos impone una decisión absolutoria que con fuerza de cosa juzgada

mantenga aquel estado de inocencia que no ha podido ser desvirtuado" (op cit. pág. 49).-

CISNEROS, Julio César s/ Recurso de Impugnación -- 14/9/2009 -- 107/08 [TIP] (Jensen - Flores)

[] 125.

También la conclusión de aplicar el principio del "in dubio pro reo" está sometida al control de revisión, toda vez que la adquisición de certeza no es una posición de íntima subjetividad del juez y, por consiguiente, tampoco lo es ese estado de duda, que debe verse reflejado y explicitado convenientemente--en forma convincente y persuasiva, porque de eso se trata la argumentación jurídica en las sentencias--en función de inferencias correctas derivadas de los elementos de prueba legalmente incorporados al proceso.

El juez no puede decir dudo porque no estoy convencido; tiene que decir, dudo porque, en función del análisis que hago sobre la interpretación de los datos con que cuento, utilizando para ello reglas de experiencia, lógica y psicología, no puedo llegar a una certeza aceptable--lo que puede considerarse "un óptimo grado de conocimiento"--sobre los extremos de la imputación o la participación del imputado en el hecho.

DIAZ, Juan Carloss/ Recurso de Impugnación -- 3/9/2009 -- 104/08 [TIP] (Voto de mayoría de la Dra. Fantini; en disidencia, Rebechi)

[] 126.

.... el sistema de la sana crítica otorga a los jueces una absoluta discrecionalidad al tiempo de evaluar y seleccionar las pruebas que servirán de sustento a sus sentencias, pero esta liberalidad de ninguna manera justifica fraccionar la prueba útil a tales fines y prescindir infundada e injustificadamente de la restante debidamente incorporada al proceso, sino que este método impone la consideración total de la prueba, explicando debidamente porque se hace uso de unas y se descartan las otras, de manera tal que sea posible seguir el curso lógico del pensamiento del juzgador al formular la reconstrucción del hecho que conforma el sustracto fáctico de su fallo.-

CISNEROS, Julio César s/ Recurso de Impugnación -- 14/9/2009 -- 107/08 [TIP] (Del voto del juez Jensen , al adherir a la opinión del juez Flores)

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS – Fundamentación suficiente para disponer la medida

[] 127.

... la Cámara Nacional de Casación Penal dijo: "No resulta infundada o arbitraria la intervención telefónica dispuesta por el juez de instrucción cuando media evidencia bastante para proceder, sin vulnerarse derechos fundamentales" (C. Nac. de Casación Penal, sala III, Martínez, Enrique Fabián, 11/08/1999) .-

... también la Cámara Nacional de Casación Penal, con cita de Juan Montero Aroca, en *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Valencia, 1999, pág. 141, señaló que: "... habrá motivación suficiente cuando del examen de las resoluciones judiciales junto con las solicitudes policiales que le sirvieron respectivamente de causa y fundamento, cualquier persona pueda comprender la razón de ser de tales autorizaciones de intervención telefónica, de modo tal que pueda entenderse con facilidad que no existió una actuación arbitraria sino fundada en derecho" ("Torres, Juan Carlos y otro s/rec.de casación" sala II, 2002/06/14, La Ley, Suplemento de Jurisp. Penal, 29/10/02, pág. 59).-

DOMINGUEZ, Estela Maris, en causa nº F 15/04 (reg. Juzg. de Inst. yCorrec. nº 1 - Sta. Rosa) s/ Recurso de casación -- 20/10/2005 - Expte. Nº 32/05 [STJLaPam-B]

[] 128.

si bien la norma del ordenamiento instrumental a que alude la defensa [art. 208 C.P.P.] exige la fundamentación del acto mediante el cual el juez ordena una intervención telefónica, no es explícita ni sacramental respecto de los requisitos que debe reunir dicha diligencia procesal. Por lo tanto, en el análisis de las formalidades, se podrá estar a las particularidades de cada caso para apreciar su validez.-

NIEVAS, Claudio Pablo - BERRA, Héctor Eduardo-RACEDO, Enzo Javier - ALE, Jorge Javier-ANDURAND, Néstor Alfredo, s/ Recurso de casación -- 26/4/2007 - Expte. Nº 114/05 [STJLaPam-B]

LEY PENAL MÁS BENIGNA

LEY PENAL MÁS BENIGNA – Aplicación de oficio

[] 129.

"La ley penal más benigna se debe aplicar de oficio, pues sus efectos de acuerdo al propio texto penal aplicable- se operarán de pleno derecho" (Conf. FIERRO, G. J., "Cód. Penal y normas complementarias ...", t. I, pág. 78, nº 33, ed. Hammurabi, 1997, con citas de diversos "Fallos" de la CORTE NACIONAL)

N., N. N. s/ violación como delito continuado -- 12/4/2000 - Expte. Nº 54/99 [STJLaPam-B]

LEY PENAL MÁS BENIGNA – Caso de la "jurisprudencia más benigna"

[] 130.

El concepto de ley más benigna y no ley penal más benigna, pues el artículo en cuestión no hace tal distinción, funcionaba antes de la reforma operada en 1994 "... como un criterio legal dirimente aplicable a cualquier situación derivada de un real conflicto interpretativo ocasionado por una sucesión de leyes penales..." y ese criterio también podía variar (BAIGUN-ZAFFARONI, "Código Penal y normas complementarias", T. 1, pág. 61, Hammurabi, 1997), pero una vez sancionada la reforma a la Carta Magna en 1994 -al haber adquirido jerarquía constitucional, (art. 75, inc. 22),- el Pacto de San José de Costa Rica que establece en su art. 9º la aplicación de la ley más benigna-, quedó receptado como principio de la irretroactividad absoluta que surge a partir del principio de legalidad (art. 18 de la C.N.), sin dejar de advertir que este principio, por razones de justicia, no se generaliza, pues si la sanción de una nueva ley ha variado en favor del imputado sometido a juicio o de aquél que está cumpliendo una condena, los mismos no podrían ser excluídos de tal beneficio.-

Ahora bien, el principio en cuestión, se refiere al término "ley", que de ninguna manera puede equipararse a "jurisprudencia"; para distinguirlos a ambos resulta apropiado recurrir a lo expuesto por BIDART CAMPOS en su nota "La jurisprudencia obligatoria", publicada en La Ley -2001-F-p. 1492: "La sentencia crea derecho, pero no crea derecho 'nuevo', esto es, el derecho que crea siempre deriva de un marco que le traza el ordenamiento como subordinante, y dentro del cual el juez o el tribunal debe moverse sin

evadirlo. La ley, en cambio, crea derecho nuevo, o sea, un derecho que no está condicionado por un plano superior, como no sea el de la Constitución que es cúspide del ordenamiento. El autor de la ley, entonces, puede volcar a su producción novedosa el contenido que él elige y prefiere con su arbitrio razonable, lo que traza la distancia entre la ley y la sentencia, entre el legislador y el juez.".-

(...)En virtud de lo que acaba de expresarse, cabe agregar que la necesidad de igualar ley con jurisprudencia, atenta contra el principio de legalidad que recepta el art. 18 de la Constitución Nacional y que proscribe la aplicación por analogía en el derecho penal. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "ALBORNOZ, Juan Carlos", con fecha 10/3/92: "La aplicación de la ley penal más benigna no puede alcanzar por analogía a la variación de jurisprudencia." (315:276).-

BUSTAMANTE, Argentino Juan Manuel s/Robo Simple en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad calificada -- 25/4/2003 - Expte. N° 68/02 [STJLaPam-B]

LEY PENAL MÁS BENIGNA – Aplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna a las causales de extinción de la acción penal.

[] 131.

A las causales de extinción de la acción penal las alcanza el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, ya que se encuentran incluidas en el concepto de ley penal a que se refiere el art. 2 del C.P.

BARCELO, Lucianas/ Recurso de casación -- 29/3/2006 - Expte. N° 37/05 [STJLaPam-B]

LEY PENAL MÁS BENIGNA – Concepto y determinación

[] 132.

... "no procede castigar penalmente un hecho que a la fecha del fallo podía ser realizado impunemente, sea porque una ley anterior le haya quitado su anterior carácter delictivo, sea porque con motivo de ello haya desaparecido alguno de los elementos indispensables para su configuración" (conf.: fallos citados en RUBIANES, C. J., "El C.P. y su interpretación jurisprudencial", t. 1, pág. 20, n° 18, 2a ed., Depalma, 1989).

[...] Por su parte, Sebastián SOLER señala que "los fundamentos de nuestro sistema legislativo con relación al tiempo" están dados -entre otros- por el principio de que "la ley nueva que quita carácter delictivo a un hecho anteriormente reprimido cobra plena aplicación por ser innecesario a la defensa social mantener bajo pena esa determinada clase de actos y, en consecuencia, es repugnante el mantenimiento de sanciones que el legislador estima innecesarias: principio de mínima suficiencia: no ultra actividad" ("Der. Penal Arg., t.I, pág. 202, ed. Tea, 1967);

[...] Resulta especialmente significativo recordar a Jorge DE LA RÚA ("Cód. Penal Arg. -Parte Gral.", ed. Lerner, 1972), dado que, ubicado en el análisis de la norma penal del artículo 2º y con referencia a "la comparación entre las leyes" (para elección de la "más benigna"), incluye la afirmación de que para que proceda esa comparación "es necesario que se trate de la misma infracción" (hipótesis que, por cierto, no puede darse en este caso, pues en el mismo la "infracción" originaria ha sido íntegramente derogada y la benignidad de la ley obedece precisamente a esa derogación; Conf.. FIERRO, G. J. , "Cód. Penal y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial" , t . 1, pág. 63 , ed. HAMMURABI , 1997 ...)

CARRIPILON Miguel Angel – 27/8/1998 - Expte. Nº 91/96
[STJLaPam-B]

[] 133.

El principio rector es determinar qué norma es la más benigna y esta apreciación debe hacerse dentro del conjunto armónico de las regulaciones penales y no teniendo en cuenta estas disposiciones en forma aislada. Por otra parte, la benignidad no sólo recorre el camino de las penas, sino que hay que considerar otro tipo de aspectos que también sustentan la misma.

Corresponderá siempre la aplicación al caso concreto, de una sola ley, no pudiéndose aceptar la posibilidad de una combinación de diferentes leyes, en la búsqueda de la situación más favorable al reo.

Asimismo, debe resaltarse y esto viene a consecuencia de algunos párrafos de la fundamentación del Defensor Oficial, que la ley está constituida por todo el articulado "tanto el que deroga como el que pone en vigencia nuevas o reformadas figuras, y que la derogación no implica borrar la ley anterior, sino hacerla cesar en su vigencia" (Derecho Penal Argentino, Parte General, De la Rúa).-

Considero necesario también resaltar, el concepto que "la comparación de las leyes debe hacerse en el caso concreto" (Soler, Tomo I, Derecho Penal Argentino - Jiménez de Azúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo II –FontánBalestra - Nuñez, Derecho Penal Argentino).

Al definir cuál es la norma más benigna, debe tenerse en cuenta al compararse las leyes, que debemos tratar siempre sobre una misma infracción. Esta situación, en referencia a las penas resulta fácil de determinar, pero se complica cuando se refiere a los requisitos constitutivos de la figura penal.-

En este aspecto, resulta prudente destacar la opinión de De la Rúa, en la obra citada, pág. 64, cuando específicamente afirma “la derogación del tipo específico que reproduce el tipo básico más una circunstancia, impide su aplicación”.

YODERI Sergio René – 10/10/1997 - Expte. Nº 31/97 [STJLaPam-B]

[] 134.

[…] tratándose de la confrontación de dos dispositivos legales para determinar cuál es el más benigno, la comparación debe hacerse "en forma integral, no siendo lícito ni admisible tomar partes aisladas de ambas disposiciones escogiendo aquéllas que resulten más favorables y desechando las adversas, para así componer o elaborar una tercera ley que, como tal, no existe, tarea legiferante que le está vedada al Juez" (FIERRO, G. J-, en "Cód. Penal y Normas Complementarias. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial", T. I, pág. 63, edit. Hammurabi, 1997; conf.: fallo de este S.T.J., Sala B, del 10/10/97, expte. Nº 31/97, "caso YODERI").

ETCHEVERRY Martín - OPEZZO Luis Fernando – 4/12/1997 - Expte. Nº 7/97 [STJLaPam-B] |

N., N. N. s/ violación como delito continuado -- 12/4/2000 - Expte. Nº 54/99 [STJLaPam-B]

[] 135.

"Los límites temporales que se toman en cuenta en el art. 2º del CP para determinar cuál es la ley más benigna y los constitucionales para prohibir la retroactividad más gravosa, son los de la comisión del hecho y de la extinción de la condena. ...(b) Por tiempo de comisión del hecho se entiende el de la realización de la acción típica (y no el de la producción del resultado). La consumación no debe confundirse con la comisión: si la acción puede escindirse del resultado, su producción lo consuma, pero la comisión se habría agotado siempre con la acción; en los delitos permanentes, la comisión se extiende aun después de la consumación. No obstante, como la actividad voluntaria (comisión) se despliega en el tiempo, tiene un momento inicial y otro terminal, siendo necesario determinar cuál es el que debe

tomarse en cuenta para este efecto. La doctrina argentina se inclina por sostener que es el del comienzo de la actividad voluntaria; la europea predominante toma en consideración el de su cese. En función de la interpretación restrictiva cabe inclinarse por la posición de la doctrina argentina, pero existe otra razón que refuerza esta posición: si bien el delito se comete desde que una acción se inicia hasta que cesa, cuando una ley más gravosa entra en vigencia en un momento posterior al comienzo de la acción, existe una tramo de ella que no está abarcado por la tipicidad de la nueva ley, salvo que se haga una aplicación retroactiva de ella.". (ZAFFARONI; Eugenio Raúl, Derecho Penal - Parte General. Segunda edición, ed. Ediar, 2002, págs. 122 y 123).-

Elena HELVIG s/ Recurso de casación -- 6/7/2005 - Expte. Nº 111/04 [STJLaPam-B]

[] 136.

"La ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor ... puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, ..." (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, pág. 121, 2002).-

MARIN, Rubén Hugo s/Recurso de casación -- 26/4/2006 - Expte. Nº 56/05 [STJLaPam-B]

[] 137.

Debe entenderse por ley más benigna aquella que "...elimina la tipicidad penal de la acción, varía su naturaleza (p. ej., convierte al delito en falta), contiene mayores exigencias de punibilidad, introduce nuevas causas de justificación, restringe la punibilidad en las formas especiales de aparición del delito (tentativa, participación, concurso), aumenta las situaciones en las que se prevé la no imposición de pena (excusas absolutorias), atenúa el menoscabo de bienes jurídicos que constituye la pena (variando la naturaleza -pena privativa de la libertad por multa- o su medida), etcétera" (D'ALESSIO, A.. Código Penal, comentado y anotado. Ed. La Ley. Buenos Aires, 2007: p.31).-

ORONA, Hugo Dante s/ recurso de casación por excarcelación denegada -- 6/7/2009 - Expte. Nº 22/09 [STJLaPam-B]

NULIDADES PROCESALES

NULIDAD PROCESAL (PENAL) – Exigencia de la "protesta oportuna".

[] 138.

[Para que el vicio determine nulidad, la impugnación implica el cumplimiento de requisitos legalmente establecidos, en particular el de la última parte del inc. 1° del art. 429 C.P.P.] "La ley exige que para recurrir en casación se haga protesta oportuna contra el acto, para dejar a salvo el derecho del interesado y constancia de que no se lo consiente. Si no se ha efectuado tempestivamente el reclamo y se ha omitido la protesta, el recurso será inadmisible" (conf.: DE LA RÚA, F., "El recurso de casación", Ed. 1968, pág. 132).

VIDAL ARCE Valentín – 28/10/1998 - Expte. N° 34/98 [STJLaPam-B]

NULIDAD PROCESAL (PENAL) – Exigencia de un "perjuicio"

[] 139.

La nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (C.S. "caso Castro Roberts"- 15/11/1988, conf. doctrina de Fallos: 295:961; 298:312, y otros).

TORRES, Luis Antonio en causa n° 413/03 (reg. C.C. n° 1) s/Recurso de casación -- 15/2/2005 - Expte. N° 17/04 [STJLaPam-B]

NULIDAD PROCESAL (PENAL) – Caso de la falta de firma del imputado

[] 140.

El recurrente también pretende que sea declarado nulo el acto por falta de firma del encartado. Al respecto es importante destacar que "...la ausencia de sanción expresa o razonablemente implícita en la ley instrumental respecto a la omisión de la firma del imputado en los actos de

que se trata no es ilógica ni consecuencia de la imprevisión legislativa; y ello es así porque desde el punto de vista de la defensa resultará siempre más sencillo impugnar el contenido incriminador del acta o alegar la ausencia del interesado en la diligencia cuando aquella no se encuentre suscripta por el sospechado del delito. Como derivación de lo expuesto... el carácter relativo que en todo caso pudiere habérsele atribuido al defecto apuntado, tornaba extemporáneo su planteo" (conf.: CNCP, sala I, "Aguilera, Oscar", 23/03/94, LL 1995-C,249).-

BUSCH, Marcelo Sebastián, en causa nº 134/05 (reg. C.C. nº 1 - Sta. Rosa) s/recurso de casación -- 22/10/2008 - Expte. Nº 72/07 [STJLaPam-B]

NULIDAD PROCESAL (PENAL) – Medidas de investigación a cargo de la prevención: validez de su realización aún en violación a garantías constitucionales del imputado.

[] 141.

Siempre ha sido criterio sustentado por el suscripto [Dr. Rebechi, juez del Tribunal de Impugnación Penal] el hacer respetar, en su totalidad, las garantías constitucionales que toda persona tiene como derecho inalienable, pero tampoco podemos, en base a una supuesta violación de dichas garantías, impedir que las instituciones establecidas para seguridad de la comunidad cumplan las funciones de prevención, ya que en esos casos, estaríamos creando un estado de indefensión social, que no se compadece con una sociedad organizada. Debemos partir de una base, en que tanto los derechos de los individuos y los de la sociedad en su conjunto, resulten compatibles con una normal convivencia, y no que, por sobredimensionar los derechos de uno de ellos, se menoscabe el del restante.-

La Prevención, al proceder a la identificación [del imputado] y el posterior secuestro de un arma de fuego que el mismo portaba -lo que demuestra indudablemente la peligrosidad [de aquél], llevando en su poder un elemento de las características del que le fuera secuestrado-, actuó dentro de las facultades que le otorgaba el decreto nº 1244/95 y por ende válido a los efectos legales, no correspondiendo hacer lugar a la nulidad planteada por la defensa. (Voto del Dr. Rebechi)

VIDELA, Sergio Gabriel Luis; MEDINA, Miguel Jacinto s/ Recurso de Impugnación –– 30/06/2011 [STJLaPam-B]

NULIDAD PROCESAL (PENAL) – Medidas de investigación a cargo de la prevención: validez de su realización sin notificación al imputado.

[] 142.

Es de público y notorio que las muestras dejadas por los gases producidos por el disparo de un arma de fuego en el cuerpo de quien los ejecuta, son evidencias volátiles que desaparecen con facilidad ante un simple lavado de manos o cualquier otro procedimiento de limpieza con líquidos o solventes adecuados, entre los que nos es dable descartar aquellos producidos por la propia actividad fisiológica del ser humano.

Ello así, la obtención de las muestras pertinentes por parte de la prevención se hallan perfectamente comprendidas dentro de las atribuciones conferidas por el Art.163, inc. 4 del C.P.P., pues la fragilidad apuntada genera un riesgo serio, real y concreto del éxito de la investigación, ante la posibilidad de su eliminación en forma intencional, o incluso involuntaria, de allí que aparezca justificada la obtención en forma temprana de las muestras en cuestión por los técnicos de la policía científica, sin que ello afecte el invocado derecho de defensa, pues se trata de una medida que su efectividad depende de que sea adoptada al comienzo mismo de la investigación, como otras tantas igualmente urgentes e irreproducibles, tales como los secuestros, planimetrías, tomas fotográficas, alcoholemias, etc., en las que la espera del avance de la investigación y la designación de un defensor en legal forma por el imputado, atentarían irremediablemente para el descubrimiento de la verdad real, fin último del proceso.

[La sentencia rechaza el planteo de nulidad efectuado por la defensa en relación al informe técnico sobre restos de deflagración de pólvora detectada en las manos del imputado].

OROSITO, Renzo Marcelo S/ Abuso de arma agravado -- 4/2/2010 -- A310/09 [TIP] (Jensen)

NULIDAD PROCESAL (PENAL) – Apelación: para su procedencia en la etapa de juicio se debe dejar planteado el recurso en forma subsidiaria al interponer la nulidad.

[] 143.

Los incidentes de nulidad, se deben tramitar en la forma establecida en el recurso de reposición (art.149 "in fine" en relación con el 421 primer párrafo del C.P.P.), o sea, que al interponer la nulidad, se debe dejar

planteado en forma subsidiaria, el recurso de apelación y ello para que este último sea procedente.-

[…] encontrándose la causa radicada en el Tribunal de Juicio (donde incluso se había fijado Audiencia de Debate), el recurso interpuesto por la defensa (apelación), no lo puede ser en esta etapa procesal, donde únicamente resulta viable, la reposición (sin trámite) (art.413 del C.P.P.).- (voto del Dr. Rebechi).

CRUSE, Hugo s/ Apela denegatoria de nulidad –14.05.2010—A 89/10—[TIP]

Doctrina

LA TENTATIVA: ASPECTOS PRINCIPALES DE LA PROBLEMÁTICA DE SU PUNICIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.

Matías Urra [1]

1. Introducción

El presente trabajo pretende un abordaje de la problemática vinculada a la tentativa vista como un dispositivo, incorporado a la parte general de nuestro Código Penal Argentino, dependiente y amplificador de la punición.

Busco advertir las tensiones que se exhiben detrás de las construcciones teóricas que explican el fundamento de la punición y los supuestos conflictivos de la tentativa. El análisis parte de una posición acotante del poder punitivo estatal, que mira al derecho penal desde la perspectiva constitucional y piensa a la dogmática como una herramienta aplicable a los problemas prácticos de la realidad, generadora e impulsora de mejores decisiones.

Esta mirada necesariamente se vincula a la observación de los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad, ultima ratio, reserva.

La tentativa ha acentuado su carácter de tema clave en la teoría del delito, sobre todo desde que se puso en crisis la utilidad de la idea de causalidad para determinar la imputación de resultado, lo que dio lugar al desarrollo de la llamada teoría de la imputación objetiva; y por otro lado la subjetivización del injusto como reseña de una posición elaborada desde la dogmática alemana que intenta resolver por esa vía el problema imputativo; esta elaboración tiende a desentenderse de la imputación de resultado, suprimiéndolo del tipo, y por ende, *tomando*

---

[1] Abogado, Universidad Nacional de La Pampa, Secretaría Legal Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa.

al delito tentado como modelo de reconstrucción del delito a los que se agregan aquellos autores que se hacen cargo de la teoría de la imputación desde ángulos normativos, los que parecen aproximarse a una base de reconstrucción teórica que se aleja del tipo doloso activo para acercarse al culposo (Claus Roxin) o al omisivo (Gunter Jakobs).

2. Consideraciones preliminares: determinación del problema

Toda referencia a la tentativa impone iniciar con un concepto que aun cuando aparece como neutral ya nos va colocando ante las fuerzas que se enfrentan por detrás, hablo de la noción de *itercriminis*, este es el "camino" que recorre el delito desde la idea del autor, hasta que termina plenamente objetivado en el mundo exterior; por lo que entre la idea y la obra terminada existen estadios intermedios. La idea, es que la acción criminal dolosa tiene un curso o desarrollo, es decir un movimiento, que comienza con los actos "preparatorios" -básicamente impunes-, luego transita por la "tentativa" -punible-, y por ultimo culmina con el delito consumado.

Así es posible indicar que en nuestra legislación penal encontramos por un lado los actos impunes, a estos desde el derecho penal se los puede llamar preparatorios[2], asimismo también existen otros que superan el aforismo de Ulpiano y se transforman en "*algo más"* que un mero pensamiento pero no reportan la entidad suficiente para alcanzar la obra consumada, sin perjuicio guardan cierto grado de desarrollo criminal, y ponen de manifiesto que el autor va a ejecutar una obra prohibida por la ley, esto son los que -en principio- incluye la tentativa.

Dicho de manera simplificada, en el presente trabajo intentare incorporarme a las disputas que se han generado con motivo sostener cual es el fundamento a tener en cuenta para punir un acto que sin haber consumado el tipo, se encuentra alcanzado por la tentativa; lo que implica necesariamente establecer que se entiende por tentativa, qué características tiene dicho dispositivo, sus elementos y la

[2] Entre los que podemos incluir los actos de conciencia e ideación del delito, que caen en la máxima descripta por Ulpiano "*cogitation is poenam nemo patitur*", es decir: nadie puede ser penado por su pensamiento.

estructura normativa con la ha sido regulada en el Derecho Penal Argentino.

2.a. Concepto de Tentativa

Al respecto tomare algunas de las definiciones que con relación al instituto en análisis ha practicado la doctrina especializada. Bacigalupo[3] explica que hay tentativa cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad; este concepto lo entiende "común" a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea).

Sancinetti[4] define a la tentativa punible, como aquella que se exterioriza mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución, y ha sido impedida, o queda sin resultado, por circunstancias externas, independientes de la voluntad del autor o del partícipe, refiere que en orden a la definición de la tentativa se plantean al menos dos tipos de problemas; por un lado, la cuestión de cómo se define el comienzo de la tentativa, es decir, el punto inicial del ilícito; y por el otro, está el asunto de *si el concepto depende de la representación del autor o de un juicio objetivo externo según el cual es presupuesto de la punición de la tentativa la creación de un peligro exterior – objetivo para el bien jurídico protegido.* Explica, incorporándose a este última discusión, que la cuestión de si es decisiva la visión del autor o un peligro exterior, se encuentra "resuelta" en algunos textos legales de manera predominantemente subjetiva, en favor de la representación del autor (Código Penal Alemán; Código Penal de Paraguay[5]) o predominantemente objetiva,

---

[3] BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General* – 2da. Ed. – Hammurabi SRL.Buenos Aires 1999, págs.462 a 480

[4] SANCINETTI, Marcelo, *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales*–accesible en la web en la URL http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_01.pdf

[5] **Art. 26**. Actos que la constituyen Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, ***tomada en cuenta su representación del hecho***, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo

incluyendo requisitos tales como "*practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*" (Código Penal Español[6]) o exigiendo, con una fórmula que se remite a Carrara "*actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito*" (Código Penal Italiano[7]; Código Penal de Colombia[8]).

Zaffaroni[9], expresa que la tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito (aunque a la vez diferente) en función de un dispositivo accesorio y amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad del delito (consumación). Explica, que no hay un delito de tentativa sino *tentativas de delitos,* toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en *la proyección retrospectiva del mismo tipo* (consumado); no se trata de un tipo con su aspecto subjetivo completo y su aspecto objetivo incompleto, porque ambos están por lo general incompletos(el objetivo siempre, y el subjetivo en casi todos los casos) en razón de que ninguno terminó de desarrollarse en el tiempo, su esencia no difiere sustancialmente de la de un delito doloso de peligro y, por ende, se está en presencia de ***un injusto siempre menor que el***

---

legal. **art. 27.** Punibilidad de la tentativa 1º La tentativa de los crímenes es punible; la tentativa de los delitos lo es sólo en los casos expresamente previstos por la ley. 2º A la tentativa son aplicables los marcos penales previstos para los hechos punibles consumados.3º Cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, ***según su representación del hecho***, sean necesarios para lograr su consumación, la pena será atenuada con arreglo al art. 67.

[6] **Art. 15.1**. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. 2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio. **art. 16**.1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente ***por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado***, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. .....

[7] **Art. 56 Abs. 1:** Quien cumple ***actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito***, responde por delito tentado si la acción no se cumple o el resultado no se verifica.

[8] **Art. 22. Tentativa.** El que iniciare la ejecución del hecho punible, ***mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación*** y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

[9] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000, pág. 809

de un delito de lesión, *no sólo porque al peligro siempre le corresponde un contenido injusto menor que a la lesión*, sino porque también el dolo -por regla- no alcanza su completo desarrollo.

La tentativa de delito sintetizada en una formula general[10] que *criminaliza en razón del peligro de lesión, o sea, peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible.* Toda conflictividad típica que no requiera la lesión de un bien jurídico, representa una *anticipación punitiva,* que obliga a determinar la *proximidad del peligro,* atendiendo tanto ***a la circunstancia concreta de la acción como a la finalidad del agente***; esto implica que, cualquiera sea la lesión a la que quiere anticiparse, ésta no puede extenderse -en la tentativa ni en el delito de peligro- más allá del ámbito circunscripto por el peligro de lesión, sino se estaría en presencia de una violación del art. 19 de la C. N., que consagra la regla de clausura, que establece como punto de partida el *estado de libertad* como derivación de que *todo está permitido, salvo que se encuentre expresamente prohibido*, lo que implica que para evitar colisionar con el principio de legalidad estricta, lo prohibido debe estar expresamente definido por el tipo penal.

Por ello, entiende que deben excluirse los cursos de acción que sólo revelan *una posibilidad de afectación abstracta*[11], en lo que no se hace más que usar un discurso supuestamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva. Concluye, que la tentativa de delito es la más general de las anticipaciones punitivas, pero a la vez prevé límites que el poder punitivo no puede exceder, su ámbito prohibido queda circunscripto por aquellas etapas del *iter criminis* que denotan el comienzo del peligro de lesión y alcanzan hasta el momento anterior a la consumación.

En síntesis, el Código Penal no contiene una definición de tentativa, pero en forma genérica se refiere a ella en el art. 42 en el que se expresa: "*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.*"

---

[10] Art. 42 delC.P..

[11] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires, 2000, pág. 810

Esta fórmula excluye los actos preparatorios[12], cumpliéndose con el postulado impuesto por el art. 19 de la C.N. Se traza de esta manera el mínimo de actividad punible, y al receptar nuestra legislación la máxima *commencement d'exécution*[13] se penetra en la orbita del pensamiento del derecho penal liberal.

Sin perjuicio de la estructura que delimita la formula del art. 42, entiendo que la definición que realiza Zaffaroni se ajusta en mejor forma al sendero que he elegido transitar, por cuanto caracteriza a la tentativa de delito como una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito en función de un dispositivo accesorio y amplificador que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad del delito.

De esta caracterización, surgen tres elementos sobre los que entiendo deben asentarse cualquier tipo de construcción sobre el instituto de la tentativa, en primer lugar, tanto el aspecto objetivo como el subjetivo -en la mayoría de los supuestos- del tipo se encuentran incompletos; en segundo término, siempre estamos ante un dispositivo dependiente (accesorio de un tipo legal) lo que implica afirmar que no hay tentativa *per se* sino que la hay de uno de los delitos previstos en la parte especial del Código Penal[14]; y por ultimo, que estamos ante un mecanismo amplificador de la punición, que sino estuviera expresamente legislado -en nuestro caso en la parte general o específicamente en cada uno de los tipos de la partes especial como sucede en otras legislaciones-, al menos en los delitos que implican necesariamente un resultado objetivo, no podría ser punida su mera puesta en peligro.

---

[12] Se discute respecto al que prevé el art. 210 C.P.

[13] Inicio o principio de ejecución.

[14] Esto que parece ser una afirmación que no admite discusión, se vuelve trascendente a la luz del principio de legalidad cuando asistimos a la elaboración de teorías que explican el fundamento de la punición de la tentativa con la creación de un nuevo bien jurídico al que los actos propios, considerados de tentativa estarían afectando con su realización, desplazando se su análisis el bien jurídico protegido del tipo o delito tentado.

2.b. Elementos constitutivos de la tentativa de delitos. Aspectos teóricos y legales

A criterio de Nuñezy con arreglo a lo que establece el art. 42 del C.P. los elementos de la tentativa son tres: el fin del autor; el comienzo de ejecución del delito; y su no consumación por causas ajenas a la voluntad del autor.[15]

Con relación al ***fin del autor***, indica que se exige que el autor de tentativa *obre con el fin de cometer un delito determinado,* esto requiere *dolo directo,* consistente en la intención de cometer el delito; ello no ocurre en el caso en que el autor obre sin prever o querer el delito (culpa) o quien previéndolo como probable (dolo eventual) no tiene al delito de que se trata como objeto o motivo de sus actos y, por consiguiente, no actúa con el fin propio de la tentativa. Asimismo, refiere que *el dolo de la tentativa no coincide siempre con el dolo del delito consumado, este puede admitir dolo eventual o indirecto.*

Por ***comienzo de la ejecución del delito***, entiende que se trata del elemento *material* de la tentativa, que implica un adelanto de la represión, la que en vez de recaer sobre el *resultado consumativo*, alcanza una etapa anterior[16]; dicha formula, explica, ha sido interpretada de formas diferentes por la doctrina, generando diferentes teorías, refiriéndose a dos, la *tesis objetiva*: la que toma como criterio la estructura típica de los actos objetivos, y exige que los actos ejecutados por el autor sean actos de iniciación de la conducta que constituye el tipo delictivo; y la *tesis subjetivo-objetiva*, que atiende al significado de los actos, y considera que hay comienzo de ejecución si el autor realiza "*actos demostrativos*" de que ha puesto en obra su finalidad delictiva; destaca como la correcta a la ultima; puesto que *el comienzo de ejecución* no comprende solo los comportamientos típicos, por ser lo adecuados para consumar el delito, sino también, los comportamientos que careciendo en si mismo de esa capacidad por su

[15] NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal Parte General* – Ed. Marcos Lerner, Córdoba 1987, pág. 266

[16] NUÑEZ, Ricardo C, *Manual de Derecho Penal Parte General* – Ed. Marcos Lerner, Córdoba 1987, págs. 267/268

inmediata conexión con la conducta típica, demuestran que el autor a puesto en obra su finalidad de cometer un delito[17].

Entiende, que concebir de esta forma el comienzo de la ejecución, *amplia la posibilidad de admisión de la tentativa*, dado que esta podrá existir siempre que la naturaleza del delito admita -antes de su consumación-, conductas que no siendo simple preparación del delito, resulten atípicas, pero "*sintomáticas*", por su inmediata conexión, y por su sentido, respecto a que el autor a puesto en obra su finalidad delictiva; de acuerdo a este punto de vista no se reduce la tentativa al círculo de posibles comportamientos alcanzados por el tipo delictivo.

Para Bacigalupo[18] la ***tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo***, pero en ella el *tipo subjetivo (dolo)permanece idéntico a la consumación*; concluye que la distinción entre el delito consumado y la tentativa reside, en que en esta última *el tipo objetivo no está completo*, a pesar de estarlo el tipo subjetivo. Luego, se refiere al tipo subjetivo del delito tentado, e indica que existe solamente tentativa de delito doloso, admitiendo que si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para aquella.

Posteriormente, menciona al ***comienzo de ejecución,*** al que separa del fundamento de la punibilidad de la tentativa, y de la cuestión de la tentativa inidónea, lo que implica su abordaje para la distinción entre actos preparatorios y de ejecución; la determinación del momento en el que comienza la tentativa punible, dado que la preparación del delito no es punible, mientras la ejecución, desde su comienzo, lo es.

Indica, que la doctrina tradicional ha recurrido a criterios que permiten fijar el comienzo de ejecución desde una perspectiva objetiva, desde una subjetiva o recurriendo a criterios mixtos; reconociendo que "*no es fácil encontrar una fórmula de validez general*

---

[17] Explica, que la doctrina alemana coincidente, según el proyecto alemán de 1962 26, párr. 2°: "Al comienzo de ejecución lo constituye una acción mediante la cual el autor comienza con la realización del tipo o se dispone directamente a hacerlo"). Ej. no es necesario que quien intenta robar tome la cosa, sino que basta que con la finalidad de apoderarse de ella, debidamente probada por otros medios, entre a loa casa ajena.

[18] BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General* – 2da. Ed. Hammurabi SRL. Buenos Aires 1999, págs.462/480.

para la delimitación de ambos grupos de acciones"; explica que en la dogmática española la posición más escéptica ha sido el punto de vista defendido por Jiménez de Asúa.

En la búsqueda de una solución, muestra que se ha propuesto recurrir a una *determinada cercanía de los actos con la acción ejecutiva del delito, al peligro corrido por el bien jurídico*, o bien se ha intentado apoyar la decisión en el *propio juicio del autor*; agrega que la primera dirección es la recogida por la fórmula de Frank, según la que para establecer el *comienzo de ejecución* se debe apreciar cuando los *actos, dada su necesaria pertenencia a la acción típica, aparecen como parte de ella según una concepción natural*; desde un punto de vista subjetivo, sostiene que se da un acto de ejecución cuando *el autor toma la decisión definitiva de cometer el delito y desde el punto de vista objetivo o subjetivo pone al bien jurídico en peligro.*

Explica que la improbabilidad de lograr una fórmula general ha conducido -en las tendencias más modernas- a la elaboración de un catálogo de criterios orientadores de la decisión*;* al respecto advierte que Jakobs propone distinguir entre criterios obligatorios (negativos) y criterios variables (positivos); a los primeros pertenecen los siguientes: a)no será comienzo de ejecución cuando la situación, según la representación del autor, no sea *cercana a la consumación.* Sin embargo, es preciso tener en cuenta que, aunque la ley diga que los actos ejecutivos deben dar comienzo *directamente* a la ejecución, ello no puede entenderse de una manera literal, como "ausencia de toda fase intermedia"; b)los comportamientos socialmente habituales para el ejercicio de un derecho o considerados un uso social habitual no constituyen comienzo de ejecución; por tal motivo se deben excluir, en principio, del ámbito de la punibilidad acciones como dirigirse al lugar del hecho, ingresar en un lugar público.

Respecto a los criterios de decisión variables se concretan de la siguiente manera: a)se requiere una cierta cercanía temporal con la acción típica, en el sentido de la fórmula de Frank; b)el comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección.

Sancinetti[19] refiere que el art. 42 contiene la exigencia "*con el fin de cometer un delito determinado*" tomada del art. 61 del Código

[19] SANCINETTI, Marcelo, *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales,* cit..

Penal Italiano de 1889 aunque esta fuente no incluía el adjetivo "*determinado*", la que a su entender podría sugerir una concepción subjetiva de la tentativa, pero aclara que eso nunca impidió que las concepciones objetivistas requirieran un peligro externo; dicha exigencia, explica fue entendida en el sentido de un dolo directo de primer grado (intención), pero nunca se dejó de lado una tentativa por haber sido ejecutada con "dolo de consecuencias necesarias" (dolo directo de segundo grado); en el tiempo más reciente, la doctrina y la jurisprudencia admite la tentativa con dolo eventual, sin que el texto haya sido modificado.

Afirma, que recién cuando se conoce qué soluciones se ofrecen para la tentativa se sabe también qué visión del derecho penal se halla en la base del sistema. Así, por ej., relata que cuan mayor es *la incidencia de la ausencia de consumación en la medida de la punibilidad de la tentativa*, o bien, cuanto más se quiera exigir un "*peligro objetivo*", etc., mayor será la vinculación del sistema a datos externos al autor, por tanto, también a datos ajenos a un derecho penal de culpabilidad, al menos si la culpabilidad es entendida -desde cualquier perspectiva que fuese- como una *motivación defectuosa*, en lugar de como culpabilidad por la *desgracia de la existencia*; explica que si el ***ilícito culpable es presupuesto esencial de la pena***, ***el ilícito no puede contener ningún ingrediente que no pudiera reflejarse en una diferencia de motivación***, afirma que cuanto más quede ligado el ilícito a datos externos, más se regresará a una responsabilidad por el resultado y a un sistema procesal todavía ligado a las *ordalías o juicios de Dios*.

Desde esta perspectiva, todo se traslada a una tensión entre disvalor *de acción* y disvalor *de resultado* en el concepto de ilícito, la que resume con una expresión de Reinhold Herzog: "*La acción punible está consumada, en el sentido de la ley, en el instante en que el autor pierde el dominio sobre las consecuencias de su conducta, sobre la producción del mal delictivo*". En el ámbito del pensamiento anglosajón -relata-, esta discusión se reproduce en términos correspondientes; probablemente sea dominante la concepción que ve a la tentativa acabada como idéntica al hecho consumado (tesis de la "equivalencia"); al respecto indica que en esta posición se coloca Hart[20], quién ve en la tesis que establece una mayor necesidad de

[20] HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART (19071992), fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX.; estudió derecho en el New College (Oxford

retribución del hecho consumado como un resabio de las leyes primitivas, en las que la *pena se graduaba según el daño con prescindencia de la culpabilidad*; allí indica que se mezclarían las nociones de compensación y pena produciendo confusiones que derivarían, más bien de "raíces instintivas profundas"; para concluir *que el derecho penal de culpabilidad debería desterrar el concepto consumación, al menos del ilícito doloso.*

A manera de síntesis, es posible describir los elementos de la tentativa, tomando los que surgen de la formula general prevista en el art. 42 del C.P., de la que se desprende: el fin del autor (donde se producen las discusiones respecto del dolo), comienzo de la ejecución (como aspecto material en el que ocurre la separación entre actos preparatorios y de ejecución del delito) y la falta de consumación del delito (como un aplicativo que separa la tentativa de la consumación).

Por fin del autor, se advierte la imagen del dolo; así como todo delito doloso es realización de la voluntad, y toda tentativa exige dolo; es necesario indicar los dos conceptos de dolo que gravitan al respecto; por un lado, el de la voluntad dirigida a la realización de una acto, y por el otro, el de la voluntad capaz de realización del acto, es decir, a la dilucidación de esta encrucijada surge no del contenido sino del *hecho real* que domina.

Así, el finalismo pretendió inferir el concepto general de dolo de la noción de tentativa, precisamente por la frase "*fin de comer un delito determinado*"; en virtud de lo que a falta de un resultado en la acción ilícita introduce la idea de "*peligro*", que solo constituye un ilícito bajo el presupuesto de que existiera el dolo de lesión. El peligro depende de que el autor tenga dolo –conf. Sancinetti: un dolo que vaya más lejos que el peligro- y esto se enfrenta claramente con el criterio objetivista, resurgiendo así la idea subjetiva de la tentativa; aquí es donde Welzel lanza su argumento: *si el dolo era un elemento del ilícito en la tentativa, también tenía que serlo en el delito consumado, el resultado no podía hacer saltar el dolo de lugar sistemático.* Inclusive los post-finalistas reafirmaron *el dogma de la identidad entre el dolo de la*

University) del cual se graduó en 1932. Luego de trabajar en el Servicio de Inteligencia Británico (MI5), pasa a desempeñarse como académico en Oxford, donde ocupó la cátedra de Jurisprudence. En 1959 publica, junto con A. M. Honoré, Causation in Law; mientras que en 1961 publica su trabajo más importante: The concept of law. Hart se enrolla dentro de la llamada Analytical jurisprudente, corriente del positivismo para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho.

tentativa y el de la consumación, concluyendo que ***la fuerza de imaginación nomológica de individuo es la instancia fundante de la punibilidad***.

De esta forma dicha corriente tras la búsqueda de un dolo desvalorado, se aferra al art. 42, del que deriva *un dolo sin relación con la antijuridicidad*, agregando a ello el art. 35[21] del C.P., como un intento de mostrar que el dolo puede existir aunque se de error en la antijuridicidad, y que por ello debe tratárselo, como un *dolo desvalorado en el tipo*.

En las antípodas de ese pensamiento se ubica la denominada "*teoría clásica del dolo*" que apuntalando la intención y comprensión del hecho, ve en el art. 34 inc. 1), la estampa del dolo[22]; los clásicos son terminantes cuando afirman que la ley dice "*delito*", y que en esta inteligencia se refiere a una "*acción, típica, antijurídica y culpable*", por lo que ven allí debilitar los argumentos "finalistas" en materia de tentativa.

Por otra parte, otro de los problemas se relaciona con la admisión o no del dolo eventual en la tentativa, al respecto se indica que los actos exteriores que producen una modificación del mundo jurídico deben responder a "*el fin de cometer un delito determinado*" esta imposición legal indicaría el tipo de dolo, es a partir de aquí donde aparecen las distintas posiciones, Nuñez sostiene que el leguaje de la ley es claro y exige que el autor tenga por objeto o motivo de su acción el logro de un *determinado delito*, lo que solo es compatible con el *dolo directo*. Terán Lomas, explica que el *dolo de la tentativa es un dolo finalista*, que pese a consistir en la voluntad encaminada a la comisión de un delito determinado que no llega a consumarse *difiere del dolo correspondiente al delito consumado;* el empleo de la voz "*fin*" en la referida norma significa la exclusión del dolo eventual[23]. Así es que, Núñez concluye, que *el dolo de la tentativa no coincide siempre con el dolo del delito consumado, ya que este puede admitir dolo eventual o indirecto*.[24]

---

[21] Exceso en los límites de la legítima defensa.

[22] Humberto Vidal, en postura iniciada sistemáticamente por Sebastián Soler.

[23] TERÁN LOMAS,*Derecho Penal Partes General* – T 2. Ed. Astrea. pág. 117

[24] NÚÑEZ, Ricardo*Manual de Derecho Penal – Parte General* – Ed. Marcos Lerner, Córdoba 1987, pág. 266

Por su parte Fontán Balestra entiende que en el derecho penal argentino la exigencia de que la acción se ejecute con el *fin de cometer un delito determinado* es incompatible con el dolo eventual[25], a pesar de ello este autor adhiere a la tesis alemana que admite el dolo eventual.

La mención a un delito determinado no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual[26], dado que la palabra *determinado* tiene otra razón, y es la de impedir que pueda haber un *fin de cometer un delito indeterminado*; expresa Zaffaroni que dicha palabra implica que laley ha optado por excluir las tentativas de delitos contra la vida y la integridad física cometidas con dolo de ímpetu[27]; refiere que dicho dolo puede ser a la vez dolo eventual, indicando a éste como el único supuesto en que la legislación penal argentina que no acepta la tentativa con dolo eventual; para luego concluir que de una reconstrucción dogmática que incluye a los antecedentes de tratamiento legislativo de la mentada norma (art. 42) cabe entender que la expresión fin de cometer un delito es igual a dolo y que determinado es el dolo y no el delito de su definición.

La distinción entre actos preparatorios y actos de tentativa es uno de los problemas más arduos de la dogmática y, con seguridad, el más difícil de la tentativa. La fórmula legal del *comienzo de ejecución* no pasa de ser un indicador general que se hace menester precisar para su aplicación, atendiendo su conexión con el tipo de lesión, es decir con el tipo legal que anticipa; a los efectos de su determinación se han formulado y enunciado las más dispares teorías, clasificadas simplificadamente en objetivas y subjetivas.

Zaffaroni plantea un nuevo ordenamiento de dichos criterios, así discrimina entre: *teorías positivas y negativas*; referidas a la posibilidad de distinción, considerando a las últimas como las subjetivas puras que pretenden extender la punibilidad a todos los

---

[25] FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* – Tomo II pág. 395

[26] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR –*Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar, Buenos Aires 2000, pág. 823

[27] El dolo de ímpetu es el que responde a una reacción súbita, poco planificada, o como decía Carrara, es el que tiene lugar por *subitáneo impeto di ajfetti,* por lo que normalmente coincide con situaciones de emoción violenta; pero como sólo algunos delitos en estado de emoción violenta excusable o no excusable se cometen con dolo de ímpetu, es válida la advertencia de que puede haber tentativa con emoción violenta.

actos preparatorios por lejanos que sean a la consumación o a esos actos en la medida en que sean *síntoma de la peligrosidad del autor.*

Antes de ingresar en esta caracterización, cabe indicar que en nuestro derecho no son admisibles las tesis que rechazan la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, dado que la separación es impuesta por la ley; más aun se podría decir que ante la regulación positiva del instituto, las *teorías negativas* llevarían a la atipicidad de todas las tentativas puesto que ante la duda habría que considerar que todos son actos preparatorios, pero en verdad tales construcciones se proponen lo contrario, o sea, una inadmisible extensión de la punibilidad de cualquier acto preparatorio, lo que prueba que, en realidad, son diferentes formas de fundar una *teoría subjetiva pura,* pues al negar cualquier posible distinción basada en criterios objetivos sólo pueden extender la punibilidad a todo acto en que se manifieste la resolución del autor, *apelando a un abierto derecho penal de autor o de voluntad.*

Las *teorías positivas*, es decir, aquellas que admiten la posibilidad de esta distinción, tampoco es del todo correcto clasificarlas en teorías objetivas y subjetivas, porque es ineludible que combinen elementos de ambas naturalezas, estas buscan datos objetivos para limitar lo subjetivo -el dolo-, o bien se ven obligadas a completar sus criterios objetivos con alguna información subjetiva. Una primaria clasificación entre *criterios tendencialmente objetivos y subjetivos.*

La teoría conocida como *formal objetiva,* cuya enunciación es garante del principio de legalidad, y exige que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica, *penetrando así el núcleo del tipo*, así el c*omienzo de ejecución* es el *inicio de realización del respectivo verbo típico;* esta construcción ha sido criticada como *insuficiente*, dado que deja fuera de la prohibición, actos inmediatamente anteriores a la realización de la conducta típica aun cuando tienen un carácter altamente amenazador para el bien jurídico; por tal motivo se buscó ampliar esta posición con otra que se denominó *material objetiva,* que a criterio del autor que seguimos en esta enunciación apela al uso del lenguaje. Parte de un principio sentado por Frank, que *incluye en la tentativa las acciones que, por su vinculación necesaria con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción.*; no se trata de caer en el puro contenido de *disvalor de la acción*, sino en percatarse de que

cada verbo de un tipo legal se realiza de cierta manera particular en cada supuesto de hecho fáctico, es decir, que en la realidad *hurtar, robar, defraudar,* tiene un *cómo,* que sin tenerlo en cuenta no puede determinarse *cuándo* comienza la acción que realiza el verbo típico.[28]

La referencia al *plan concreto del autor,* no debe pensarse como una programación elaborada o premeditada, sino simplemente el *cómo* de la realización típica, que puede ser decidido en forma súbita, por lo que este requisito no excluye las conductas que son decididas en estados emocionales que atenúan la culpabilidad. Esta teoría *objetivo individual,* resguarda una consideración objetiva, y permite una mayor aproximación a la determinación del momento en que el peligro de lesión comienza a ser típicamente relevante.

El *plan concreto del autor* que en el instituto en análisis, nunca alcanza su objetivo, puede ser más o menos erróneo en la programación de la causalidad hacia el resultado, y cuanto más erróneo más inidóneo para alcanzarlo y la representación del autor estará más separada de la realidad de lo que hace; aquí se plantea la disyuntiva acerca de la perspectiva determinante: *la realidad o la representación del autor*; si lo decisivo es el *peligro para el bien jurídico,* y se busca un signo de su momento de relevancia, éste no puede ser indicador de la medida de un peligro imaginario sino real, que sólo puede darse conforme al criterio de lo que realmente hacía el autor y también se representaba correctamente como tal, es decir, si realmente era la acción con que daba comienzo al verbo típico en la particular forma (*el cómo)* por la que había optado para su ejecución.

Indica Zaffaroni[29] que no se trata de escoger entre un criterio objetivo u otro subjetivo, sino de relevar típicamente la conducta en la medida en que ambos coincidan y, por ende, *no cargar al agente con un peligro imaginario ni con uno real que desconozca, sino sólo con el real y por él conocido*.

En otro orden de ideas, se sostiene la que podríamos referir como la tesis contraria, que toma como determinante que la conducta haya hecho peligrar en forma inmediata el bien jurídico, *pero de acuerdo con la representación que de la realidad tuviese el autor*, la que

---

[28]ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000, pág. 827

[29]ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar – Buenos Aires 2000, pág. 827/28

tal como lo refiere ha sido renovada por el funcionalismo como resultado de su concepción del *dolo como representación*; este recorte conforme a las representaciones del autor, que -en razón de su especial función limitadora- es el correctivo adecuado para los casos de adelantamiento (para excluir la consumación o la tentativa) invierte este signo cuando se *le asigna a la representación del autor un valor fundante*, que no tiene sustento en la realidad del mundo.

La *teoría objetiva con el correctivo del plan concreto del autor,* tiene por ventaja introducir un elemento individualizador del momento de relevancia del peligro que es un dato subjetivo, pero que *no subjetiviza el peligro*, dado que su naturaleza es pasible de ser valorada por un tercero en cuanto a la determinación de la *proximidad inmediata a la realización típica;* la referencia al plan del autor es un dato subjetivo que restringe la extensión de otro objetivo, pero en ningún caso puede operar en forma independiente al requerimiento de objetividad dado por la proximidad a la consumación, sino que debe complementarlo.

Zaffaroni relata que en la doctrina nacional se observa la tendencia al criterio objetivo con complementación material inclinada hacia el peligro. Sin perjuicio, no debe ocultarse que el *criterio objetivo individual*, tampoco proporciona una regla cierta para señalar el límite preciso entre los actos preparatorios y los de tentativa.

La doctrina más reciente reconoce esta carencia en cualquiera de las posiciones sostenidas, lo que ha dado lugar a que en algunos casos se señalaran directrices interpretativas o bien variables según el caso concreto, y que se mantuviese el escepticismo acerca de su exacta posibilidad de delimitación, o también que se siguiera apelando a la natural concepción de la vieja fórmula de Frank.

Sin perjuicio de ello, y tal como lo expresa Zaffaroni[30], en tanto la dogmática penal no disponga de bases más certeras, es necesario recordar que en los casos en que la duda aparece insalvable, *lo correcto es apelar a la interpretación restrictiva de la ley*.

En conclusión, puede afirmarse que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, sino que también abarca

[30] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar – Buenos Aires 2000, pág. 829

los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor) son inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico.

El tercer supuesto derivado de la norma mencionada, se vincula con el cierre material del instituto, y se enlaza con la consumación (en cuanto hecho fáctico que desplaza a la tentativa) al respecto se ha planteado la distinción de cuando el autor no termina la obra por una decisión propia o por causas ajenas a su voluntad, en tal sentido se plantea la posibilidad de que existan elementos subjetivos (error de cálculo, temor) u objetivos (resistencia de la víctima) que lo frustren.

En estos párrafos he recorrido los elementos propios de la tentativa de delito, incorporándome a algunas de las discusiones que dentro de cada uno de ellos se han producido, dejando para el acápite siguiente aquella que se vinculan con el fundamento de la punición del extremo íntimamente relacionada a la faceta material del instituto.

3. Fundamento de la punición de la tentativa de delito

En primer término, la cuestión del fundamento de la punición de la tentativa, debe ser vista a través de su inclusión en el Libro Primero "*Disposiciones Generales*" Título VI "*Tentativa*" arts. 42 a 44 del Código Penal; esta mirada aporta -en concreto- una referencia de la realidad, pero implica un estudio que no integra el contenido de este trabajo, puesto que este involucraría un análisis históricos de los motivos que oportunamente sustentaron inclusión del instituto en el Código Penal.

En tal sentido, entiendo que todo estudio sobre esta temática debe de alguna manera recoger ese dato, y sobre este producir las explicaciones que permitan una evaluación integral del fenómeno.

Respecto a este tema la producción doctrinaria es prolífica razón por la que daré cuenta de la opinión de algunos autores -a manera de introducción- de esta discusión.

Para Nuñez[31], el castigo de la tentativa atiende a que el comienzo de ejecución de un delito determinado involucra de manera inequívoca *el peligro* de que se concrete el daño inherente a la consumación de ese delito.

Bacigalupo[32]refiriéndose a la formula que legisla la tentativa en el derecho penal español, explica que este trae aparejado algunos problemas sobre todo establecer el fundamento de la punibilidad del instituto; respecto a lo que refiere que existen por lo menos cuatro teorías sobre esta cuestión:

La llamada *teoría objetiva* considera que *la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido*; esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación, sin embargo, explica que, dicha teoría pudo ser *extendida a la tentativa inidónea* reconociendo que no sólo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico, *sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor*[33]**.** Entiende que, la relación tiene que darse en un doble sentido: *en la peligrosidad del hecho y en la peligrosidad del autor*.

La *teoría subjetiva,* por el contrario, toma como punto de partida, no la puesta en peligro del bien jurídico, *sino la comprobación de una voluntad hostil al derecho*; esta teoría permite concebir la punibilidad de toda tentativa -inclusive la inidónea- dado que dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea/idónea no tiene sentido: *toda tentativa es inidónea pues, de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito*; el fundamento de esta teoría está dado por la *teoría de la equivalencia de las condiciones,* si todas las condiciones son equivalentes para el resultado, no hay distinción posible en el plano objetivo; es preciso entonces recurrir al subjetivo.

Agrega que la *teoría subjetiva* requiere la existencia de una acción objetiva que haya comenzado la ejecución del hecho, aclara que mientras las teorías objetivas no permiten alcanzar las tentativas

---

[31]NÚÑEZ. Ricardo C.,*Manual de Derecho Penal Parte General,* Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1987, pág. 266

[32]BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., Hammurabi, Buenos Aires 1999, págs. 462 a 480.

[33]Aclara aquí este autor, que esto sólo resultó posible en la medida en que la pena se fundamentó en la prevención especial.

inidóneas[34], las subjetivas ofrecen dificultades para excluir de la punibilidad las tentativas irreales[35]. Este autor, resume ambas teorías indicando que la objetiva fija el comienzo de la punibilidad en el peligro corrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo ponga concretamente en peligro.

A continuación, refiere que un punto de vista distinto representa la *teoría de la impresión,* en la que el *fundamento de la punibilidad de la tentativa es la voluntad activa contraria a una norma de conducta*, pero el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo será admitido cuando conmueva la confianza de la generalidad en la vigencia del orden jurídico, y pueda ser dañada la paz jurídica; expone, que esta teoría ha sido criticada -estima con razón- por Jakobs, pues sitúa erróneamente la problemática; no se trata de la *conmoción de la confianza de una pretendida generalidad* la que entiende debe ser demostrada empíricamente para cada caso en el que se debe aplicar la norma que sanciona la tentativa, sino de la *legitimidad de la intervención antes de la realización del tipo.*[36]

En otro sentido, indica que para la dogmática funcionalista, el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que *a través de su intento el autor expresa su desobediencia a una norma existente;* se trata, por lo tanto, del *carácter expresivo de la negación de una norma*; entiende que de esta manera se excluye de la punibilidad las tentativas supersticiosas en las que el autor recurre a fuerzas sobrenaturales o en los que se dirige contra objetos sobrenaturales (dado que tal recurso no está prohibido por norma alguna); lo decisivo, en todo caso, es si *el autor obró o no según un juicio racional, es decir, expresando desde su perspectiva un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma.*

Conforme lo expresa Jakobs la *teoría objetiva* es una derivación del dogma causal, a su criterio ya superado; la equiparación rezaría: *así*

---

[34] Es decir contienen un fundamento insuficiente para quienes consideran políticocriminalmente necesaria la punibilidad de éstas.

[35] De las que se postula la innecesariedad político-criminal de su punibilidad.

[36] A lo que agrega, que desde el punto de vista de esta teoría la preparación del delito (sobre todo si es un delito grave) también debería conmover la confianza de la generalidad y, por lo tanto, no justificaría la *no punibilidad* de los actos preparatorios.

como un delito consumado es una lesión causal del bien jurídico, así también un delito tentado es una puesta en peligro. Pero como el delito no es primariamente la producción de lesiones a bienes, *sino la lesión a la vigencia de la norma*, así tampoco se debe concebir, *la tentativa de delito, como una puesta en peligro de bienes, sino como lesión a la vigencia de la norma.*

Respecto al fundamento de la punición de la tentativa Sancinetti,[37] adelanta su preferencia por una *concepción subjetiva*; entiende que lo decisivo es que, en caso de duda, hay "que estar siempre -sigue en ello a Kaufmann- en contra de cortar con el sable de la ley el hilo de la vida de la opinión contraria, en lugar de convencer objetivamente"; explica, que si uno quiere imponer una *concepción subjetiva del ilícito* por medio de una definición de la tentativa ligada a la representación del autor, en una sociedad en la que subsisten *ideas vinculadas al mito del resultado o del peligro objetivo*, es bien posible que la expresión "*representación del autor*" sea interpretada con tendencia externalizante; una "*representación del autor*" que pueda entenderse como una "*correspondencia razonable con datos objetivos externos*". A la inversa, en una sociedad en que existan *concepciones algo más ilustradas de lo que es el quebrantamiento de una norma*, por más que la ley, para el concepto/punición de la tentativa, exija un *peligro exterior, objetivo, actos idóneos*, etc., es probable también que no haya modo de quitarle el carácter de tentativa punible a un proyecto de acción en que el autor, ej., se represente, por motivos razonables, que dispara contra un hombre con un arma de fuego que está cargada aunque la supuesta víctima haya muerto del corazón un segundo antes del hecho, de modo irreconocible para el autor, pues explica, incluso conforme a un patrón de valoración *objetivo* (la norma), tal proyecto es en sí "*peligroso*"; por lo demás, *hay ya suficiente evidencia histórica de que no hay una noción exterior de peligro o de idoneidad que pueda ser útil para la definición de la tentativa;* a lo que agrega que es preferible que la ley no tome una posición definida en estas cuestiones íntimamente ligadas a la filosofía práctica.

Asimismo, indica que existen razones para optar por la fórmula legislativa prevista inicialmente en el Código Napoleón, y que todavía rige en el art. 42; esta -a su parecer- no se vincula a ninguna concepción, ni las rechaza, pero al mismo tiempo logra lo

[37] SANCINETTI, M., *Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales,* cit.

fundamental: *establecer la conminación penal de la tentativa*; refiere que *esta formula es superadora dado que dos sociedades con concepciones del ilícito bien divergentes pueden compartirla*, esto demuestra que es la más útil para cumplir con el ideal de un mínimo de regulación en materia de definición de la tentativa.

Con relación a su punibilidad refiere, que *aquella es penada como el delito mismo,* si el autor o partícipe ha dejado que el curso de los hechos llegara a la posibilidad de que se produjera la consumación; si el fracaso se produce con anterioridad, será aplicable una escala penal atenuada; estas convenciones tendrían -a su criterio- la ventaja de recuperar una formulación que estuvo vigente en algún momento en varios países de Europa y América Latina; y por otro lado, cumplirían con la *meta de ampliar la punibilidad de los tipos penales de la parte especial, recuperando cierto límite formal-objetivo*: *el inicio de un acto de ejecución.* De esta manera -entiende- se regularía la impunidad por desistimiento de modo implícito e indirecto, por la falta de punición prevista para una tentativa voluntariamente desistida; explica que esta fórmula debería ser interpretada en el sentido de que *si el autor llegó a dejar librada al azar la posibilidad de consumación* no puede quedar impune aunque luego lograse impedir voluntariamente la consumación, porque el riesgo resuelto por azar habría quedado frustrado por circunstancias independientes de su voluntad. En este esquema, toda vez que el autor deje que las cosas transcurran hasta el punto de perder el control seguro sobre la no-consumación, dejará librado al azar un riesgo de consumación; en otras palabras, afirma: **la regla habla en favor de una "*estricta teoría del acto individual*".**

Razona, que esa fórmula debilita, pero no corta el hilo de la opinión contraria: pues si la pasión por una noción resultadista del desistimiento fuera tan intensa como para seguir rigiendo en la filosofía práctica, sus partidarios podrían interpretarla extensivamente, haciendo valer el salvamento al fin y al cabo exitoso por sobre el delito frustrado así y todo ya habido, y considerar impune, por consiguiente, a aquel que por casualidad logró neutralizar a tiempo un riesgo ya no dominado y que estaba a punto de concretarse; esa su criterio sería una solución "burda", y el texto propuesto tampoco estaría abiertamente en contra de ello.

La solución a su parecer teóricamente correcta para la neutralización del riesgo posterior a la tentativa acabada, debería

remitirse a una *causal de atenuación general para el comportamiento posterior al hecho de valor extraordinario*; pero, de nuevo, deberían valer los actos sinceros tendentes a la neutralización del riesgo, con independencia de si fueron exitosos o no; es decir, que también los "*esfuerzos serios*" por impedir la consumación que no lograran su fin deberían ser considerados como comportamiento posterior al hecho, con mayor o menor efecto según cuál haya sido el riesgo inicial y las posibilidades remanentes de revocarlo.

Concluye, que la regulación de la tentativa podría ser complementada, *con estas reglas sobre determinación de la pena*, cualquiera que fuese el lugar en que fueran insertadas, y *con aplicación general tanto a la tentativa como a la consumación.*

Respecto a lo que este autor discrimina como *ilícito deficiente,* en el que incorpora aquellos supuestos en donde el autor hubiera realizado el hecho por medio de un proyecto de acción concebido o ejecutado de modo tan burdo que apenas hubiera sido posible la consumación, el *tribunal podrá disminuir la pena*, extendiendo la regla a los participes.

Este autor propone erradicar del concepto de ilícito, al elemento consumación, y se pregunta ***¿qué sucede si todo el ilícito es el ilícito de la tentativa?***, entiende que el paradigma que supone la agravación de las penas por las consecuencias del hecho, es irrazonable y corresponde a un pensamiento primitivo; *que no distingue el quebrantamiento de una norma del suceso de la naturaleza*; concretamente mantiene una tesis de punibilidad plena en caso de la *tentativa acabada y del delito consumado.*

En síntesis, las opiniones acerca del fundamento de la punición de la tentativa se dividieron desde siempre de acuerdo a las *diversas perspectivas sobre el ejercicio del poder punitivo*, y dieron por resultado que se intentasen explicaciones en razón de: las circunstancias objetivas, y la subjetividad del agente, a las que es posible agregar una tercera corriente, que se ubicó en el marco del pretendido derecho penal subjetivo del estado, como un correctivo objetivista de la tesis subjetiva.

Para la **teoría objetiva**, difundida entre autores antiguos aunque también sostenida por otros posteriores, *la ley pena la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico,* esta teoría implica sostener no solo la atipicidad de la tentativa inidónea, sino la de cualquier tentativa en que el bien jurídico *en concreto* no haya

corrido peligro alguno[38]; consecuencia necesaria de este punto de vista es que *la pena de la tentativa sea inferior a la del delito consumado*, porque *el peligro del resultado siempre importa un injusto menor que su advenimiento*, en este sentido parece inscribirse la ley argentina que prevé una escala menor obligatoria para la tentativa[39]; esta tesis es la que mayores garantías ofrece en cuanto al respeto por el principio de lesividad.

En cambio, la **teoría subjetiva**, funda la punibilidad de la tentativa en la *voluntad del autor contraria o enemiga del derecho*; la fórmula de la tentativa quiere reprimir la voluntad criminal; vía por la que se explica la necesaria punición de la tentativa inidónea, y se llega a la equiparación de la tentativa con el delito consumado, la consecuente paridad de penas o la posibilidad de atenuación facultativa. En sus distintas variantes, sostiene que las tentativas idóneas e inidóneas no difieren en el plano ético social, como tampoco la tentativa acabada del delito consumado; detrás de esta equiparación se expresa un principio de justicia, fundado en que no puede estar en mejor posición la mala voluntad fracasada que la exitosa en cuanto al resultado, lo que remite a un paradigma deontológico sobre lo justo: *lo bueno debe ser (normativamente obligatorio) con independencia del resultado de la intención.* Otra, de las variantes dentro de la posición subjetiva, afirma que la tentativa no es un delito incompleto sino un *tipo independiente*, que exige un peligro objetivamente concreto para el bien jurídico, y ante la falta de dicha exteriorización perturbadora, basta con *su tendencia subjetiva lesionante del bien jurídico, su meta injusta.*

No distinguir la tentativa de la consumación, parece partir de un concepto de dolo entendido como el grado de riesgo reprobado normativamente, que el autor asume subjetivamente como posible, a

---

[38] Esta teoría se oscureció al confundirse con la discusión acerca de la *determinación del peligro*, pues en tiempos en que la causalidad agotaba los criterios imputativos, se sostuvo *la efectiva necesidad de una causalidad para el peligro* como comprobación *ex post,* tesis que defendía von Bury – ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR –*Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000, pág. 812

[39] Cfse. art. 44 C.P.*La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.*

partir de lo que solo es viable *una graduación de intensidad de la desobediencia*, para lo cual se multiplicarían las normas violadas según el desarrollo del dolo hacia formas más o menos completas, proceso que culminaría en el momento en que -según la percepción del autor- éste entienda que pierde el control sobre el hecho; por lo que el desistimiento sería imposible en la tentativa acabada, incluso si el autor evitase voluntariamente el resultado; puesto que lo decisivo de esta perspectiva son las representaciones del autor, se justifica de esta forma la punición de las tentativas inidóneas, aun cuando estas no impliquen ningún riesgo de lesión, *pues basta la idoneidad subjetiva.*

Corno fundamentación marginal, entre ambas teorías se ubica la denominada **tesis de la impresión**; en virtud de que, si la tesis subjetiva implica la ausencia de todo límite para el avance de la punibilidad a expensas incluso del campo de los actos preparatorios impunes, esta postura ha procurado ponerle un *límite objetivo.* De acuerdo a está, la punibilidad de la tentativa sólo es admisible *cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho sea adecuada para conmover la confianza en la vigencia del orden normativo, y el sentimiento de la seguridad jurídica en los que lo tengan.* Esta postura se encuentra ligada a la función preventiva de la pena, y podría explicarse diciendo que es peligrosa cualquier acción que produce en la comunidad la impresión de una agresión al derecho y que perjudica su segura validez en la conciencia de ésta; dicha construcción se le adjudica a von Bar, se ha difundido notablemente por su capacidad legitimante del poder punitivo.

4. Conclusiones.

En primer lugar, creo pertinente destacar ciertas características del instituto que son esenciales a la hora de discriminar cual es (o debería ser) la razón que sustenta el fundamento de la punición de la tentativa, estas no solo tienen correlato a nivel normativo sino que se vinculan con una visión constitucional del sistema penal.

Así es que: **a).** Tanto el aspecto objetivo como el subjetivo del tipo en la tentativa se encuentran incompletos (lo que nos separa de los que sustentan que el incompleto es el aspecto material del tipo, reconociendo identidad entre el dolo de la tentativa con el de la consumación); **b).** Siempre se está ante un dispositivo dependiente

(accesorio de un tipo penal legislado) lo que implica afirmar que no hay tentativa *per se*, sino que la hay de uno de los delitos de la parte especial del Código Penal (esta afirmación apoyada en los principios de legalidad estricta y reserva, desalienta la aplicación en nuestro derecho de la denominada teoría de la impresión); y **c)** Estamos ante un dispositivo amplificador de la punición, que si no estuviera expresamente legislado, al menos en los delitos que implican necesariamente un resultado objetivo, no podría ser perseguida (punida) su mera puesta en peligro.

La tentativa supone un aspecto subjetivo como correlato de su aspecto objetivo el que exige un principio de ejecución y una falta de consumación.

La lógica del *iter criminis,* sólo explica que lo que no se completó todavía no es, y por lo tanto, es algo diferente a la concreción final, e inversamente, que lo completado desde el punto de vista subjetivo y objetivo es algo distinto, que se sintetiza mediante la negación de etapas anteriores; en palabras de Zaffaroni, el aspecto subjetivo en la tentativa sólo es idéntico al dolo de la consumación o de la frustración como proyecto o finalidad, en un momento determinado y nada más, es decir desde el comienzo de ejecución hasta el momento en el que el curso lesivo se interrumpe sin lograr la consumación; en ésta la tentativa deja de ser algo real porque fue sintetizada; pero en la tentativa la perspectiva final de consumación, como proyecto, también es algo irreal conservando sólo una identidad entre el comienzo de ejecución y el momento inmediato anterior a la consumación, *lo que no es otra cosa que afirmar que la tentativa es idéntica a sí misma en lo objetivo tanto como en lo subjetivo*; consecuencia de esta identidad *circunscripta a un ámbito de prohibición que se inicia en el comienzo de ejecución y se agota antes de la consumación, este dolo tiene el mismo tratamiento que el del delito consumado, no porque sea equivalente, sino por la común naturaleza subjetiva*[40].

Aclarados estos aspectos, e indicadas las distintas teorías (pto. III) respecto al fundamento de la punición de la tentativa, solo resta dar cuenta de cual es la que mejor encaja en un sistema en el que la

[40] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000 – págs. 822/823

dogmática opere como tamiz de racionalidad al ejercicio del poder punitivo estatal.

Se ha buscado conceptualizar con diferentes máximas el fundamento de la punición, por ej.: *el peligro corrido por el bien a proteger*; *la voluntad contraria al derecho*; *la peligrosidad del autor*; *la alarma social*; *la puesta en peligro en abstracto del bien*; *la voluntad hostil al derecho*; etc.

Ahora bien, de acuerdo al pensamiento que se adopte, será el postulado que se elija, en tal sentido, entiendo que la tentativa debe poner en peligro de daño o en peligro de peligro, los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal, de allí es que debe atribuírsele una extensión de la imputación delictiva inferior por el menor cargo de criminalidad que resulta de la no consumación.

A cuenta de lo dicho, la teoría objetiva toma como punto de partida para la punición de la tentativa el lesionar o poner en peligro un bien jurídico, sin riesgo o peligro no puede haber castigo; en cambio, la subjetiva indica que lo que se castiga es la conducta en si misma, en tanto es contraria con el orden normativo, es la voluntad contraria a derecho lo que se pena; mientras que la teoría de la impresión asienta la punición en la voluntad antisocial del ejecutor, en el supuesto de que su conducta genera inseguridad jurídica para el resto de los integrantes de la sociedad.

Mención aparte merece la postura de Sancinetti, quién partiendo de una concepción subjetiva, pretende erradicar por completo del concepto de ilícito al elemento material "consumación", y se pregunta ¿qué sucede si todo el ilícito es ilícito de la tentativa?.

Tal como lo he expresado, entiendo que la fundamentación que mejor se ajusta a nuestro sistema es la que propicia la teoría *objetiva*, ello en cuanto:

1) La tentativa de delito criminaliza en razón del peligro de lesión, en palabras de Zaffaroni "*el peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible";* así toda conflictividad típica que no requiera la lesión de un bien jurídico, representa una anticipación punitiva que obliga a determinar la proximidad del peligro; esto implica que, cualquiera sea la lesión a la que quiere anticiparse, ésta no puede extenderse -en la tentativa ni

en el delito de peligro-, más allá del ámbito circunscripto por el *peligro de lesión*, sino se estaría en presencia de una violación del art. 19 C.N., que consagra la regla de clausura, y establece como punto de partida el *estado de libertad*; por ello, es que deben excluirse los cursos de acción que sólo revelan *una posibilidad de afectación abstracta*[41], en lo que no se hace más que usar un discurso supuestamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva.

2) Responde de mejor manera al principio de lesividad, derivación del art. 19 C.N., en cuanto consagra la regla de clausura y establece que las penas no pueden caer sobre conductas que importen el ejercicio de la autonomía ética, sino sobre las que coarten su ejercicio; en línea con esta decisión no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un *conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos* -por lesión o puesta en peligro-, se consagra así un concepto personalista del derecho, en cuanto debe servir a la persona, y no puede admitir que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no sólo está lesionando el derecho del penado, sino también el del resto de las personas al variar la estructura de Estado; de esta forma una ley o una sentencia que puna un hecho que no lesione un derecho ajeno, afecta a todos los que se benefician con el respeto al ámbito de autonomía ética/moral que establece la carta fundamental; se trataría en suma de un acto que viola el modelo de Estado constitucional de derecho.

De lo expuesto, se deriva que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo; este principio es casi siempre admitido a nivel discursivo, sin perjuicio de que se lo desvirtúe abriendo múltiples posibilidades de racionalizar su neutralización; ej. de ello es la pretensión de la tesis subjetiva que sostiene que la tentativa a de castigarse por demostrar la conducta una voluntad contraria a derecho, sin que importe si el bien jurídico es o no puesto en peligro.

---

[41] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000 – pág. 810

El concepto de bien jurídico es central en el derecho penal para la realización de este principio, pero tal como lo explica Zaffaroni[42], inmediatamente se procede a equiparar bien jurídico lesionado o afectado con bien jurídico tutelado, identificando dos conceptos diferentes, pues nada prueba que la ley penal tutele un bien jurídico, dado que lo único verificable es que confisca un conflicto que lo lesiona o pone en peligro; la *expresión bien jurídico tutelado deglute y neutraliza el efecto limitante de la de bien jurídico afectado o lesionado*: el principio de que todo delito presupone la lesión a un bien jurídico, por efecto de esta transformación discursiva, deriva en que todo bien jurídico lesionado por el delito está tutelado y de allí se pasa rápidamente a que todo bien jurídico demanda una tutela, lo que instiga a la penalización sin lagunas. Agrega, que ninguna teoría puede prescindir del bien jurídico: lo que puede hacer es minimizar o suprimir la relevancia del bien jurídico del sujeto pasivo en concreto, lo que no hace más que extremar la confiscación de la víctima; explica que la legislación contemporánea tiende a minimizar el bien jurídico, mediante la proliferación de tipos de peligro abstracto, la tipificación de actos de tentativa e incluso de actos preparatorios; *todo debilitamiento del bien jurídico importa un paralelo deterioro de su objetividad*, lo que es posible identificar con claridad en el desarrollo de la teoría subjetiva, así como en la ecléctica de la impresión, y particularmente en la variante subjetivista de Sancinetti.

3) Responde de mejor manera al principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión, el que parte de que como es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, que el costo de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado; este principio no legitima la pena como retribución, pues aquella sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo[43]; se afirma que dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza *no racional* del ejercicio del poder punitivo se agregue otra nota de máxima irracionalidad y se afecten bienes de una persona en

[42] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal – Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000 págs. 126 y ss.

[43] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000 – pág. 130 y ss.

desproporción grosera con el mal que han provocado; *esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado.*

Las teorías preventivas de la pena llevan al desconocimiento de este principio, dado que asumiendo e invocando incomprobables efectos preventivos, las agencias políticas y judiciales promueven las condenas ejemplarizantes, atribuyéndose la facultad de establecer penas en forma arbitraria desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados; de esta forma se falsea la idea de bien jurídico tutelado o protegido, fundada en cualquier teoría preventiva de la pena neutraliza el efecto limitativo u ordenador del concepto de bien jurídico afectado o lesionado.

Las implicancias de este principio respecto de la tentativa aparecen con intensidad como una derivación del de lesividad, en cuanto que no solo debe existir una lesión o peligro de lesión para un bien jurídico protegido, para punir este instituto, sino que además debe haber proporcionalidad entre aquella y la pena; basta imaginar como sería posible respetar este principio en los casos en que se sostiene la punición de una tentativa completamente inidónea.

4) Desde las variantes de la teoría subjetiva, se cuestiona a la objetiva por estar vinculada a las sociedades primitivas en las que la gravedad del conflicto se media por la gravedad de su resultado, y en donde la sanción tenía un fin reparatorio y privilegiaba la satisfacción de la victima. La referencia me plantea una pregunta: *¿cuán primitiva es una sociedad que mide el castigo como consecuencia de la gravedad del conflicto y el daño producido a la victima?* o que intenta a través de un mecanismo irracional como es el sistema penal, generar un mínimo de paz sobre el conflicto particular.

En este orden de ideas, cabe recordar que la *inquisitio* como estrategia punitiva confisca a la victima, el conflicto el que deja de medirse en cuanto a su gravedad por su resultado, y se lo mide por el grado de desobediencia que implica para la norma del soberano, aparece así el germen del derecho penal infraccional.

La critica expuesta, junto con la relación de la tesis subjetivista a la mencionada estrategia punitiva, se ata a que el fundamento de la punibilidad de la tentativa, se encarna en el supuesto de que la acción intentada representa el indicio de una voluntad rebelde, desobediente al derecho. En sentido contrario, se ha señalado que esta tesis es una

concepción típica de un régimen totalitario[44]; así la tradición imperial y militarista del viejo *code* bonapartista, impuso que sus redactores optaron por un derecho penal de autor: no se asimila la tentativa de delito al delito consumado -advertían-, sino que es al autor de una tentativa que se lo asimila al de un delito consumado y, por ello, es pasible de las mismas penas[45]*;* esta postura, tiende a aproximarse a la punición del ánimo, y a extender el ámbito de lo punible abarcando actos preparatorios.

5) Respecto a la intentada equiparación de la pena de la tentativa con la del delito consumado, cabe mencionar que su apoyatura desconoce el aspecto objetivo del injusto, separándose del injusto personal, para aproximarse a un derecho penal de enemigos, centrado en el desvalor de una voluntad que se revele hostil y contraria al orden que quiere establecer. La pretensión -sostenida en la doctrina nacional por Sancinetti- de revertir el argumento afirmando que, conforme a sus consecuencias, todos los delitos debieran penarse de acuerdo a la escala reducida de la tentativa, en principio, y tal y como lo afirma Zaffaroni[46] es de *lege ferenda,* pero no impide reconocer que de *lege lata* su consecuencia sería inversa, como históricamente siempre lo ha sido cuando se ha hecho uso de ella.

6) Con relación a la teoría ecléctica de la impresión, su formulación combina la perspectiva subjetiva con la necesidad preventiva de pena a través de la creación de bienes jurídicos adelantados a un estado previo de lesión.

Esta tesis es retomada por el funcionalismo para convertirla en una suerte de *derecho a la seguridad jurídica*; que marcha hacia una *punición independiente de la tentativa*, puesto que a través de ella se afectaría un *bien jurídico diferente* del que quería lesionar el autor, el que puede identificarse como el *sentimiento de seguridad y la confianza en el derecho.*

---

[44] Así por .ej. la Alemania nazi organizó el derecho penal en esta dirección, tomando como punto de referencia de la punibilidad la manifestación de una voluntad individual rebelde a la voluntad general del estado.

[45] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR – *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000, pág. 813/814

[46] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR *Derecho Penal Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000, pág. 814

Esta tesis en su variante sistémica, se expresa en un bien jurídico estatal como pretendido *derecho a la seguridad*, aspira a punir una supuesta alarma social, sin correlato objetivo, en síntesis "*...se pretende reducir la teoría fundamentadora subjetiva apelando a otro criterio subjetivo, como es la impresión en la generalidad, que nunca podrá determinarse sin el recurso al sentimiento de la comunidad o a otros conceptos igualmente intuitivos que, en definitiva, conducen al estigma de la enemistad..*"[47].

Esta postura implica la destrucción como tal del bien jurídico individual, su reemplazo por otro bien jurídico de carácter estatal[48]; dicha creación implica que no habría anticipación de la lesión por peligro, sino una *supuesta lesión real* a un *nuevo bien jurídico* que pretende extraerse de los restos de un bien jurídico base aniquilado.

En otro sentido, y de procurar se aplique esta tesis para fundar la punición de la tentativa en nuestro sistema, estaríamos ante una construcción que a mi entender colisiona con el principio de legalidad estricta (art. 18 C.N.) por cuanto este nuevo bien jurídico en las variantes arriba mencionadas, no se encuentra expresamente legislado (léase tipificado) en el Código Penal o en las leyes complementarias, siendo inadmisible en nuestro esquema constitucional la creación judicial de tipos penales bajo requerimientos de una aparente necesidad social de punición, en similar sentido se vería afectado el principio de reserva o libertad negativa (art. 19 C.N.).

Admitir su viabilidad implicaría redefinir lo que concebimos como tentativa de delito, la que dejaría de ser instituto accesorio de un delito de la parte especial, para convertirse lisa y llanamente en un tipo penal concreto con un bien jurídico especial.

Por último, y haciendo propias las conclusiones a las que arriba Zaffaroni en su obra conjunta considero, que la creación artificiosa de bienes jurídicos públicos que no simbolizan más que desobediencia a la autoridad (tranquilidad pública, paz pública, clima favorable al derecho, etc.) permiten la legitimación de tentativas de delitos de

---

[47] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR *Derecho Penal – Parte General* – Ed. Ediar. Buenos Aires 2000, pág. 816

[48] Sin agregar, las consecuencias procésales que serían inadmisibles en cuanto a legitimación de la víctima para la intervención en el proceso que genere la tentativa del delito específico.

peligro que *no importan peligros reales* para el núcleo central de bienes jurídicos, lo que constituye una imputación en violación al presupuesto de lesividad por lesión o por peligro de la primera regla de la tipicidad conglobante, e impide imputar objetivamente la acción que no expresa una conflictividad lesiva.

7) Como corolario, resta agregar que la tesis subjetiva no explica cómo se establece la racionalidad de la acción, dado que, mínimamente debe admitirse que no puede apreciarse la racionalidad de una acción como no sea mediando su apreciación con todo lo que tiene de exteriorización en el mundo.

Explica Zaffaroni que por la vía de un dolo fundante, en donde el dolo más que integrar el injusto, se constituye en el mismo injusto, se llega a violar reglas de imputación que parten de la causalidad.

Desde la perspectiva de un saber penal limitante del poder punitivo, el aspecto subjetivo constituye un límite a cualquier ejercicio grosero habilitante; el dolo siempre es un filtro acotante de la lesividad, de modo que lo subjetivo no puede ser nunca fundamento supletorio de ésta.

Negar al dolo cualquier función sustitutiva de la lesividad, tiene múltiples consecuencias en toda la teoría del delito, pero particularmente en la tentativa evita imprecisiones que llevan a maximizar el poder punitivo sobre acciones no peligrosas sistemáticamente atípicas. Ante estos supuestos no está de más referir que la pena carece de fundamento objetivo[49] sobre el que asentar el dolo como elemento filtrante, no resultando admisible la sustitución de su función apelando a su transformación en síntoma de desviación de una media normativizada que perturba externamente.

La contradicción que en lo objetivo enfrenta la tentativa con el respectivo hecho consumado, es paralela a lo subjetivo; tampoco un suceso típico completo es equivalente a una fracción del mismo en su aspecto objetivo ni subjetivo. El fundamento de identidad lleva al error de considerar al dolo siempre equivalente -en la tentativa y en el delito consumado- y esta falta de distinción, impide observar su evolución en el curso de un proceso en que aún no es lo que tiende a ser; dicha

[49] En términos más precisos, no existe "conflicto", no se ha producido una alteración de la realidad social que posibilite y/o habilite el ejercicio del poder punitivo.

referencia importa concebir a la conducta -vinculada con el tiempo- como eminentemente dinámica.

Desde las perspectivas que sustentan la identidad se explica con argumentos vagos, este supuesto de dolo menor más aun y tal como lo enuncia Zaffaroni[50], para fundar la máxima de que *cuanto más lejos de su verdadero resultado se halle la tentativa, tanta menor fuerza política y malicia encierra y contiene,* deja entrever que en la tentativa el dolo no ha tenido la fuerza de remover todos los obstáculos que se oponen a la consumación; esta afirmación importa otra consecuente que es si el dolo importa una planificación de la causalidad, cabe suponer que cuanto más lejanamente del resultado se detiene la tentativa, peor planificada se hallaba y menos idóneaera la acción para producir el resultado, debiéndose trazar una relación directa entre la calidad de la programación de la causalidad y el grado de peligro corrido por el bien jurídico.

En síntesis, aquellas tesis que se aproximan a la identidad total del delito consumado y la tentativa, parten de un ilícito concebido como contradicción entre lo que el agente se representa con lo que una norma valora negativamente[51], pues en este esquema la motivación negativa en la mente del autor que demanda el tipo es igual en un caso que en otro, de modo que el quebrantamiento de la norma está perfecto con la tentativa acabada.

Los puntos precedentemente enumerados son lo que entiendo permiten sostener en mejor y más adecuada medida la fundamentación de la punición de la tentativa, erigiéndose en mi opinión como base o estándar de inicio para una autentica y responsable consideración de este instituto.

[50] ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR. *Derecho Penal – Parte General* – Ed. EDIAR – Buenos Aires – 2000 – pág. 819

[51] Esta construcción se deriva de concebir que la norma penal cumple la función de normalizar el futuro según la voluntad de la autoridad.

PARTICULARIDADES DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA

Giorgio Agustín Benini [1]

1. Introducción

Dijo Alberdi en relación a su proyecto de Constitución que, "Prometer y escribir estas garantías, no es consagrarlas. Se aspira a la realidad, no a la esperanza. Las constituciones serias no deben constar de promesas, sino de garantías de ejecución"[2].

En línea con esa idea, más acá en el tiempo, Ferrajoli fue contundente al afirmar que "Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas".

En definitiva, sin instrumentos que aseguren su efectividad, el catálogo de derechos contenido en las constituciones no sería más que un listado de preceptos carentes de operatividad, de formulaciones teóricas de ilusoria concreción. En pocas palabras, un conjunto de promesas sin cumplir.

Para que ello no sea así, el ordenamiento jurídico debe prever herramientas procesales idóneas que permitan asegurar la supremacía del texto constitucional, manteniéndolo siempre en la cúspide de la pirámide normativa.

Una de aquellas herramientas aptas para resguardar la preeminencia de la Constitución, es la denominada acción de inconstitucionalidad[3].

---

[1] Abogado y Magíster en Derecho Procesal Constitucional. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco".

[2] ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires: Lancelot, 2009, p. 117.

[3] También denominada "acción autónoma de inconstitucionalidad", "acción directa de inconstitucionalidad" o acción declarativa de inconstitucionalidad", según el aspecto que de ella se quiera resaltar.

En general, se trata de un mecanismo que permite a determinados sujetos, plantear de manera directa y principal, la inconstitucionalidad de una norma, ante un órgano que puede ser judicial o no.

En el Derecho comparado, la acción de inconstitucionalidad asume diversas modalidades, íntimamente vinculadas con el modelo de control de constitucionalidad adoptado en cada país.

De esta manera, del tipo de control de constitucionalidad vigente, dependerán, entre otras cuestiones, la legitimación, las características del órgano ante el cual tramitará la acción, su rol institucional y el alcance y efectos de su sentencia.

En nuestro país, a nivel nacional, la acción en cuestión carece de regulación específica, sin perjuicio de su reconocimiento jurisprudencial en base a una interpretación extensiva del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En cambio, en el constitucionalismo provincial, la acción de marras ha sido receptada expresamente, encontrado allí campo fértil para su desarrollo.

En la presente contribución analizaremos los aspectos más relevantes que la acción de inconstitucionalidad asume en la Provincia de La Pampa.

Para ello, describiremos la normativa que la regla y la doctrina y jurisprudencia que la interpreta, aportando nuestro punto de vista.

2. Breve caracterización de la acción a nivel federal

Señalamos anteriormente que la acción de inconstitucionalidad carece a nivel federal de una regulación específica que la dote de autonomía. Su marco de actuación se halla limitado al esquema previsto para la declarativa de certeza, en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN), que prescribe en su primer párrafo: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio

legal para ponerle término inmediatamente".

Ello no ha sido óbice, sin embargo, para que por vía pretoriana se le otorgue una restringida libertad que posibilite el ejercicio del control de constitucionalidad, aunque supeditado siempre a la verificación previa de los requisitos propios de la declarativa de certeza.

Es así que, en la causa "Provincia de Santiago del Estero c. Estado Nacional"[4], fallada en 1985, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la necesidad de crear a nivel nacional una acción de inconstitucionalidad valiéndose para ello de la acción meramente declarativa prevista por el ritual[5].

El reconocimiento pleno de la acción de inconstitucionalidad por conducto de la declarativa de certeza, vino dos años después al fallar en "Estado Nacional c. Santiago del Estero"[6].

En los referidos autos, en los que el Procurador del Tesoro de la Nación había demandado a la Provincia de Santiago del Estero a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de una ley y un decreto de esa provincia por infringir normas de carácter federal que regulaban el Plan Alimentario Nacional, el Alto Tribunal dio por verificado el requisito de la causa y descalificó por inconstitucionales tales normas.

Señaló, en ese sentido que, en tanto el pedido de declaración de inconstitucionalidad no tenga un carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, se da por satisfecho el requisito de causa al que alude el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, tras su reconocimiento, la Corte fue delimitando el alcance y los requisitos de la acción declarativa de inconstitucionalidad exigiendo: a) configuración de un caso concreto,

---

[4] CSJN, "Provincia de Santiago del Estero c. Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s. acción de amparo", 1985, Fallos, 307:1379, especialmente el considerando 4°.

[5] CHERUBINI, Martín H., GALLO QUINTIAN, Federico J. y QUADRI, Gabriel H., *La acción autónoma de inconstitucionalidad*, Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2005, p. 60.

[6] CSJN, "Estado Nacional c. Santiago del Estero, Provincia de s. nulidad por inconstitucionalidad ley 5379 y decreto D. 3017", 1987, Fallos, 310:2812.

es decir, que la cuestión planteada no revista carácter dogmático o consultivo[7] y persiga la declaración de inconstitucionalidad de una norma[8]; b) que se intente evitar los eventuales perjuicios que se denuncian[9]; c) que tenga una finalidad preventiva, no requiriendo la existencia de un daño consumado[10]; d) vinculación jurídica que traduzca un interés serio y suficiente en la declaración de certeza pretendida (legitimación)[11]; y e) inexistencia de otras vías más aptas para tutelar el derecho que se invoca[12y13].

3. La acción de inconstitucionalidad en el constitucionalismo provincial

La acción a la que dedicamos este trabajo, encuentra su génesis en el constitucionalismo provincial.

En efecto, aparece por primera vez en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873, cuyo artículo 156, inc. 1°, preveía dentro de las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, el ejercicio de jurisdicción originaria para conocer y resolver acerca del planteo, por parte interesada, de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materia por ella regida.

En la actualidad, con diversos matices, es una vía prevista en la mayoría de las constituciones provinciales.

---

[7] CSJN, *Fallos*, 328:3573, 3586, 4198; 329:1554, 1568, 2231, 3184, 4259; 330:2617, 3109, 3777, entre otros.

[8] CSJN, *Fallos*, 330:3109, 329:1675, 327:1108, entre otros.

[9] CSJN, *Fallos*, 318:2374, 328:1701, entre otros.

[10] CSJN, *Fallos*, 307:1379, 320:690, 322:1135, 322:1616, 323:1849, entre otros.

[11] Configurándose, según la Corte, cuando media entre ambas partes una vinculación jurídica que traduce un interés serio y suficiente en la declaración de certeza pretendida (*Fallos* 314:1186, 326:4774, entre otros).

[12] CSJN, *Fallos*, 310:606, 311:421, entre otros.

[13] Un análisis más profundo de la acción de inconstitucionalidad a nivel federal puede verse en nuestro trabajo *La acción de inconstitucionalidad en el orden federal y en las provincias patagónicas*, publicado en el Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 16/02/2012.

Una de las características diferenciadoras a nivel provincial, viene dada por el diverso ámbito en el que se la ha regulado. En algunos casos, la acción de marras sólo cuenta con reconocimiento constitucional, mas no de reglamentación legal específica (p. ej., Chubut[14], Córdoba[15], Santa Cruz[16]). Lo inverso ocurre en casos como el de Tucumán, donde pese al silencio que guarda sobre ella su Carta Magna, el Código Procesal Constitucional la estatuye como uno de los mecanismos de protección de aquella[17].

En otros casos, en cambio, el reconocimiento constitucional de la acción está acompañado de una reglamentación legal específica, ya sea dentro de los códigos procesales (v. gr., Buenos Aires[18], La Pampa, Río Negro[19], Tierra del Fuego[20]) o bien mediante leyes especiales (Ciudad Autónoma de Buenos Aires[21], Neuquén[22]).

La posibilidad de plantearla directamente ante el máximo tribunal local o bien, por apelación, también establece una diferencia que ubica a la mayoría de las constituciones provinciales en el primer supuesto.

Otro de los aspectos relevantes en cuanto a la acción en cuestión, se refiere a los efectos de la sentencia en los procesos por los que aquella discurre.

En algunos casos, reproduciendo lo que acontece a nivel federal[23], la sentencia no tiene otro efecto que el que produce entre las partes.

---

[14] Constitución de la Provincia de Chubut, art. 179.1.1.

[15] Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 165, inc. 1, apartado a).

[16] Constitución de la Provincia de Santa Cruz, art. 132, inc. 3.

[17] Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, arts. 89 y 90.

[18] Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, arts. 683 a 688.

[19] Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, arts. 793a799.

[20] Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de Tierra del Fuego, arts. 315 a 318.

[21] Ley 402 de Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, arts. 17 a 26.

[22] Ley 2.130.

[23] Ley 27, art. 2° y *Fallos*, 183:76, 237:339, 311:2580 y 315:276, entre otros.

No obstante, existen provincias en las que se ha dotado a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad, de un alcance que va más allá de los sujetos que intervienen en la calidad de parte, es decir, de efectos *erga omnes* (p.ej., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chubut, Río Negro, Tierra del Fuego).

4. La acción de inconstitucionalidad en La Pampa

4.a. El alcance del control de constitucionalidad

En palabras del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, la acción de inconstitucionalidad brinda al ciudadano una noción clara y definitoria de la medida de sus derechos y de sus obligaciones, despejando la incógnita sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma que lo perjudica. El límite de ella es la existencia de un perjuicio en el accionante, actual o potencial que se vea afectado por una disposición inconstitucional[24].

Dos son las cláusulas de la Constitución de la Provincia de La Pampa que nos interesan.

Por un lado, el artículo 7° consagra el principio de supremacía constitucional, al tiempo que habilita la acción de referencia. Lo hace en estos términos:

> "Toda ley provincial contraria a las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación, por esta Constitución o por los tratados que celebre la Provincia, es de ningún valor, pudiendo los interesados demandar e invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes".

Por otro lado, el artículo 97 le atribuye competencia al Máximo Tribunal provincial, para decidir acerca de la validez de normas provinciales que contraríen preceptos de la Carta Magna local. En este caso, su intervención podrá ser originaria o bien, como consecuencia

[24] STJLAPAMPA, *Gustavo Adolfo Jensen s. Pedido de Inconstitucionalidad de los arts. 19 y 20 inc. 3° de la ley provincial 313*, 1998, SI-234.97.

de la interposición de un recurso contra la decisión de un tribunal inferior. En su parte pertinente, expresa la mencionada norma:

> "Son atribuciones y deberes del Superior Tribunal de Justicia: 1. Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para resolver cuestiones controvertidas por parte interesada, referentes a la inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución".

A su vez, el artículo 34 inc. a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, N° 1.675, dispone:

> "Sin perjuicio de los demás casos que establezcan las leyes respectivas, el Superior Tribunal tiene competencia: a. Originaria o por apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos que versen sobre materia regida por la Constitución Provincial y que se cuestionen por parte interesada. Las demandas declarativas de inconstitucionalidad deberán ajustarse a los términos de los artículos 300 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa".

Ahora bien, sobre los alcances del control de constitucionalidad por vía de la acción bajo análisis, el Máximo Tribunal de La Pampa ha acogido un criterio bastante restrictivo que, a nuestro entender, resta eficacia a la acción en cuestión.

Es así que, para el Superior Tribunal, el planteo de inconstitucionalidad que habilita su instancia originaria, es aquel referido únicamente a normas emanadas de los Poderes Públicos provinciales o bien de los municipios, y en tanto la cláusula de la Constitución de La Pampa con la que se las coteja, no reitere derechos y garantías mencionados en la Constitución Nacional.

En otros términos, no es posible impulsar por vía de la acción de inconstitucionalidad el control de constitucionalidad de una norma local respecto de la Constitución Nacional o disposiciones de la Constitución local que reiteran preceptos de aquella.

A esta conclusión llegó el Máximo Tribunal pampeano en una causa en la que la actora pretendió la declaración de inconstitucionalidad -por vía originaria- de un acto administrativo del Jefe de Policía, sobre la base de considerarlo violatorio del "principio de inocencia" y de la "garantía del debido proceso", consagrados en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en los artículos 6°, 11 y 13 de la Constitución local[25].

En dicha oportunidad, el Superior Tribunal sostuvo que a través de la acción de marras no puede perseguirse el amparo de derechos tutelados por la Constitución Nacional ya que ese Tribunal sólo es competente para resolver las causas que versan sobre la inconstitucionalidad, en el supuesto de que las leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos, estatuyan sobre "materias regidas por la Constitución Provincial", de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 97, primer párrafo de la Constitución local y 34 inc. a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial[26].

Añadió, en ese sentido, que "materia regida por la Constitución Provincial no es sino aquello nacido del poder constituyente local, ya sea reconociendo algún derecho no consagrado en la Constitución Nacional, ya sea imprimiendo alguna característica propia o algún significado particular a alguna garantía genérica de la referida Constitución Nacional".

Por ello, para el Superior Tribunal, si se impugna una norma local como violatoria de derechos y garantías consagrados simultáneamente por la Constitución Nacional y Provincial, la competencia originaria para entender en esos casos es la de los jueces de primera instancia con competencia en lo civil, comercial, laboral y de minería; sin perjuicio de los recursos ordinarios y extraordinarios provinciales y del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de lo normado por la Ley 48.

Nosotros discrepamos con tales argumentos, y lo hacemos por varias razones.

---

[25] STJLAPAMPA, "*Guiñazu, Sergio Gustavo; Ovando, Eusebio Avelino c. Provincia de La Pampa s. Acción de lnconstitucionalidad*", 1999, SI-P351.98.

[26] En igual sentido se expidió el STJLaPampa en "*Gómez, Claudio Eugenio y otro c. Provincia de La Pampa s. Inconstitucionalidad*, 1995 y *Arrieta, José Luis c. Municipalidad de Santa Rosa s. Inconstitucionalidad*", 2000, II-P412.99.

En primer lugar, cabe recordar que la Constitución Nacional es, en materia de principios, derechos y garantías, un catálogo de presupuestos mínimos al que las constituciones provinciales deben ajustarse.

En ese sentido, las garantías de la Constitución Nacional, impuestas a las provincias como condición de sus autonomías (conf. art. 5° CN), forman parte del régimen fundamental de todos los estados particulares, por lo que también resulta procedente la invocación de derechos fundamentales establecidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales que ella incorpora, en la acción de inconstitucionalidad local[27].

Es más, la Constitución de La Pampa reconoce y da por reproducidos los derechos establecidos por la Constitución Nacional, por lo que toda violación de ésta, lo es de aquella (artículos 1°[28] y 47[29] CPLP).

En esa línea, la Carta magna local puede ampliar o "mejorar" los derechos enumerados por la Constitución federal, pero nunca limitarlos, restringirlos o desconocerlos.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio expuesto por el Superior Tribunal pampeano, la acción de inconstitucionalidad sólo sería procedente en la medida que lo que se pretenda defender sea un derecho consagrado por la Constitución Provincial pero no en la Constitución Nacional o bien, si se encuentra reconocido en ambas, únicamente en la medida en que la Constitución pampeana lo "mejore", amplíe o le dé un significado particular. En estos últimos casos, se llegaría al extremo de que la formulación básica del derecho

---

[27] PEREZ HUALDE, Alejandro, *Acción declarativa de inconstitucionalidad en el constitucionalismo provincial* en CASSAGNE, Juan C. (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo.* Buenos Aires, La Ley, 2007, v. II, p. 775.

[28] Art. 1° CPLP: La Provincia de La Pampa, integrante de la Nación Argentina, en el uso pleno de los poderes no delegados, se sujeta para su gobierno y vida política al sistema republicano representativo, según los principios, derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución Nacional.

[29] Art. 47 CPLP: Todos los habitantes de la Provincia gozan, en su territorio, de los derechos sociales establecidos en la Constitución Nacional, que esta Constitución reconoce y da por reproducidos en toda su amplitud, asegurando en consecuencia la protección del trabajo en sus diversas formas, garantizando la actividad de los derechos gremiales dentro de una organización sindical libre y democrática y promoviendo un régimen de seguridad social integral.

(el presupuesto mínimo que consagra la Constitución Nacional), quedaría sin tutela por vía de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

Se cae, de esta forma, en un razonamiento –a nuestro entender equivocado- cuya conclusión es que la acción declarativa de inconstitucionalidad no es una vía procesal apta para ejercer el control de constitucionalidad sobre normas que podrían quebrantar los derechos consagrados por la Constitución Nacional que –reiteramos- la Constitución pampeana da por reproducidos.

Por ello, entendemos que la expresión "materia regida por esta Constitución" no puede invocarse válidamente como limitante del control de constitucionalidad, cuyo ejercicio es un deber esencial de la función jurisdiccional[30].

Como sostiene Sagües, "Los jueces locales deben aplicar todo el derecho necesario para resolver una *litis*, y ello incluye también a la Constitución Nacional. En rigor de verdad, esta tarea debe comenzar con la Constitución federal, y ello exige inaplicar las reglas que se opongan a ésta"[31].

Finalmente, hacemos nuestros los argumentos esgrimidos por otros colegas que agregan a los ya expuestos, la importancia que adquiere el principio *pro homine* a la hora de tutelar derechos humanos.

En tal sentido, al concurrir en el caso concreto la protección de la Constitución Nacional (a lo que agregaríamos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional) y la Constitución provincial, se debe aplicar la norma más favorable al sistema de derechos pero nunca soslayar la protección que emana de una de esas fuentes[32].

---

[30] BENINI, Giorgio A., *El control de constitucionalidad de oficio. A propósito del caso Rodríguez Pereyra*, Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 17/04/2013.

[31] SAGÜES, Néstor,*El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: Prohibición, facultad o deber*, ED, 181-1092; y GIL DOMINGUEZ, Andrés,*Un fallo del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa que ignora un derecho de incidencia colectiva esencial: la legalidad constitucional*, LL 1999-E, 601.

[32] GIL DOMINGUEZ, Andrés, art.cit.

4.b. La demanda de inconstitucionalidad

Sobre éste punto la Ley Orgánica del Poder Judicial remite a la regulación de la acción meramente declarativa al establecer en su art. 34 inc. a)que las demandas declarativas de inconstitucionalidad deberán ajustarse a los términos de los artículos 300 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial pampeano. Aquél artículo, sin embargo, hace referencia al Código que fue reemplazado por el que entró en vigencia el primero de abril de 2001, por lo que debe entenderse que, en la actualidad, aquellas demandas tienen que adecuarse a lo prescripto por el artículo 304 (Acción de sentencia meramente declarativa) y concordantes del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Pampa[33].

De acuerdo con las prescripciones constitucionales y los parámetros del ritual, los requisitos de admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad son: a) una cuestión controvertida por parte interesada; b) que se persiga la obtención de una sentencia meramente declarativa; c) con el fin de que el mencionado decisorio finiquite un estado de incertidumbre; d) que dicha incertidumbre verse sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica; e) que la incertidumbre pudiera producir un perjuicio o lesión actual a quien demanda; f) que el actor no dispusiere de otro medio legal a fin de ponerle término inmediatamente.

La particular importancia que reviste el primero de aquellos requisitos, nos lleva a formular las siguientes precisiones.

A las "cuestiones controvertidas por parte interesada" hace referencia la Constitución Provincial en su artículo 97 inc. 1), y por ellas cabe entender casos contenciosos, es decir, supuestos en los que las partes del proceso poseen intereses contrapuestos.

A su vez, parte interesada es aquella que ostenta un interés particular y directo. Este interés se verifica cuando el ejercicio de un derecho constitucional de quien deduce la acción, habría de ser forzosamente afectado por la aplicación de la norma cuya inconstitucionalidad se invoca.

El Superior Tribunal pampeano tuvo oportunidad de expedirse sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda de

[33] Ley 1.870.

inconstitucionalidad y, en particular, sobre la relación existente entre el interés y la legitimación para accionar, en un caso en el que los actores, invocando su calidad de diputados provinciales, accionaron contra la Provincia por inconstitucionalidad de la ley que declaró la necesidad de reforma parcial de la Constitución[34].

En dicha oportunidad, el Superior Tribunal afirmó que en la acción meramente declarativa, la legitimación activa se halla estrechamente vinculada al concepto de "interés", en orden a la particular naturaleza del objeto de la pretensión, por lo que debe considerarse que se encuentra legitimado para accionar, quien es titular de un interés "particular, directo y concreto", caracterizado por una situación tal que, sin la declaración judicial de certeza sobre la validez del acto enjuiciado, sufriría un daño "actual"; con lo que, la declaración judicial perseguida aparece no sólo como el medio necesario y útil, sino como el único para evitar el daño.

Con fundamento en las consideraciones arriba señaladas, el Máximo Tribunal pampeano descartó que el artículo 7° de la Constitución Provincial habilite la denominada "acción popular", pues dicha norma sólo se refiere a la supremacía de las normas jurídicas y al deber de respeto, sin otorgar la facultad de "demandar e invocar" a cualquier ciudadano que no demuestre encontrarse legalmente habilitado a tal fin.

Por otra parte, en cuanto al tipo de proceso en el que la acción discurrirá, será el Superior Tribunal quien lo determine en su primera providencia, conforme lo establecido en el artículo 304, segundo párrafo del Código procesal.

Cabe señalar, finalmente, que en virtud del artículo 33 inc. b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Máximo Tribunal local deberá resolver las demandas de inconstitucionalidad en pleno[35].

---

[34] STJLaPam, *Unión Cívica Radical y otros c. Provincia de La Pampa s. Acción de Inconstitucionalidad*, 1999, DO-341/98.

[35] Art. 33: ...Será necesario el funcionamiento en pleno del Superior Tribunal... b) Para resolver en jurisdicción originaria las demandas de inconstitucionalidad previstas por el art. 97, inc. 1° de la Constitución Provincial.

5. Colofón

El sistema de control de constitucionalidad sobre normas que integran el Derecho público local es mixto pues, a la facultad de todo juez para ejercitarlo, se suma la posibilidad de que el Superior Tribunal, en su instancia originaria, conozca y resuelva acerca de la validez constitucional de leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos que versen sobre materia regida por la Constitución de La Pampa.

Como se advierte, la circunstancia precedentemente señalada, instaura una doble vía de control a nivel local: aquella que se promueve ante cualquier magistrado –sea directa o incidentalmente- y la originaria ante el Máximo Tribunal, con las características que hemos analizado en la presente contribución.

El análisis de validez en la instancia originaria se ejercita a través de la acción de inconstitucionalidad, caracterizada, entonces, como un instrumento autónomo y directo, mediante el cual es posible impulsar el control de constitucionalidad de normas locales, de forma inmediata ante el Superior Tribunal de Justicia.

Según hemos visto, la acción en cuestión constituye una herramienta apta para arremeter contra los actos estatales desmesurados, posibilitando el control de constitucionalidad sobre leyes y reglamentos locales, a los que se atribuye ser contrarios a los preceptos de la Constitución pampeana, y en tanto la disposición infringida -según el criterio del mencionado Tribunal-, no reitere derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional.

EN LA BÚSQUEDA DE UN PLAZO DE CADUCIDAD RAZONABLE PARA EL AMPARO

Marcia Alexandra Catinari [1]

1. Introducción.

El presente trabajo consiste en un análisis crítico sobre el plazo de caducidad establecido legalmente para la promoción de la acción de amparo en la Provincia de La Pampa. El tema se planteará desde la legislación vigente y la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que actualmente existe en torno a este presupuesto de admisibilidad del amparo, exponiendo finalmente mi opinión personal al respecto.

2. La regulación jurisprudencial, constitucional y legal del amparo en Argentina.

A los fines de ingresar al tratamiento del tópico, cabe señalar liminarmente que desde la aparición de los *leading cases* "Siri" (1957) y "Kot" (1958) la institución del amparo individual no ha cesado de generar polémicas, opiniones y controversias jurisprudenciales en pro y en contra de su razonable reglamentación, máxime desde la sanción de la Ley Nacional 16.986 (B.O 20/10/1966) que le imprimió al instituto una alta dosis de formalismo.

Esta contienda ha sido pacificada, en parte, tras la incorporación de los pactos internacionales a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) y la contemplación del amparo en el art. 43 de la misma Carta Magna, lo cual implícitamente coadyuvó a reducir los obstáculos formales de la norma, logrando humanizar, en cierta forma, los carriles legales sobre los que se desarrolla esta vía procesal.

Como antes se expuso, el amparo se rige en el ámbito nacional por la -obsoleta- Ley N° 16.986, mientras que en la esfera local, las

---

[1] Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Secretaria del Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° 1 de la ciudad de Santa Rosa.

distintas provincias fueron sancionando sus propias leyes de amparo contra actos de autoridad pública (vg. Ley N° 703 de la Pampa, Ley N° 1981 de Neuquén) y también contra actos de particulares (vg. Ley N° 6296 de Santiago del Estero, 4915 de Córdoba, Ley N° 6504 de Mendoza, Ley N° 13928 de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Cada uno de estos ordenamientos (nacional y provinciales) establecen una serie de recaudos procesales que el amparista debe observar al momento de la promoción de la acción, los que varían según las exigencias formales que los mismos contemplan (legitimación activa y pasiva, plazo de caducidad, requisitos de la demanda, tipo de proceso por el que tramita el amparo, plazos de tramitación, posibilidad de interponer medidas cautelares, plazo para el dictado de la sentencia definitiva, forma y efectos de la apelación, etc.).

Ahora bien, como ya se expuso, el objeto de esta presentación radica en el análisis de uno de los requisitos formales expuestos, cual es el "plazo de caducidad".

Es decir, se trata de determinar si existe un plazo perentorio para que el afectado pueda interponer la acción desde el momento en que tomó conocimiento del acto u omisión lesivo; en su caso, cuál es el término concreto, y si éste resulta razonable en aras a la trascendencia del derecho o garantía afectados.

En este sentido, cabe señalar que, así como la Ley 16.986 establece un plazo de caducidad de 15 días hábiles (art. 2° inc e) para deducir el amparo, algunos de los ordenamientos provinciales antes referidos establecen un término menor (30 días hábiles en la Provincia de Buenos Aires, art. 5° Ley N° 13928 y 45 días hábiles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 4° Ley N° 2145, consignándose en ambos casos que en el supuesto de perjuicios periódicos, el plazo comienza a correr respecto de cada uno de éstos,) mientras que otros, como la Ley N° 703 de la Provincia de la Pampa *no contemplan término* de interposición alguno.

Lo cierto es que la cuestión del plazo de caducidad ha sufrido una serie de embates doctrinarios y jurisprudenciales que vale la pena reseñar a continuación, a efectos de comprender acabadamente su importancia en orden a la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

3. El plazo de caducidad del Amparo

No puede soslayarse que el establecimiento o no de un término perentorio para accionar por amparo, tiene particular relevancia en lo que se refiere al acceso a la jurisdicción del titular del derecho que se supone conculcado.

De allí que la fijación de un término muy breve podría representar un verdadero "obstáculo" a los fines de la protección judicial, que no se compadece con previsiones de jerarquía superior, tales como el art. 43 de la C.N. o el art. 8.1. Pacto de San José de Costa Rica, entre otras.

Es por ello que en esta materia debe imperar la "razonabilidad" de la determinación de los plazos para accionar, en pos de lograr un equilibrio entre la urgencia del particular afectado y la estructuración funcional del sistema judicial que ofrece una vía excepcional - rápida y expedita – para supuestos particulares en que el justiciable no puede aguardar los plazos normales del proceso, pues de ser así correría el riesgo de comprometer la subsistencia de su derecho.

Es dable considerar que el plazo de caducidad constituye una forma de afectar el derecho de acción de los sujetos, de allí que corresponda utilizarlo con criterio restrictivo y sin que su imposición, como se señaló, pueda tornan abstractos los intereses afectados.

La Ley 16.986 en su art. 2° dispone que la acción de amparo no será admisible cuando: *"La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse"* (inc. e).

Contra la exigüidad de este término legal se levantaron agudas críticas que denunciaron, entre otras circunstancias, la desnaturalización del instituto de amparo en razón de la rigidez de la norma legal[2]; que la ley 16.986 había venido a desvirtuar la esencia del amparo marcada por los precedentes "Siri" y Kot" los que no establecían plazo alguno de caducidad; que el sentido limitativo de dicha norma no tenía otro objetivo que el de desalentar el uso de la vía

[2] FIORINI, Bartolomé, "Acción de Amparo. Graves limitaciones e inconguencias que la desnaturalizan. La Ley, 124-1363)

protectora privilegiando la ordinaria[3] y que el plazo de quince días quedaba sin mayor explicación frente a los de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 (90 días si se accionaba y 30 si se trataba de recurrir)[4].

Frente a estos disparadores, se instalaron voces que defendieron la conveniencia del establecimiento de limitaciones temporales en materia de amparo, ponderando la necesidad de resguardar la seguridad jurídica y la estabilidad de la actividad administrativa[5]; el consentimiento tácito de la actuación u omisión de la autoridad pública por el transcurso del tiempo y la naturaleza excepcional del amparo y el principio de división de poderes[6], etc.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de validar el plazo en crisis, expresando que "constituye una prerrogativa propia de la Administración Pública y que la existencia de términos para demandarla se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos

Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 *reabrió el debate* sobre la validez del plazo de caducidad, enfocándose ahora las críticas en torno a la validez o invalidez constitucional de una limitación de tal naturaleza, y si el plazo perentorio normado por el art. 2° de la Ley 16.986 sigue teniendo vigencia tras la incorporación del art. 43 de la Constitución Nacional.[7]

4. La limitación tras la reforma constitucional de 1994

Tras la reforma a la Carta Magna de 1994, la posturas comenzaron a dividirse entre quienes consideran *constitucional* el plazo legal de 15 días hábiles establecidos por la Ley 16.986; quienes lo

---

[3] GOMEZ, Claudio D. "Acción de Amparo. Plazo para interponer la demanda", S.J. 1368 del 22/11/2001, p. 644.

[4] RIVAS, Adolfo A. "El plazo de caducidad en el Amparo", La Ley 2000, C-346.

[5] BORIO, Fernando R. "El principio de ejecutoriedad del acto administrativo y sus fundamentos", ED, 86-750 citado por Ramiro ROSALES CUELLO y Sebastián MEOQUI en "Presupuestos de Admisibilidad del Amparo Individual", Revista "La Ley" 17/11/2011.

[6] ROSALES CUELLO y MEOQUI, op. cit.

[7] CSJN, "Gypobras S.A. c/ Estado Nacional", 05/04/95.

consideran *inconstitucional* a la luz del art. 43 CN y quienes propugnan por *eliminar cualquier plazo de caducidad* para el amparo.

Veamos por separado estas posiciones y sus postulados.

A.- *Constitucionalidad* del plazo establecido por la Ley N° 16.986

Los que entienden que el término legal resulta constitucional y conserva su eficacia y vigencia después de 1994, propugnan:

a) Que la reforma constitucional no significó otra cosa que reconocer el derecho constitucional de demandar judicialmente por vía de amparo para todos los habitantes de la Nación;

b) Que si bien el art. 43 de la Constitución Nacional es indiscutiblemente operativo, de todos modos no es sino un derecho excepcional que según la doctrina de la Corte Suprema, sólo procede en situaciones de imprescindible necesidad;

c) Que el presupuesto liminar del art. 43 coincide casi textualmente con el art. 1° de la ley 16.986;

d) Que de tal manera la reforma constitucional se limita a ampliar el alcance de los derechos y garantías protegidos, a innovar en materia de legitimación y a prever la eventual posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de la norma en la que se base el acto lesivo;

e) Que la reforma constitucional nada dice acerca del trámite que debe imprimirse al proceso de amparo por lo que es aplicable el criterio de la Corte Suprema según el cual la ley general posterior no deroga la anterior especial, a menos que la segunda resulte incompatible con la primera;

f) Que tal como ocurre en todas las acciones judiciales contra el Estado y siendo el amparo un derecho al ejercicio de una acción debe estar sujeto a plazos procesales para ejercitarlo;

g) Que, en consecuencia, no puede sostenerse que no existe limitación temporal alguna o que la mismo quede librada a la discrecionalidad judicial, toda vez que el plazo de caducidad previsto en el art. 2° inc. de la ley 16.986 no está vedado por la Constitución ya

que presenta factores de conveniencia para su aplicación en el vigente régimen de amparo.[8]

Vale acotar que las premisas enunciadas precedentemente, coinciden con el voto de la mayoría expuesto en el Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en los autos: *"Capizzano de Galdi c/ IOS s/ Amparo"(Expte. N° 37.575/95)* de fecha 3 de junio de 1999 (Adla, XXVI-C, 1491)

La convocatoria al Plenario estuvo dirigida a determinar *si tras la reforma constitucional de 1994, mantenía o no su vigencia el plazo establecido en el art. 2° inc. e) de la Ley N° 16.986.*

En la decisión, seis de los siete votos emitidos dio una respuesta positiva al interrogante con la única disidencia del Dr. Pérez Delgado. La mayoría estuvo conformada por los Dres. Farell, Mariana de Vidal, Vocos Conesa, Bulygin, Amadeo y de las Carreras, con voto de este último al que los demás adhirieron.

Para fundar la vigencia del plazo de caducidad legal frente a la impronta dada por el art. 43 de la C.N., el Dr. de las Carreras expresó que no obstante la indiscutida operatividad del amparo tras la reforma a la Carta Magna de 1994, no resulta posible prescindir de la necesidad de acreditación de los presupuestos de admisibilidad material reglados en el citado dispositivo constitucional, entre los que se incluye las razones de imprescindible necesidad.

Para ello, ha de tenerse en cuenta que frente al vacío de normas de procedimiento, éste debe llenarse con las normas subsistentes de la Ley N° 16.986 en cuanto no se opongan al texto de 1994, por el cual aquélla rige en lo que no ha sido modificado por el contenido de éste y mientras no sea dejada sin efecto por la ley que satisfaga los aspectos no regulados en el nuevo paradigma de la acción de amparo.

Asimismo, aludió a que toda vez que el derecho constitucional tiene por contenido una acción y que no existen derechos absolutos, el ejercicio de accionar por amparo debe estar sujeto a plazos procesales, al igual que las demás acciones judiciales. Ello así pues, sostener la inexistencia de plazo alguno, o dejarlo librado a la discrecionalidad judicial, o bien aplicar analógicamente otros términos previstos para situaciones distintas, terminarían por desnaturalizar el derecho de amparo.

---

[8] RIVAS, Adolfo A.,op. citada.

Finalmente, culminó exponiendo que los quince días hábiles judiciales previstos en el art. 2 inc. e) de la Ley Nacional de Amparo – con el agregado de las dos primeras horas del día dieciséis, conforme lo establecido por el art. 124, 3° párr. del CPCC y art. 17 de la Ley N° 16.986 – contados "desde que el acto fue ejecutado o debió producirse", no se presenta como irrazonable si se atiende a la importancia de los derechos supuestamente vulnerados, la inexistencia de otra vía judicial idónea para su protección y la especialidad del régimen que prevé dicho plazo.

Como crítica al mencionado Plenario, se ha señalado que el art. 43 de la Constitución Nacional, si bien ha respetado el núcleo procedimental de la ley N° 16.986, le agregó ciertos caracteres que el voto mayoritario no tuvo en cuenta, tal como la inexistencia de condicionamientos de orden temporal para accionar por amparo. De allí que, desde el momento en que la Constitución Nacional no hace ninguna salvedad al respecto no cabría admitir el plazo impuesto por una norma de jerarquía inferior, la que por otra parte, establece un lapso tan exiguo que a la postre, termina por desvirtuar el carácter expeditivo de la institución.

B.-*Inconstitucionalidad* del plazo establecido por la Ley N° 16.986

Un importante sector de la doctrina y jurisprudencia argentinas considera que las reformas introducidas a la Carta Magna actual implicaron la derogación del plazo de caducidad previsto por la normativa. En ese marco, sostienen que el término legal devino inconstitucional en tanto no se compadece con el sentido proteccionista del art. 43 de la CN y los pactos internacionales a ella incorporados.

Para justificar su postura, los adherentes a esta tesis señalan:

a) Que la ley 16.986 contiene dispositivos relativos a los presupuestos de admisión de la acción y otros de tipo procedimental;

b) Que el plazo de caducidad está comprendido entre los primeros (requisitos de admisibilidad) y no entre los segundos (requisitos procedimentales);

c) Que atento el sentido de la reforma constitucional es jurídicamente razonable echar mano de los aspectos procedimentales

de la ley 16.986 pero no ocurre lo mismo con los presupuestos de admisión de la institución de amparo;

d) Que debe considerarse que el amparo consagra una protección expeditiva y rápida;

e) Que el plazo de quince días hábiles se presenta exiguo y que resulta necesario legislar sobre el tópico, a los fines de establecer un plazo razonable de caducidad.[9]

En esta línea de pensamiento, es dable hacer referencia al voto minoritario del Dr. Pérez Delgado en el Plenario *"Capizzano de Galdi c/ IOS s/ Amparo"* antes citado. En su decisión, el magistrado resaltó que ante la falta del dictado de una ley reglamentaria del art. 43 de la C.N. resulta razonable que los jueces apliquen la Ley N° 16.986 para regular el trámite procesal después de iniciado el amparo. Sin embargo, advirtió que el plazo de caducidad allí establecido excede la materia puramente procesal, ya que forma parte del ámbito propio de los presupuestos de admisión del amparo.

Por ello, bajo estas circunstancias, debe interpretarse que el texto constitucional, en tanto prevé las condiciones que se deben reunir para acceder a esta vía excepcional, se basta a sí mismo, siendo por lo tanto operativo, y que dicha operatividad no tolera el agregado de otros requisitos que tenían como presupuesto un diferente régimen constitucional.

Por último, el magistrado disidente recalcó que la postura asumida no implica admitir que la herramienta especial del amparo pueda ser puesta en marcha mucho tiempo después de producido el acto lesivo. Ello así pues, si el remedio está previsto como una vía expeditiva y rápida y frente a una lesión actual o inminente, no se lo puede utilizar discrecionalmente luego de transcurrido un plazo de inacción no justificada del peticionario. En este aspecto, insistió en que los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia a los fines de no desnaturalizar la institución y evitar encauzar por esta vía aquellos supuestos fácticos que requieren de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo a procedimientos ordinarios.

---

[9] RIVAS, Adolfo A. op. cit. comentario al fallo "Capizzano de Galdi, Concepción c. Instituto de Obras Sociales" Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en pleno, 06/03/1999.

Desde esta misma perspectiva, cabe hacer mención de quienes consideran *que el plazo de caducidad depende del prudente arbitrio judicial*. Adhiere a esta premisa el Dr. Osvaldo Gozaini[10], mientras que con ciertas diferencias el Dr. Claudio Gómez opina que el magistrado debe juzgar la procedencia del amparo en virtud de las circunstancias del caso, examinando si subsiste o no el acto lesivo al momento de intentarse la acción.[11]

Otras voces sostienen que el plazo en cuestión goza de ultraactividad hasta tanto se dicte una nueva normativa, toda vez que si bien el art. 43 CN no es un obstáculo para fijar legislativamente un término de caducidad, éste debe ser racionalmente determinado, de modo de no constituirse en un límite asfixiante para quien busca protección.[12]

El Dr. Adolfo Rivas entiende que el plazo no debe ser menor a treinta días, con la facultad judicial de ampliarlo razonablemente según las circunstancias del caso[13].

Desde otra óptica, la Dra. Marcela Basterra sostiene que si bien el límite temporal de quince días hábiles otorgado por el texto legal es absolutamente desproporcionado en atención a la entidad de los derechos que pretende tutelar, el mismo debe quedar sujeto a un plazo determinado, ya que de lo contrario también se alteraría su naturaleza. Ello así, propone un plazo de caducidad de 90 o 120 días hábiles para deducir la acción de amparo.[14]

C.-*Abolición de los plazos de caducidad* del Amparo

Finalmente, se encuentran aquellos que consideran que la fijación de cualquier plazo de caducidad resulta contraria al texto constitucional reformado.

---

[10] GOZAINI, Osvaldo, *Amparo*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

[11] GOMEZ, Claudio D."El plazo de caducidad en el amparo ¿Un verdadero enigma para los jueces?. LLC, 2007-791.

[12] RIVAS, Adolfo A. op. cit.

[13] RIVAS, Adolfo A., op. cit.

[14] BASTERRA, Marcela, "La acción de amparo en sus distintas etapas. ¿Debe establecerse un plazo de caducidad?, JA, 25/08/2010.

Esta postura sostiene que el art. 43 CN se basta a sí mismo en tanto prevé las condiciones que se deben reunir para acceder a la vía de amparo, por cuanto al resultar operativo no puede tolerar el agregado de otros requisitos que modifiquen sus recaudos de admisibilidad.

En la misma tendencia, existen autores que expresan que la materia constitucional procesal – dentro de lo cual se incluye al amparo del art. 43- no admite ni requiere para su aplicabilidad de la reglamentación de los poderes constituidos, que de alguna forma o manera pretendan conducir o condicionar la vigencia real y completa de esos cursos de acción constitucionales procesales[15]

Con base en estos argumentos, se ha concluido que no puede el legislador restringir en forma alguna el régimen de tutela que el constituyente ha regulado con toda precisión[16]. Se ha sostenido también que el plazo de caducidad no armonizaría con una figura despojada de solemnidades como la contemplada en nuestra legislación tiene el art. 43 de la CN y sus similares en los tratados internacionales.[17]

Por su parte, algunas Constituciones Provinciales disponen expresamente el carácter operativo del amparo al no sujetarlo a ninguna reglamentación, tal es el caso de Catamarca (art. 40), Salta (art. 87) y la Pampa (art. 17).

En esta línea de pensamiento, cabe traer a colación el fallo dictado por el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires en fecha 27 de Diciembre de 2007 *in re*: *"Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" Expte. n° 5296",* en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 4° de la Ley N° 2145 en cuanto imponía un plazo de caducidad de 45 días para deducir el amparo.

El Tribunal por mayoría, con los votos de los Dres. Luis Francisco Lozano, Alicia E.C. Ruiz y José Osvaldo Casás y con

---

[15] SPOTA, Alberto A. "Análisis de la acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional", citado por Rosales Cuello y Meoqui, op. cit.

[16] QUIROGA LAVIE, Humberto "La violación por tracto sucesivo de los derechos constitucionales y la operatividad del artículo 43 de la CN", La Ley 1996-C, 507.

[17] MIDON, Mario A. "¿Está llegando a su fin el plazo de caducidad del amparo", La Ley, 2008-B, 215.

disidencia de los Dres. Julio Maier y Ana María Conde, consideró que este artículo se opone al art. 14 de la Constitución local que dispone que el procedimiento del amparo "está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad".

Entre otros fundamentos, la opinión mayoritaria expuso que la simple comparación del texto impugnado con el de la CCABA, conduce a concluir que, al menos *prima facie*, el establecimiento de un plazo perentorio luego del cual la acción de amparo no podrá ser interpuesta hábilmente viola el mandato constitucional expuesto.

En ese análisis, decidió que

> *"... el plazo de 45 días previsto en el artículo 4° de la ley 2.145 constituye una formalidad procesal que afecta la operatividad del amparo y, de hecho, puede llegar a aniquilarla, en ausencia de un legítimo propósito legislativo a cuya consecución tienda, por lo cual, en principio colide con el artículo 14 mencionado..."* (voto del Dr. Lozano).

Asimismo, se ponderó que

> *"el plazo establecido no guarda congruencia con la finalidad de la acción de amparo que no es otra que proveer de una garantía rápida y sencilla para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales, siempre que ellos se encuentren amenazados o violentados por cualquier tipo de acción u omisión ilegal y manifiesta, con lo cual, puesto el acento en la adjetivación última del disvalor, es probable que la falta de aptitud de la vía, de todos modos, se produzca por estarse en presencia de la invocación de gravámenes no ostensibles que demanden un ámbito cognoscitivo más profundo y un debate más extenso que el contemplado para este curso procesal y no por los breves o más generosos plazos que para el acceso a la jurisdicción se establezcan..."* (voto del Dr. Casás)

Vale acotar que la causa llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un recurso de hecho deducido por el Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires, resolviendo el Alto Tribunal de

la Nación, en fecha 17 de marzo de 2009, desestimar la queja articulada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ratificando así, la validez de este interesante precedente.

En la actualidad, ha tenido recepción la doctrina de la "ilegalidad o arbitrariedad continuada", que postula el no establecimiento de plazo alguno de caducidad en supuestos en que exista un incumplimiento continuado que genere que los efectos de la conducta lesiva se mantengan en el tiempo y se trasladen hacia el futuro.

Por ende, mientras el daño subsista, el amparo pueda ejercerse en cualquier tiempo pues para ello, el remedio está previsto como expedito y rápido, precisamente para enfrentar lesiones actuales o inminentes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado este criterio en la causa "*Mosqueda, Sergio C. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados"* (M1503, XLI, 7/11/2006).

En el precedente citado, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la resolución del juez de primera instancia que había rechazado la acción de amparo promovida por Mosqueda contra el I.N.S.S.J.P. reclamando la inmediata cobertura médica del 100% y el cumplimiento de la Resolución N° 134/04 de la Superintendencia de Seguros de Salud. En el caso, el actor demandaba diversas prácticas kinesiológicas necesarias para tratar la discapacidad que padecía a raíz de una hemiplejía derecha con secuela de A.C,.V. que le impedía la libre deambulación, debiendo movilizarse en silla de ruedas.

El Tribunal de grado desestimó la acción, con sustento en que dicho amparo fue tardío toda vez que entre la respuesta de la demandada, sin dar cumplimiento a la intimación practicada, y la articulación del amparo, había transcurrido con exceso el término previsto por el art. 2 inc. e) de la ley 16.986.

En tal sentido, expuso que el plazo de quince días hábiles previsto por el art. 2 inc. "e" de la Ley N° 16.986 debía computarse a partir de la fecha en que el afectado tomó conocimiento cierto del hecho, acto u omisión presuntamente violatoria de sus derechos, tal

como había sido establecido en el Plenario de esa Cámara en los autos: "Capizzao de Galdi, Concepción c/ IOS s/ Amparo".

El amparista se agravió del rechazo, sosteniendo que el art. 2 inc. "e" de la Ley N° 16.986 no representaba un escollo insalvable cuando con la acción incoada se pretendía la salvaguarda de un derecho conculcado que mantenía actualidad, desde que el perjuicio se había originado tiempo antes de recurrir a la justicia, pero subsistía al momento de accionar.

El Máximo Tribunal Nacional, con voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco (según su voto), Juan Carlos Maqueda (según su voto) y Eugenio Raúl Zaffaroni (según su voto), hizo lugar a la queja interpuesta y al recurso extraordinario deducido y dejó sin efecto la sentencia impugnada.

En esa tarea se remitió a los argumentos vertidos en el Dictamen elaborado por la Procuradora General de la Nación, quien sostuvo que debía admitirse el amparo *"en la medida que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente".*

Con relación a los efectos del acto lesivo, la Corte agregó "*No es un hecho único, ya pasado…, ni un hecho consentido tácitamente, si de aquéllos en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias (…). Pensamos que en la especie, la lesión es, a la vez, inescindiblemente actual y pasada…"* (Del dictamen del MPF).

Los Dres. Higton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, quienes votaron separadamente hicieron alusión a la importancia de proteger el derecho a la vida, el cual, tras la reforma constitucional de 1995 se encuentra explícitamente garantizado en los diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos incorporados al art. 75 inc. 22 de la C.N.

En cometario al fallo citado, el Dr. Sagüés apunta a que con esta interpretación, el vigor limitativo del art. 2° inc. e) de la Ley 16.986 queda fuertemente licuado.

Ello así pues, conforme al nuevo criterio de la CSJN la cláusula legal de caducidad sería aplicable exclusivamente para los supuestos

de actos lesivos que no tienen ilegalidad continuada. Pero en tal caso, de haberse concluido y consumado dicha ilegalidad, sin tener prolongación hacia el presente, el amparo concluiría como una "cuestión abstracta" o *moot case* y debería desestimarse.

En esa inteligencia, el autor refiere que dicho proceso solamente tiene sentido en la medida en que la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, históricamente acaecida, persista al momento de resolverse judicialmente el caso, es decir que mantenga actualidad.[18]

5. La Ley N° 703 de la Provincia de la Pampa

La Ley Provincial de Amparo N° 703 dispone que

> "Procederá el amparo judicial en todos los casos que se reclame contra actos, omisiones o amenazas de Autoridad Pública que, arbitraria o ilegalmente, restrinjan, lesionen o alteren, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos que, explícita o implícitamente, reconocen a los habitantes las Constituciones Nacional y Provincial. Podrá demandarse, por medio del amparo judicial, la aplicación efectiva de una ley, decreto, o disposición administrativa de carácter general".

El marco de aplicación de la citada ley se restringe a los actos, omisiones o amenazas emanadas del poder público en sus tres esferas, a fin de hacer cesar los efectos del acto arbitrario o ilegal.

La norma local no alcanza a los actos de particulares, a cuyo respecto corresponde aplicar las previsiones de la Ley N° 16.986, lo cual, debe advertirse, evidencia una marcada desigualdad para el litigante que se ve sometido a dos regímenes jurídicos distintos según sea el autor del acto lesivo.

Tal como se expuso al inicio, a diferencia de ésta, la Ley N° 703 no contempla un plazo de caducidad para accionar por amparo. Sin

[18] SAGÜES, Néstor, "El derecho a la vida y el plazo para interponer la acción de amparo", La Ley 2007-B, 128.

embargo, prevé la posibilidad de solicitar "medidas de urgencia", ante cualquier juez, en forma previa a la promoción de la demanda, cuando el perjuicio fuere inminente o sus consecuencias irreparables (art. 5°).

En estos supuestos, el afectado contará con un plazo de 2 (dos) días hábiles siguientes al pedido de las medidas para presentar la demanda de amparo ante el juez competente.

Caso contrario *"si la demanda no fuere presentada dentro del término establecido, el que hubiere pedido las medidas sufrirá una multa de cien a un mil pesos, de cuyo pago serán solidariamente responsables el o los letrados patrocinantes y los que hubieren prestado fianza"* (art. 6°)

Como puede apreciarse, la consecuencia prevista por la normativa para los supuestos de ausencia de deducción temporánea de la acción, resulta de índole meramente económica, más la dilación en su presentación no obsta procesalmente a la tramitación de la demanda si se reúnen en la especie los requisitos de admisibilidad del amparo.

Es decir, conforme el dispositivo legal, si el justiciable no observa el plazo previsto para la deducción de la acción sólo le cabe una sanción de multa, *y no la caducidad de la misma.* De allí que podría inferirse que mientras el perjuicio alegado por el amparista resulte subsistente, no existiría limitación temporal alguna para la promoción de la demanda.

Sobre este tópico, cabe traer a colación un fallo dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad, en autos: "Castell Marcela Beatriz C/ Consejo de Profesionales en Educación Fisica S/ Acción de Amparo (Expte. N° 14518/07 r.C.A)" provenientes del Juzgado de Primera Instancia N° 5 de la Ira. Circunscripción Judicial.

En el mismo, la Cámara local tuvo oportunidad de resolver un recurso de apelación presentado contra la sentencia de grado, que había decidido el rechazo de la acción de amparo por no encontrarse reunidos en la pretensión los presupuestos de *actualidad e inminencia* exigibles para la acción intentada, confirmando, en definitiva, el resolutorio de primera instancia.

La demanda había sido promovida por la Profesora Marcela Beatriz Castell contra el COPEF a fin de que la institución diera de baja su matrícula profesional, por considerar que en su condición de docente y trabajadora de la educación en el ámbito provincial (y no

privado), no resultaba necesaria su matriculación en el Consejo en virtud de lo establecido en el Decreto provincial Nº 1177 (22/06/2004).

La jueza de grado desestimó la demanda, fundándose que no encontraban reunidos en el caso los presupuestos de actualidad e inminencia para la acción deducida y que había existido, además, un sometimiento voluntario por parte de la Sra. Castell a las normas legales cuestionadas, toda vez que se hallaba matriculada desde el año 1988.

Uno de los agravios deducidos por la amparista se sustentó en que "no existe una disposición en la Ley N° 703 ni en el artículo 43 de la Constitución Nacional que fije un plazo para promover la acción judicial de amparo, considerando que la promoción de la demanda y su sostenimiento es prueba cabal de interés de que su derecho sea reconocido…"

En respuesta al mismo, la Alzada expuso que la crítica en torno a la actualidad del planteo resultaba ineficaz a los fines perseguidos, toda vez que el parámetro a considerar para la verificación de los requisitos de procedencia de la acción de amparo *debe medirse al momento de dictar sentencia*, de forma tal que, si el daño se ha producido y el amparo no puede evitarlo, deviene claro que no es esta la vía más idónea para reclamar la restauración constitucional.

Se desprende indirectamente del análisis recursivo, que el órgano revisor da por sentado que la pretensión esgrimida en el amparo no posee un plazo de caducidad y que la actualidad del perjuicio autoriza el examen judicial, no obstante lo cual, en el caso particular sometido a revisión se decidió su rechazo por existir una vía más idónea para la tutela de los derechos conculcados.

Por último, vale resaltar que si bien la Ley Provincial de Amparo N° 703 fue sancionada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, evidencia una correspondencia con la técnica legislativa utilizada para el art. 43 de la Constitución Nacional en cuanto a la falta de disposición de plazos de caducidad para la promoción de la acción.

Asimismo, de su aplicación judicial puede derivarse una cierta afinidad con la línea doctrinal antes esbozada, que sostiene que "mientras el daño subsista, el amparo pueda ejercerse en cualquier tiempo".

No obstante ello, considero que la impronta sentada por la Constitución reformada en materia de protección de derechos personalísimos y personales requiere de una urgente reglamentación a nivel provincial, que sustituya el antiguo esquema de la Ley N° 703 y se adecue al nuevo esquema proteccionista inspirado en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6.- Opinión personal

Habiendo analizado, a la luz de la legislación vigente, las principales posturas existentes sobre el tema, considero que, conforme surge de texto del art. 43 CN la reforma constitucional no ha fijado un plazo para interponer la demanda de amparo, aunque tampoco lo ha dejado librado al arbitrio del magistrado.

No obstante ello, entiendo que no puede concluirse que el art. 43 de la Carta Magna y la incorporación de los pactos internacionales por el art. 75 inc. 22 CN han provocado la derogación tácita de la Ley N° 16.986, puesto que no cabe asignarle a la norma un alcance que no tiene, ni tampoco puede derivarse tal interpretación de la intención del Constituyente.

Si bien es cierto que el juez debe juzgar la procedencia del amparo en virtud de las circunstancias del caso y examinar la subsistencia o no del acto lesivo al momento de intentarse la acción de amparo (requisito de actualidad), ello no empece a que exista una "razonable reglamentación" que coadyuve a mantener el orden institucional y privilegie las situaciones en las que verdaderamente existe una situación de urgencia impostergable que amerite acudir a una vía rápida y expedita como el amparo.

En esta inteligencia, ningún cuestionamiento constitucional podría achacársele a una ley reglamentaria del amparo que consagre un límite de tiempo prudencial para que el perjudicado interponga la acción de amparo, el que, por supuesto, debería ser más amplio que el fijado en la Ley 16.986 atento la importancia de los derechos vulnerados.

No escapa a mi conocimiento que resulta harto difícil establecer un plazo adecuado, dado que la decisión que impulsa al

justiciable a procurarse asesoramiento legal, a interiorizarse sobre las vías procesales a su alcance, los costos y consecuencias que podría traer aparejado el litigio y a preparar finalmente la acción judicial, conlleva un proceso de maduración interno, que debe ser considerado a la hora de determinar legalmente el plazo de caducidad.

Opino, finalmente, que un *plazo de 120 días hábiles* podría resultar un término más que razonable, sin perjuicio de que en los supuestos en que el daño se renueve periódicamente, el afectado pueda tener la posibilidad de interponer su demanda computando para ello la fecha de la última lesión o perjuicio sufrido.

Por último, no debe perderse de vista que el derecho a la tutela diferenciada previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional exige la reforma total de la Ley N° 16.986 a los fines de flexibilizar los requisitos de admisibilidad del amparo y lograr que el instituto se adecue a los presupuestos proteccionistas derivados de la normativa internacional de derechos humanos.

No obstante, y como contrapartida de lo expuesto, para que la institución cumpla acabadamente la misión que se le asignado históricamente: - "la tutela urgente" - se requiere por parte de los operadores judiciales un uso razonable de esta vía procesal a fin de proporcionar al amparo el respeto que se merece, recurriéndose al mismo sólo cuando las circunstancias del caso lo ameriten y evitar así, el riesgo de desvirtuar esta valiosa herramienta procesal mediante una utilización inadecuada del mismo.

LAS ANTINOMIAS EN EL ORDEN JURÍDICO

Natalia Leonor Monge [1]

1. Introducción

En la actualidad podemos advertir un vasto arsenal de instrumentos normativos de carácter provincial, nacional e internacional; esto obedece a que la actividad realizada por todos y cada uno de nosotros se encuentra regulada de acuerdo a derecho. Tal como lo señala Hart, hecho, valor y norma convergen en el aporte de soluciones para determinar ontológicamente al Derecho.

Resultaría imposible conocer por parte de los operadores jurídicos todas las disposiciones normativas previstas, aunque, uno de los caminos para intentar hallar una respuesta consiste en examinar la forma en que el derecho se muestra y se manifiesta en la sociedad como producto de ella misma. Es por eso que las tan cuestionadas normas, más allá de sus fundamentos positivos o extrapositivos, tienen una función esencial cuando se las analiza como insertadas en la realidad social: regular coactivamente el comportamiento humano, es decir, regular conductas. Es a través de la conducta donde observamos una clara manifestación empírica del fenómeno jurídico; una conducta que además de tener una presencia física, posee una significación lógica y axiológica atribuida por las normas.

Sin embargo, es posible advertir algunos inconvenientes generados al momento de interpretar y, posteriormente, aplicar el derecho. Durante el presente trabajo me dedicaré a analizar las denominadas antinomias o contradicciones materializadas en nuestro

---

[1] Abogada. Becaria del CIN (Consejo Interuniversitario Nacional) y ayudante de 2ª en la Catedra de "Introducción al Derecho" de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa

sistema jurídico enfatizando la problemática que ello acarrea para los operadores del derecho en su tarea diaria: la interpretación.

2. De las normas en general

El ser humano despliega toda su actividad dentro de un contexto societario. Naturalmente es un "Zoon Politikón" o animal político, que se diferencia de los demás por poseer un sentido de pertenencia a una polis donde desarrolla toda su existencia. Este hombre se enfrenta a la naturaleza que lo rodea y tiende a satisfacer sus necesidades en relación con sus semejantes.

Cabe preguntarse ¿Cómo se organiza el mundo? ¿Cómo se compone? Este mundo cultural se integra por diversos sistemas de conductas: el derecho, la moral, la política, la economía, la ética. Eso quiere decir que el sistema se compone de diversos órdenes de conducta cuyo elemento común son las normas que expresan qué es lo prohibido, qué es lo permitido y qué es lo obligatorio. No hay órdenes de conducta si no hay normas, cualesquiera sea su especie: morales, económicas, de uso, cortesía o jurídicas.

El filósofo finlandés Georg Henrik Von Wright[2] expresa que la palabra inglesa "norma" se usa en muchos sentidos y, a menudo, con un significado poco claro. Existen varios sinónimos parciales de la palabra "norma" en el inglés, como lo son "Patrón ("Pattern"), "modelo ("Standard"); tipo ("type"), también figuran "reglamento" ("regulation"); regla ("rule") y "ley" ("law"). A las instrucciones sobre el uso y las órdenes no es frecuente que se las llame "normas", pero es indudable que no vacilamos en llamarlas "normativas".

Como el campo de significación de "norma" es heterogéneo y además tiene fronteras vagas, resultaría fútil intentar crear una Teoría General de las Normas que abarque todo. En cierto modo, ésta debe tener un alcance restringido, ya que sus varios significados no dejan de tener una relación lógica. Sin embargo, una teoría restringida de las normas corre el peligro de ser defectuosa si no examina debidamente

[2]VON WRIGHT, George Henrik. *Norma y Acción, una investigación lógica.* Ed. Madrid, 1970.

las afinidades conceptuales y los parentescos lógicos en el campo total de significación.

Podemos afirmar que el mundo de la cultura es un sistema integrado por distintos órdenes normativos, distintos órdenes de conducta en las cuales las normas son un elemento esencial en la composición de esos órdenes. Pero no toda norma jurídica está escrita, existen algunas que no lo están y cuando están escritas ¿qué sucede? Algunas de ellas son obligatorias como lo dice el artículo 1 del Código Civil Argentino: "Las leyes son obligatorias para todos los que habiten el territorio argentino, sean nacionales o extranjeros".

3. Las Normas Jurídicas

Toda sociedad vive conforme a ciertas pautas normativas que regulan la conducta de los miembros de la misma. Este marco normativo forma parte de lo que se denomina ordenamiento jurídico de un Estado o derecho.

Siguiendo a Hans Kelsen "el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener[3]" siendo la ordenación coactiva de la conducta de los hombres.

El derecho es una expresión que se relaciona con el ordenamiento de la conducta humana al igual que la moral y la religión. La diferencia entre estos órdenes radica en que, en el caso de establecerse que una conducta está prohibida, el derecho encarga a otro hombre que representa al Estado, designado por el orden jurídico, la coacción establecida. La moral, desde el fuero interno, nos va a decir que la realización o no de un acto será consecuencia del temor a la desaprobación moral de sus semejantes, mientras que en la religión nos encontramos con la amenaza del castigo de parte de una autoridad supraempírica.

El abordaje de la problemática de las normas jurídicas ha sido muchas veces confundido con el derecho. Cabe aclarar que la palabra derecho abarca tanto el derecho natural como el derecho positivo, por

[3] KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Ed. Eudeba, cuarta edición. Año 2006.

eso, resulta conveniente para su estudio abocarnos a la significación de la palabra norma jurídica desde lo que se considera derecho positivo.

Aftalión [4] pone de manifiesto que las normas jurídicas, son "imperativos" dirigidos a los receptores de la normatividad. Para Legaz y Lacambra[5] en las normas jurídicas se contiene un imperativo y por eso son "preceptos"; pero el imperativo no se confunde con el puro mandato y, además, en la base de las normas hay también un "juicio", "un dictamen de la razón". En el dictamen hay puro conocimiento de lo que se debe hacer, y la enunciación de ese deber ser, y en el "precepto" hay un instar la realización de lo que, con arreglo al dictamen, hay que hacer.

Para Hans Kelsen la norma se presenta como un esquema de explicitación conceptual pues, para que un suceso se constituya en un acto que sea conforme o contrario a derecho, se relaciona con el sentido que objetivamente le otorga significación jurídica[6].

Juan Carlos Smith consideraba que la norma es una significación lógica que ha sido creada según ciertos procedimientos establecidos por una comunidad jurídica, formalmente expresadas por órganos e instancias productoras, que regulan la conducta de los individuos en un tiempo y espacio, cuando enfrentan ciertas situaciones que lo condicionan (deberes y facultades) estableciendo sanciones coactivas para el caso de incumplimiento.[7]

4. Composición y clasificación de las normas jurídicas

John Austin (1790-1859), representante de la escuela analítica de jurisprudencia, consideraba a las normas jurídicas como mandatos u órdenes que emanan del soberano y se dirigen a los súbditos que tienen el deber de cumplir bajo amenaza de sanción, ante el incumplimiento de la voluntad del soberano. El derecho positivo, expresado por las normas

---

[4] AFTALIÓN, Enrique y VILANOVA, José. *Introducción al derecho.* Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1992.

[5] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho.* Barcelona, España Ed. Bosch.1979.

[6] KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Ed. Eudeba, cuarta edición. Año 2006.

[7] SMITH, Juan Carlos. Voz "Norma Jurídica" en Enciclopedia Jurídica OMEBA.

jurídicas (mandatos) son imperativos y emanan únicamente del Estado como expresión de la soberanía que ejerce una o más personas sobre el resto de la comunidad.[8]

A su vez, este autor hace una clasificación sosteniendo que existen dos tipos de mandatos: los mandatos primarios, aquellos que el soberano (legislador) impartía a todos los súbditos - los mandatos secundarios- aquellos que el soberano imponía a determinada categoría de súbditos, obligándolos a que ellos actuaran frente al incumplimiento de los mandatos primarios, es decir, las órdenes dirigidas a los jueces o funcionarios de la comunidad, para que aplicasen las sanciones en caso de incumplimiento del mandato primario.

Ejemplo de mandato primario sería no matar, no violar, no robar y el secundario estaría dado en el caso del incumplimiento del mandato primario y se vincula con la condena al autor del hecho.

Para Kelsen las normas jurídicas no son órdenes o mandatos, como señalaba Austin, por ser expresiones vertidas desde la volición del soberano y, tomando como punto de partida que el objeto de la ciencia del derecho son las normas jurídicas, analiza su estructura lógica y sostiene que es hipotética ya que su formulación es "*Dado un Hecho Ilícito debe ser la Sanción".* Para este autor lo relevante del derecho es la faz ilícita del obrar humano, pues sin sanción no hay derecho y sólo estaríamos frente a una expresión de buenos deseos. A esa norma sancionadora o consecuente la llama primaria, pero considera que no está dividida ontológicamente en dos partes sino que la verdadera norma es la que se vincula con la faz ilícita del comportamiento, por ser la que actúa cuando se quebranta el ordenamiento jurídico; es la norma primaria el objeto del saber jurídico y es la expresada por medio del principio de imputación que relaciona un antecedente con un consecuente, estos es: *"Dado A debe ser B".*[9]

La parte de la norma que evita la sanción establece cuál es la conducta que debemos seguir si queremos estar dentro de la faz lícita del obrar; Kelsen la llama norma secundaria pues cumple un papel de auxiliar de justicia y puede esquematizarse de la siguiente manera:

---

[8] AUSTIN, John L. *Palabras y acciones.* 1971

[9] KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado.* México. 1999. p 37 y 38.

"Debe ser no A", por ejemplo, no se debe robar, no se debe violar, no se debe hurtar, porque si alguien roba, viola o hurta deberá ser castigado.

Carlos Cossio (1903-1987), jurista argentino, se diferencia de Kelsen. Toma como punto de partida que el verdadero objeto de la ciencia jurídica son las conductas humanas en interferencia intersubjetiva, es decir, en relación con los demás y eso le sirve para sostener que las normas jurídicas cumplen una función gnoseológica, debido a que son el instrumento de conocimiento que se vale en intérprete para solucionar un conflicto o colisión de conductas. Considera que la norma secundaria no es una mera hipótesis auxiliar de la justicia, dado que para él tiene un sentido ontológico y forma parte de la norma jurídica. De esta manera, manifiesta que la parte de la norma que describe la conducta lícita se llama *endonorma*, por ser el núcleo que contiene el axioma ontológico de la libertad: "todo lo que no está jurídicamente prohibido está permitido", reconocido por nuestra Carta Magna en la última parte del Artículo 19; y la parte de la norma que describe la conducta ilícita, es la *perinorma*, que contiene la sanción y se identifica con la faz ilícita del obrar humano.[10]

Herbert Hart (1907-1992) [11] critica la posición austiniana y kelseniana al sostener que, la posición de ambos autores es errónea pues no contemplan las normas que confieren potestades. Este autor habla de que el derecho es una cuestión de reglas, reconociendo la existencia de reglas *primarias* y *secundarias*, siendo ambas importantes para el derecho y no excluyentes.

Dice Hart que las reglas primarias son las que prescriben los modos de actuar de los individuos, sean súbditos o funcionarios, pues a los primeros les impone las conductas que se creen que son deseables de ser realizadas y a los funcionarios les indica que deben aplicar sanciones. Las reglas secundarias son aquellas que se ocupan de las primarias y, a su vez, las clasifica en: *reglas de reconocimiento*, son las que permiten reconocer que una norma integra un sistema. Todo sistema jurídico consiste en una regla de reconocimiento según el cual toda norma que de él derive exigen a los jueces actuar conforme a ellas

[10] COSSIO, Carlos. *Teoría Egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad.* Buenos Aires. Ed. Abeledo- Perrot. 1964

[11] HART, Herbert. *El Concepto de derecho.* Buenos Aires. Ed. Abeledo-Perrot. 1968

y aplicarlas siempre, por su carácter de obligatoriedad. Las *reglas de cambio* que serían aquellas que se identifican con las potestades de los funcionarios y particulares para crear, modificar o derogar normas y, por último, encontramos a las *reglas de adjudicación*, que son las normas que adjudican competencia a los órganos para determinar si se ha infringido o no una regla primaria, teniendo en consideración las circunstancias especiales del caso.

5. El orden jurídico como régimen de normas

Podemos conceptualizar un sistema normativo sosteniendo que es un conjunto de enunciados tales que, entre sus consecuencias, hay enunciados que correlacionan casos con soluciones[12].

Los sistemas normativos son aquellos de los cuales se pueden extraer consecuencias normativas utilizando la deducción. Existen sistemas que son puramente normativos y otros que no lo son. Un sistema normativo existe cuando sus enunciados hacen referencia a normas coactivas exclusivamente. Los que no son puramente normativos posibilitan la existencia de enunciados fácticos con los enunciados normativos, teniendo presente que todo el ordenamiento jurídico no se compone solamente de normas que permitan, prohíban u obliguen sino que, existen algunas que cumplen otra función sin obstaculizar la existencia de un sistema normativo.

El sistema jurídico es una subclase de los sistemas normativos. Podemos decir que un orden jurídico se caracteriza como un orden coactivo a pesar de que no todas sus normas establezcan sanciones. El orden jurídico es un sistema de enunciados que prescriben sanciones en algunas de las normas que lo constituyen. Las normas jurídicas que lo componen no se dan en forma aislada, en forma independiente, pues hablamos de un conjunto de normas y no de una sola.

El ordenamiento jurídico como sistema, debe poseer determinadas características que lo individualicen. A continuación se enunciarán, haciendo especial hincapié en una de ellas: (a) *Unidad*; (b)

[12] ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Sociales.* Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974.

Jerarquía; (c) *Coherencia*; (d) *Completitud*; y (e) *Independencia del sistema.*

Se analizará en este artículo específicamente la *coherencia*, característica enunciada en el apartado c), por ser ella, la que posee relación con el tema elegido en esta publicación.

La coherencia, como característica propia del ordenamiento jurídico, se vincula con el vicio lógico de la contradicción. Dentro del ordenamiento jurídico no debe haber normas contradictorias. Es conveniente aclarar que, si bien es cierto que no deberían existir, de hecho existen las contradicciones en la realidad jurídica, debido a que es materialmente imposible conocer el derecho por más que exista una ficción jurídica que establece que "el derecho se presupone conocido por todos". Por consiguiente, jurídicamente no podemos argumentar el desconocimiento del derecho pero, en la realidad, es imposible conocer el contenido de todas las normas existentes en el ordenamiento jurídico.

Es en esta característica del ordenamiento jurídico donde entran en juego las contradicciones normativas que pueden ser de dos tipos: entre dos o más normas de igual nivel jerárquico o entre normas de distinta jerarquía.

La inconsistencia puede ser de tres tipos cuando se trata de normas de igual grado:

> Total – total: Cuando la totalidad de una norma colisiona con la totalidad de la otra y ninguna de las dos puede ser aplicada sin entrar en contradicción. Los efectos jurídicos son incompatibles.
>
> Total – parcial: Tiene lugar cuando una de las dos normas no puede ser aplicada sin entrar en contradicción con otra cuyo campo de aplicación es más amplio que el de la primera. Es el caso de las normas generales y normas especiales.
>
> Parcial – parcial: Se produce cuando el campo de aplicación de ambas normas se superponen parcialmente manteniendo un campo adicional de aplicación en el que no entran en conflicto.

En cambio, cuando hablamos de contradicciones normativas entre normas de distinta jerarquía, el caso típico está vinculado con la

inconstitucionalidad de una ley, ya que existe una colisión normativa entre dos normas de diferente nivel: la Constitución Nacional y la ley.

Numerosos son los ejemplos, en distintas materias, que podemos enunciar siguiendo los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A continuación se describen algunos, agrupándolos de acuerdo a la temática tratada:

Derechos Políticos y Partidos Políticos. En el caso "Ormache"[13] de 1985la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que el artículo 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitivo de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del poder judicial local, y sus normas reglamentarias era inconstitucional por cuanto *"no se compadecen con los principios, declaraciones y garantías de la Ley Fundamental… ya que la consagrada incompatibilidad, en cuanto importa establecer un impedimento absoluto para ejercer actividad política, infringe los arts.14,16 y 33 de la Constitución Nacional..."*

La tenencia de Drogas para uso Personal y la Autonomía Individual. En "**Bazterrica**" [14] de 1986, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de drogas para uso personal, que por entonces estaba tipificada en el Art. 6 de la ley 20771.

Los argumentos del voto de la mayoría fueron los siguientes:

a) Una clara distinción entre la ética individual, privada y la ética colectiva, pública: *"la tenencia de drogas para uso personal… no se debe presumir que en todos los casos tenga consecuencias negativas para la ética colectiva pues cabe distinguir la ética privada de las personas, cuya transgresión está reservada por la Constitución al juicio de Dios, y la ética colectiva en la que aparecen custodiados bienes o intereses de terceros…"*

[13] CSJN, "Ormache", Fallos 308:394 (1985).

[14] CSJN, "Bazterrica Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes", Fallos 308:1392 (1986).

b) Una interpretación amplia del derecho a la intimidad y la autonomía personal: *"Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismos, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones que pueda imponer la ley".* Agregó que el Art. 19 Constitución Nacional impone que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, *"entendida ésta como aquellas acciones que no ofendan al orden o a la moralidad pública, esto es, que no perjudiquen a terceros…"*

A ellos agrega el Doctor Petracchi, que deberán entenderse como acciones privadas *"aquellas que no interfieran con las acciones legítimas de terceras personas, que no dañen a otros o que no lesionen sentimientos o valoraciones compartidos por un conjunto de personas…".* Estas son las nociones más amplias que la Corte ha otorgado respecto al derecho a la intimidad en su historia.

Lo que no puede ponerse en duda es que el fallo, nos guste o no, amplía notoriamente los derechos individuales y protege el derecho a la intimidad de las personas frente al Estado. Cinco años después, en el fallo "Montalvo", este criterio sería abandonado. Pasaron diecinueve años desde que la Corte Suprema reformó por última vez su postura sobre el tema, en el recordado precedente "Montalvo", para que en el año 2009 arrojara una nueva sentencia de parte del Máximo Tribunal Nacional en la causa "Arriola"[15], donde se resolvió por unanimidad la inconstitucionalidad del artículo 14 segundo párrafo de la ley 23.737, remitiéndose a los argumentos del juez Petracchi en el fallo "Bazterrica", aclarando en varios extractos de la resolución que lo dicho allí resultaba garante de los principios de dignidad y *pro homine*.

La Pesificación y el Corralón. En marzo de 2003, en la causa "Provincia de San Luis"[16], la Corte declaró que la "pesificación" de depósitos era inconstitucional, pero agregó un argumento de suma significación: el voto de la mayoría sostuvo que, habiendo un marco de delegación legislativa dictado por el Congreso en los términos del Art.76 CN, el dictado de un decreto de necesidad y urgencia deviene inconstitucional. Es decir, según la Corte, la "pesificación" no solo era

[15] CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080" Fallos 332:1963 (2009).

[16] CSJN, "Provincia de San Luis c/ Estado Nacional", Fallos 326:417 (2003).

intrínsecamente inconstitucional por violar el derecho de propiedad, sino que, además era extrínsecamente nula por el tipo de norma a través de la cual se implementó.

Podríamos seguir detallando más ejemplos de este tipo de inconsistencias, pero no es el objetivo de la publicación; sí poner de manifiesto que la declaración de inconstitucionalidad se da en el caso concreto, es declarada por los jueces en los asuntos que están sujetos a su jurisdicción y no tienen validez general, solo tienen efectos inter-partes. Y se soluciona a través del principio lógico *norma de grado superior deroga a la de grado inferior*.

6. Algunas contradicciones normativas en el orden jurídico argentino.

De acuerdo al marco teórico esbozado precedentemente, se expondrán algunos ejemplos que constituyen algún tipo de cuestionamiento normativo como se lo indicó en el comienzo.

El Código Civil Argentino, obra legal que reúne y regula las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en nuestro país, dentro del Libro I "De las Personas", sección II "De los derechos personales en la relaciones de familia", título II "De la Filiación", capítulo IX "Acciones de impugnación de Estado", relata en tres de sus artículos lo siguiente:

> *Artículo 259*: La acción de impugnación del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.
>
> *Artículo 262*: La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo.
>
> *Artículo 1080:* El marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por las injurias hechas a la mujer y a los hijos.

Los artículos enunciados anteriormente, participan con el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer. El primero de ellos conocido como Convención Americana de Derechos Humanos suscripta en 1969 y ratificada por Argentina el 14 de agosto de 1984 por ley 23054, en su Artículo 1 "obligación de Respetar los Derechos", dice que los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Luego agrega que persona es todo ser humano. Más adelante, en el artículo 17 "Protección a la Familia", dice que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y ratificado por Argentina el 8 de Agosto de 1986 por ley 23.313, manifiesta en el Artículo 1 que cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos por el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

También agrega que los Estados Partes en el presente Pacto, se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles enunciados (Artículo 3).

La Convención sobre todas formas de Discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y ratificada por nuestro país por ley 23.179 del 8 de mayo de 1985; establece en su Artículo 1 que la expresión "Discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el

reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

El Artículo 3 de la misma Convención, recalca que los Estados Partes tomarán en todas las esferas y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

De esta manera, podemos advertir que el tratamiento y reconocimiento de derechos que el Código Civil Argentino otorga a la mujer, en lo concerniente a las Acciones de Impugnación de estado, resulta un tanto ajeno a la luz de los instrumentos internacionales antes mencionados e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno en el año 1994, a través del Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Veamos otro ejemplo relativo a la universalidad del voto. El Artículo 37 de nuestra Carta Marga dispone en su primer párrafo, última parte, que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. A partir de la recientemente sancionada Ley Nº 26.774, se habilita el voto a los ciudadanos argentinos mayores de 16 años, modificando el artículo 1º de la ley 19.945 que queda redactado de la siguiente manera: "Son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho (18) años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley".

Otro caso es de la *autonomía municipal*, ocurrido con la reforma de la Constitución Argentina de 1994 que consagró esa calidad habilitándolos a establecer sus propias formas de gobierno por medio de la redacción de Cartas Orgánicas Municipales y de acuerdo a los alcances determinados por cada provincia. Sin embargo, hay provincias que todavía siguen reconociendo el carácter autárquico de estos entes; tal es el caso de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que, en la Sección VII "Del Régimen Municipal" Capítulo Único, Artículo 192, dispone que son atribuciones inherentes al régimen municipal, las siguientes: Apartado 7) "Recaudar, distribuir y oblar en la Tesorería del

Estado las contribuciones que la Legislatura imponga al distrito para las necesidades generales, sin perjuicio de que el Poder Ejecutivo nombre funcionarios especiales para este objeto, si lo cree más conveniente".

Consideremos otro caso, ahora, desde la óptica jurisprudencial a través del fallo "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" del 17 de septiembre de 2003. [17] Los hechos del caso se pueden enunciar someramente de la siguiente manera: Pedro Cornelio Federico Hooft promovió demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del artículo 117 de la Ley Fundamental de dicha Provincia, por ser contraria a la Constitución Nacional, en cuanto le cercena su derecho a ser juez de cámara al requerir, para acceder a tal cargo, "haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero".

Hooft había nacido en Utrecht, Holanda; ingresó al país en 1948 y obtuvo la nacionalidad argentina en 1965. En 1970 fue designado titular de la Fiscalía del Departamento Judicial de Mar del Plata, obteniendo la confirmación del caso en 1974. Por Decreto, fue designado titular del Juzgado en lo Penal Nº 3 del mismo Departamento, prestando juramento ese mismo año por acuerdo constitucional.

El actor planteaba que la norma es inconstitucional, toda vez que, por los principios de igualdad ante la ley (Artículo 16 de la Constitución Nacional) y de no discriminación, se trasvasan al argentino naturalizado, como ciudadano, los atributos, derechos y calidades de los nacionales. Además, dijo, lesiona el primer principio incluso reconocido por los tratados internacionales a que se refiere el Artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la filosofía que tutela los derechos humanos y evidencia una cuestión federal al estar en juego declaraciones, convenciones, tratados y pactos complementarios.

La Corte se pronunció haciendo lugar a la demanda y declarando la inconstitucionalidad del Artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ya que excluye al ciudadano argentino naturalizado la posibilidad de acceder al cargo de juez de cámara de

[17]CSJN, "Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" Fallos322:3034 (2003).

apelaciones, careciendo de razonabilidad, por ser contrario al principio de igualdad ante la ley y al generoso llamado que hace nuestra Carta Magna Fundamental a quienes han nacido fuera del territorio argentino pero que viven aquí y han decidido voluntariamente adoptar nuestra nacionalidad.

7. Las antinomias como problemas de interpretación en el derecho contemporáneo.

La teoría de la interpretación jurídica pasa, en el ámbito del derecho continental, por un momento de esplendor. Buena parte de la bibliografía iusfilosófica que se edita versa de manera directa o indirecta, sobre aquella temática. Los problemas - antinomias o contradicciones- se acrecientan y los intentos por solucionarlos se diversifican. Ese interés extraordinario por la interpretación jurídica, claramente visible en los últimos tiempos, no es exclusiva de alguna orientación en particular; por el contrario, en él coinciden, más allá de matices, tanto iusnaturalistas como iuspositivistas, y las otras variantes doctrinarias que intentan escapar a esa tradicional e inevitable divisoria de aguas. Incluso, muchos de los autores y escuelas que concitan especial atención en la actualidad, han elaborado sus teorías desde el problema interpretativo o reconociéndole un lugar medular, así por ejemplo la hermenéutica jurídica de autores como M. Villey, R. Dworkin, R. Alexy, etc.[18]

Serían muy pocos los que, hoy en día, adhieren a los propósitos de los codificadores civiles de reglar, con alcance general, las cuestiones vinculadas a la interpretación jurídica. Sin embargo, los mismos tribunales han reaccionado contra esta aspiración, y así nuestra CSJN ha decidido que "la regla de interpretación prevista en el artículo 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno"[19]. Es que parece bastante

[18] VIGO, Rodolfo L. *Conferencia de Incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.* Córdoba. Anales XII.1993

[19] CSJN, "Petruccelli, Fidel Primo y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos 312:957 (1989).

claro que en la interpretación jurídica, se pone en juego la estructura y validez de las diferentes fuentes del derecho, como asimismo a todo el ordenamiento jurídico, por eso compete su estudio general no al derecho civil sino a la filosofía jurídica o a la teoría general del derecho.[20]

Savigny definirá, con valor de una verdad indiscutible, que la interpretación jurídica consistirá en la "reconstrucción del pensamiento ínsito en la ley" [21] e Ihering la llamará "jurisprudencia inferior" aclarando que ella "no crea nada nuevo, ni puede hacer más que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes"[22]. Ya había inmortalizado Montesquieu el ideal de juez como un "ser inanimado que repite las palabras de la ley"[23]. Laurent adoctrinaba, "los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos" [24]. En Francia, para las improbables dudas que podían derivarse del Código, se instituyó el *referee* legislativo. Intérprete "auténtico" se llamó al legislador, de donde se infería implícitamente la inautenticidad de la interpretación cumplida por otros. La costumbre jurídica sólo tendría valor interpretativo cuando la ley así lo disponía.

8. Conclusión

La tradición jurídica de Occidente hizo de la ley un punto central, no solo de la teoría del derecho sino también involucrando el orden político. La ley como tal expresa un imperativo cargado de

[20] VIGO, Rodolfo L. *Interpretación Jurídica.* Ed. Rubinzal-Culzoni.1999. p 13.

[21] SAVIGNY, Federico, F. *Sistema de Derecho Romano Actual en la Ciencia del Derecho.* Buenos Aires. Losada. 1949, p 82.

[22] IHERING, Rodolfo. *Espíritu del Derecho Romano en las diversas etapas de su desarrollo, en la Dogmática Jurídica.* Buenos Aires. Losada. 1946. p 132.

[23] MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes.* Buenos Aires. Claridad. 1977, p 194.

[24] LAURENT. *Curso Elemental de Derecho Civil.* Tomo I, p 9.

sentido axiológico. Desde esta perspectiva, podemos decir que la ley implica:

a) un modo de dirección u orden emergente del poder político orientado a los ciudadanos; de allí la importancia de su conocimiento por parte de éstos y la necesaria sujeción de quienes están encargados de evaluar los comportamientos sociales;

b) un carácter escrito y racional;

c) debe poseer una figura garantizadora para los ciudadanos frente al ejercicio del poder, ya que este queda sujeto a sus dictados; es en este sentido que se puede hablar de una esfera de libertad resguardada por la ley frente al poder político.

Luego de haber examinado, a lo largo del presente trabajo, la norma jurídica y las antinomias existentes en el orden jurídico es menester recordar, que la Carta Magna es la ley de leyes que gobierna nuestro ordenamiento jurídico y ha sido elaborada para ser guía a través de los principios rectores en ella consagrados.

No debemos olvidar que la misión del juez no es el cumplimiento ciego de la ley, sino dirimir los conflictos humanos conforme el derecho y la justicia, evitando encontrarse con situaciones normativas contradictorias que dificulten su labor interpretativa.

El ideal de juez en nuestros días, no es el juez inflexible, acartonado, indiferente, que se apega ciegamente a la ley, sino el juez dotado de una exquisita sensibilidad para ubicarse en el problema humano que tiene que resolver. De lo contrario, caeríamos en un subjetivismo puro, creer que los jueces deben dar respuestas propicias y favorables al gobierno de turno y a los poderosos, cuando lo que deben hacer es analizar con la lupa de la Constitución cada caso que les toque resolver, sin dejar de lado el sentido común.

Se terminó de imprimir en el mes de julio de 2013
en la Imprenta Visión 7 de la ciudad de Santa Rosa.
Se imprimieron 250 ejemplares.

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

www.juslapampa.gov.ar

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

CENTRO DE
CAPACITACIÓN
JUDICIAL