

**PODER JUDICIAL DE SALTA
REPÚBLICA ARGENTINA**



**FALLOS DE LA CORTE
DE JUSTICIA DE SALTA**

**Derecho Penal y
Procesal Penal**

Reseña Temática

Incluye CD con textos completos

Fallos de la Corte de Justicia de Salta

Derecho Penal y Procesal
Penal

Reseña temática

CORTE DE JUSTICIA DE SALTA

Presidente: Dr. Guillermo Alberto Posadas

Vice-Presidente 1ro.: Dr. Guillermo Alberto Catalano

Vice-Presidente 2do: Dr. Guillermo Félix Díaz

Jueces de Corte: Dr. Gustavo Adolfo Ferraris
Dr. Abel Cornejo
Dr. Sergio Fabián Vittar
Dra. Susana G. Kauffman de Martinelli

Guillermo Alberto Catalano (Director)
Adriana Inés Galli
Luciano Ignacio Martini
Fernando Vater
Karina Alejandra Holmquist Moreira
Patricia Coll
Carlos Hernán Flores
Mariano Hernán Ciociano
Juan Manuel Jallés
Aldo Rubén Saravia
(Resolución de Corte del 28/VI/11)

Fallos de la Corte de Justicia de Salta

Derecho Penal y Procesal Penal

Reseña temática

Presentación

Esta reseña de fallos de la Corte de Justicia de Salta en materia penal, tanto sustancial como procesal, cuya edición presentamos y a la vez, ponemos al alcance de todos los operadores del sistema, se enmarca en la función primordial del Tribunal, que es la de ser intérprete final de las constituciones de la Nación y de la Provincia, como asimismo de las leyes.

La decisión de impulsar tal recopilación tuvo fundamento en la necesidad de difundir la doctrina más reciente, es decir, aquella actualizada conforme a los últimos fallos de la Corte de Justicia de Salta en concordancia con la doctrina de la Corte Suprema Federal y la que deriva de la nueva legislación.

Es que el derecho, como toda obra humana, es esencialmente dinámico, lo que no implica en modo alguno dejar de lado la misión esencial de la Corte, cual es la de custodiar los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Cabe poner de resalto que el presente trabajo es el resultado de la profunda labor que llevó adelante el equipo de funcionarios que atiende la materia penal en este Tribunal.

Salta, diciembre de 2012.

Derecho Penal

Parte general

CAPÍTULO I

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Efectividad de las garantías penales

El derecho penal argentino no puede realizarse libremente y se encuentra limitado por determinadas garantías que el órgano judicial debe hacer plenamente efectivas.

Se trata de un presupuesto de justicia, de orden público y aplicable de oficio. Todos los jueces, de cualquier grado y fuero, deben interpretar y aplicar la Constitución en los casos concretos cuyo conocimiento les corresponde y confrontar si las leyes, reglamentos, decretos o actos de las autoridades guardan o no conformidad con ella, absteniéndose de aplicarlos si encuentran que se les oponen, mediante su declaración de inconstitucionalidad.

“Freytes”, Tomo 128:257

Luego de la reforma constitucional de 1994, que incorporó tratados de derechos humanos en el art. 75 inc. 22, la discusión sobre la jerarquía de dichos instrumentos respecto de las leyes comunes, ya no es posible y cualquier debate al respecto resulta inoficioso. Ello, porque la expresa mención de la

voluntad legislativa de respetar las garantías consagradas en los conciertos internacionales, establece la participación de nuestro país en aquella gramática comunitaria de signo ascendentemente humanitario y garantístico.

Así, como consecuencia de la entrada en vigor y aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos, toda norma contraria y preexistente -sea legal o reglamentaria- ha perdido automáticamente preeminencia jerárquica, generando una obligación judicial en el orden interno de tutelar los derechos acordados en este sentido, sobre todo de hacer respetar los derechos y libertades allí reconocidos y de garantizar su libre y pleno ejercicio.

"Orellana", Tomo 113:83

2. Estado de inocencia

Entre las garantías políticas que limitan la potestad represiva del Estado, cual estandarte infranqueable, se encuentra la de juicio previo o debido proceso legal. Su desarrollo se desenvuelve en constante conflicto entre dos intereses que comparten la cualidad de ser superiores: el colectivo por la búsqueda de la verdad y la actuación de la justicia y el del imputado porque sean respetados sus derechos, en especial, su libertad.

Dogmáticamente, esa confrontación dialéctica encuentra equilibrio razonable y concreta reglamentación en las conciernes disposiciones de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales incorporados a ella y de la Constitución Provincial. Sistemáticamente, realizándolas, el marco legal se completa con las previsiones de la ley adjetiva local.

La armónica aplicación de estos preceptos, precisamente, otorga la solución jurídica y justa protección de la libertad

del imputado en el proceso y constituye el único camino apto para vulnerarla antes de la sentencia firme; “contrario sensu”, no es posible prescindir de alguno de dichos preceptos o atenderlos aisladamente, fundamentalmente, porque la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.

El texto del art. 18 de la C.N., vigente con la supresión parcial del año 1860, elevó a rango constitucional los principios, bases y garantías aplicables a la cuestión.

Implícitamente, al legitimar el proceso como único instrumento válido para actuar la ley sustantiva, proclama el estado de inocencia y, consecuentemente, circunscribe a la sentencia la posibilidad de toda privación punitiva de libertad.

La libertad durante el proceso penal constituye la regla, al admitir un estado natural del hombre -su inocencia- y no una presunción construida por el derecho positivo, determina al imputado como sujeto y no como objeto de persecución, justifica la estructura progresiva del proceso y, lo que no es menos importante, los distintos estados de convencimiento a los que arriba en su desarrollo el juzgador.

Los tratados internacionales incorporados al plexo constitucional complementan la parte dogmática de la Constitución Nacional y sin derogar artículo alguno de ella (art. 75, inc. 22), ratifican a través de distintas disposiciones el estado de inocencia y la regla de libertad durante el proceso, y admiten, como excepción, el encierro provisorio.

“Plaza”, Tomo 134:327

Del estado de inocencia emerge, entre otras consecuencias, el derecho constitucional a permanecer en libertad duran-

te el proceso, pero esta regla no es absoluta sino que reconoce limitaciones específicas, entre las que se encuentra la necesidad de impedir que el imputado pueda eludir la acción de la justicia.

“Ruiz”, Tomo 138:851

2.1. *In dubio pro reo*

Si los elementos de convicción producidos en la audiencia no resultan suficientes para sostener un pronunciamiento condenatorio, corresponde salvaguardar el estado de inocencia del que goza el acusado, que no ha logrado ser revertido y del cual el beneficio de la duda es consecuencia directa y necesaria, el que además de estar previsto en el art. 4º del C.P.P. encuentra expreso amparo constitucional en el art. 20 de nuestra Constitución Provincial y surge de las garantías establecidas por el art. 18 de la Constitución Nacional y de los demás instrumentos internacionales supralegales incorporados por el art. 75 inc. 22 de ese cuerpo normativo.

“Velázquez”, Tomo 123:711

2.2. *Exclusión de la carga probatoria*

No puede fundarse una condena en la falta de demostración de la ausencia o ajenidad del hecho por parte del acusado, pues ello implica un liso y llano traslado de la carga de la prueba, en franca contravención con el estado de inocencia que demanda que la demostración certera del hecho delictivo sea lograda mediante el aporte de elementos suficientes que introduzca al proceso la parte acusadora o que excepcionalmente procure de manera oficiosa el tribunal.

“Paniagua”, Tomo 125:957

2.3. *Interpretación restrictiva*

El art. 3º del C.P.P. impone que toda disposición legal que coarte la libertad personal debe ser interpretada en forma restrictiva.

El carácter humanitario de nuestro derecho penal liberal importa suprimir, tanto de la persecución penal como de la aplicación de la pena, toda consecuencia que no sea estrictamente razonable; la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.

Debe tenerse especialmente en cuenta que el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio "pro homine" que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

"Flores", Tomo 135:305

3. **Nullum poena sine culpa**

En el esquema supralegal argentino, el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, albergan al principio de reserva, pudiendo inferirse de su texto que lo único que puede ser objeto o materia de prohibición son las "acciones". En la primera de dichas normas se advierte con nitidez que las acciones seleccionadas como materia de prohibición deben contener determinadas características, constituyendo una de las principa-

les la separación del derecho de la moral. De tal garantía, en forma implícita, se desprende el “principio de culpabilidad”, que hace que cada individuo deba responder por la responsabilidad específica que le puede corresponder por la transgresión de una norma penal anterior al hecho del proceso (“nullam poena sine culpa”) y no por cuestiones ajenas a ello, como pueden ser sus intenciones, su personalidad, su forma de ser y el modo de conducir su vida.

Cabe hacer una distinción entre dos tendencias antitéticas representadas por el pensamiento liberal, por un lado, y las posiciones inquisitivas y autoritarias por el otro, que dieron lugar a lo que en una reducción conceptual ha terminado rotulándose como “Derecho Penal de Acto” y “Derecho Penal de Autor”. La primera de dichas concepciones evalúa a la reacción penal del Estado como un poder exclusivamente relacionado con las acciones prohibidas por la ley, en tanto la segunda, entiende que la punición constituye una actividad que debe tomar como punto de partida de mayor relevancia las características personales del delincuente, aún cuando también considere las características del hecho por él cometido.

*(del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas y Silisque)
“Correa”, Tomo 105:975*

4. Defensa en juicio

La garantía de la defensa en juicio requiere de especial protección en el proceso penal. El principio de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, se realiza en el juicio penal con la exigencia rigurosa de la defensa efectiva, real y no ficta del procesado como presupuesto esencial de la sentencia.

El derecho a probar y controlar la prueba es uno de los pilares sobre los que descansa el principio de contradicción,

entendido éste como el marco dentro del cual un ciudadano perseguido penalmente puede oponer resistencia a la imputación que se erige en su contra, o bien, relativizarla o atemperarla, siendo tal una de las implicancias más relevantes de las que derivan del derecho a la defensa en juicio.

A la vez, y en lo que respecta a la reconstrucción judicial de la verdad, dicha máxima pretende establecer un balance entre las facultades de la defensa y las del Ministerio Público Fiscal, como órgano encargado de la persecución penal estatal, efectivizando el contradictorio.

Está claro entonces, que cuando no es posible ejercer ese contenido mínimo de derechos que garantiza nuestro texto constitucional, se está frente a un supuesto que vulnera la efectiva defensa en juicio y el debido proceso.

“Videla”, Tomo 150:617

4.1. *Principio de congruencia*

El principio de congruencia, esencial para una adecuada preservación del derecho de defensa en juicio tutelado en el art. 18 de la Constitución Nacional, determina la necesidad de ajustar de manera estricta la intimación y el ulterior pronunciamiento jurisdiccional a los hechos que delimitan concretamente la imputación penal contenida en el requerimiento fiscal.

“Ricardone”, Tomo 108:649

La necesaria correlación entre la acusación y sentencia resulta un corolario elemental del derecho de defensa, que impide que los pronunciamientos jurisdiccionales en materia pe-

nal difieran de los aspectos concretamente delimitados en los dictámenes del órgano requirente. Así se cumple con la posibilidad de conocer el hecho imputado y permitir el desarrollo de una controversia útil, por lo que su alteración sorpresiva elimina el sentido de una actividad defensiva desplegada respecto de un hecho distinto, privándola de efectividad y desequilibrando la igualdad entre las partes.

“Guanca”, Tomo 125:165

4.2. *Precisión del hecho reprochado en la condena*

Las garantías constitucionales que asisten al imputado, demandan una precisión en la fundamentación de la sentencia, que empieza por establecer con toda claridad cuál es el hecho del que pretende derivarse una consecuencia jurídico-penal; se trata ésta de una exigencia elemental del derecho de defensa que no sólo permite determinar la necesaria congruencia entre la acusación y el fallo, sino también cuestionar al pronunciamiento desde el punto de vista de la atribución lógica de la conducta, aspecto este último que hace al análisis de la prueba.

“Paniagua”, Tomo 125:957

5. Prohibición de doble juzgamiento (“ne bis in idem”)

5.1. *Presupuestos*

La concurrencia de la garantía “ne bis in idem” requiere la conjunción de distintos extremos: doble persecución penal contra un mismo sujeto y que ella tenga por objeto el mismo hecho. En torno al primero de los requisitos puede afirmarse que la condición de imputado es la premisa sobre la cual actuarán las garantías individuales en el proceso penal. En

cuanto al segundo, el objeto se refiere a la imputación de los mismos sucesos históricos, es decir que la doble persecución se base en los mismos hechos.

La regla genérica que gobierna la identidad de objeto, prescinde, en principio, de toda valoración jurídica del hecho. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado en una y otra ocasión (el “nomen iuris” empleado para calificar la imputación o designar el hecho). Se mira al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior.

Debido a que la identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado, como acontecimiento histórico, para nada cuenta el hecho de que en el primer procedimiento no se agotara el conocimiento posible. Basta entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o menos distintas de las conocidas en el primero.

Para considerar dos hechos como iguales, debe haber coincidencia de sus circunstancias esenciales: de lugar, tiempo de comisión, forma, modo y resultado, entre otros. En consecuencia, habrá dos hechos distintos si no existe aquella coincidencia.

Si en el primer proceso el derecho de acción fue ejercitado ante un juez que podía conocer el contenido total de la imputación, está prohibida una nueva persecución, aún cuando el contenido fáctico de la imputación no haya sido agotado

por la decisión jurisdiccional, siempre que haya tenido la posibilidad de abordarlo.

La causa de persecución se caracteriza como la particular pretensión punitiva que se hace valer mediante la persecución penal en relación con la naturaleza de la jurisdicción del primer juez y su competencia material. Por ello, existirá identidad de causa de persecución, cuando el tribunal del primer proceso haya tenido atribuciones para examinar el hecho en que se basó la imputación, frente a todos los encuadramientos jurídicos posibles de derecho penal común, o dicho de otro modo, si tuvo libertad para aplicar el derecho a los hechos propuestos (“iura novit curia”).

Una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición absoluta de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiénolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable.

El principio “ne bis in idem” no veda solamente la aplicación de una nueva sanción de un hecho anteriormente juzgado en que se absolvió o condenó al acusado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho, pues para cuando se llegue a la sentencia, el riesgo a ser

sometido a un nuevo proceso ya se habrá concretado. Es decir, existirá un sometimiento duplicado a las penas, por contingencias del juicio criminal.

Verificada la doble persecución penal, en la medida que se pretende mantener su vigencia por un mismo hecho en los dos procesos seguidos contra el acusado, deviene necesario declarar la nulidad de la sentencia.

"Heredia", Tomo 126:1143

5.2. *Delito continuado*

Para el funcionamiento de la garantía que proscribe el doble juzgamiento, la coincidencia que debe verificarse no tiene que ver con el título jurídico que se haya empleado al intentar la persecución, sino con la conducta materialmente atribuida a las respectivas actuaciones. Por ello, la cuestión planteada por el recurrente determina la necesidad de establecer con precisión si el hecho que motivó la promoción de acción penal en la presente causa coincide con el que se tuviera en cuenta para requerir instrucción respecto del imputado en otras actuaciones previas, finalizadas con sobreseimiento.

El examen que el juez está llamado a efectuar antes de emitir un pronunciamiento definitivo de carácter liberatorio respecto de un hecho, debe descartar su posible adecuación a cualquier título jurídico penalmente relevante. La decisión de sobreseer tiene vastas consecuencias en cuanto a impedir que el hecho sea nuevamente evaluado conforme a un nuevo ropaje jurídico, pues a ello se opone la garantía que proscribe el doble juzgamiento, que bloquea la continuidad de la persecución cuando media una resolución conclusiva respecto de la misma conducta.

Acerca de la limitación de aplicación del principio “ne bis in idem” en los supuestos de delitos continuados, cabe indicar que, en tales casos, se verifica una multiplicación de la ofensa que se extiende en el tiempo, generando daños de orden sucesivo que resultan tratados como una unidad en razón del designio originario del autor.

“Navarro”, Tomo 125:115

6. Juez natural

El concepto de juez natural, estrechamente vinculado al de competencia, se encuentra referido a la necesidad de que el proceso tramite ante el juez previsto por la Constitución y las leyes.

“Pica”, Tomo 89:861

El objeto del art. 18 de la Constitución Nacional ha sido proscribir las leyes “ex post facto”, y los juicios por comisiones nombradas especialmente para el caso, sacando al acusado de la jurisdicción permanente de los jueces naturales, para someterlo a tribunales o jueces accidentales o de circunstancias. Estas garantías indispensables para la seguridad individual no sufren menoscabo alguno, cuando a consecuencia de reformas introducidas por la ley en la administración de la justicia criminal, ocurre alguna alteración en las jurisdicciones establecidas, atribuyendo a nuevos tribunales permanentes, cierto género de causas en que antes conocían otros que se suprimen o cuyas atribuciones restringen.

La distribución de la competencia entre los magistrados ordinarios de las provincias es ajena a la garantía de los jueces

naturales, y depende sustancialmente de la normativa que rige la materia.

“Almada”, Tomo 102:603

No debe confundirse la naturaleza de las leyes de realización penal, si bien adjetivas y relacionadas, ambas son de distinta naturaleza, alcance y efectos: por un lado la estática - ley orgánica de la justicia penal- y, por otro, la dinámica - Código Procesal Penal-.

La primera -ley 7263 y modificatorias- instituye la competencia tanto por razón del territorio como de la materia, y regula el régimen de reemplazos y sustituciones bajo previsiones expresas e improrrogables; preceptos de orden público que, establecidos de forma escrita y previa, en uso de atribuciones legislativas y mediante el instrumento constitucional apto, concretan la garantía y designan -todos- al juez natural de la causa.

El Código Procesal Penal -en cambio- además de lo necesario para la sustanciación del proceso, dispone los poderes de realización del juez natural y la forma de su ejercicio, sin que sus disposiciones se confronten o permitan alguna oposición con la ley estática; tal ejercicio no sólo corresponde sino que es un deber de cumplimiento obligatorio de los órganos previamente designados, incluidos los jueces avocados en virtud de impedimento, inhibición o recusación del titular.

La garantía del juez natural excluye designaciones “ex post facto” y preserva el principio de legalidad.

“Aranda”, Tomo 155:753

7. Imparcialidad del juzgador

La garantía de imparcialidad del tribunal se ve afectada cuando media una intervención previa del juez que implica un adelantamiento de opinión respecto de la cuestión que debe resolver.

“Poma”, Tomo 118:873

Para configurar la causal del art. 51 inc. 1º del C.P.P. no basta el hecho de que el Juez de la Cámara en lo Criminal haya actuado como Juez de Instrucción, sino que es necesario el dictado de alguna de las resoluciones que la ley prevé o que signifique prejuzgar en el proceso.

Con arreglo a los instrumentos internacionales incorporados al art. 75, inc. 22 de la C.N. y en especial al art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la intervención previa del magistrado que puede reputarse apta para generar una opinión anticipada y su apartamiento, es tanto el dictado de sentencia o auto de procesamiento como toda otra situación sustancialmente idéntica que implique que el juez se ha expedido con anterioridad sobre aspectos esenciales del proceso. Se ha dicho, así, demostrando la particular naturaleza que esos actos deben poseer, que el auto de elevación a juicio alcanza la causal de recusación.

La participación de uno de los miembros del tribunal de juicio en la fase preparatoria de la causa (instrucción) no da lugar a su apartamiento ni afecta su imparcialidad, cuando se ha limitado a ordenar actos provisorios que hacen a la marcha de la instrucción y a la situación de los imputados, sin expedirse sobre el mérito de la causa ni emitir opinión jurisdiccional que importe prejuzgar en los términos constitucionales y legales invocados.

(del voto de los Dres. Ferraris, Garros Martínez, Posadas, Ayala, Catalano y Vittar)

Ante la incorporación al bloque constitucional de la garantía de la imparcialidad del tribunal (art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, en virtud del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional), se ha generado una revisión jurisprudencial sobre el tema.

Al respecto, todos los precedentes interpretativos en cuanto a la mencionada garantía, como las Reglas Mínimas de Mallorca de la ONU, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Herrera Ulloa v. Costa Rica”, del 2/7/2004), consideran que la imparcialidad objetiva se encuentra comprometida en los casos en los que el tribunal llamado a intervenir en el juicio y en el dictado de la sentencia, se halla integrado por quien se expidió sobre el mérito de los hechos o sobre la responsabilidad del imputado durante la etapa de preparación del juicio, lo que no ha sucedido en el “sub lite”.

El art. 51 inc. 1º del C.P.P. establece expresamente que el juez deberá inhibirse de conocer en la causa solamente cuando hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia o auto de procesamiento.

De esta manera, cuando el juez se ha expedido con anterioridad sobre aspectos esenciales del proceso, se genera una situación que puede redundar en la afectación de la garantía de imparcialidad, a cuya preservación se atiende en virtud de un imperativo derivado de preceptos establecidos en tratados internacionales de jerarquía constitucional (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 8.1).

La observancia de esos preceptos, elevados a un rango superior por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, conduce a interpretar razonablemente las normas relativas a la inhibición de magistrados y funcionarios, de manera que la invocación de situaciones sustancialmente idénticas a las pre-

vistas en la ley permita el apartamiento de quienes resulten en ellas comprendidos, circunstancias que no concurren cuando el magistrado cuestionado no ha dictado algún pronunciamiento de los indicados en el citado art. 51, inc. 1º del Código Procesal Penal.

No cualquier actividad del juez en la etapa anterior al juicio da lugar a la sospecha de parcialidad que admita su apartamiento, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso concreto. Si bien un juez que actúa en la toma de medidas preliminares y luego interviene en la decisión final puede generar dudas razonables respecto de su imparcialidad, ello no implica que ésta necesariamente se encuentre comprometida. Aunque exista intervención de un sujeto en el marco de la instrucción, esta sola constatación no es motivo suficiente para apartarlo del tribunal de juicio sino que además es necesario valorar otras formas para determinar la parcialidad.

No existe confrontación alguna entre el art. 51, inc. 1º del C.P.P. y los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna en el art. 75 inc. 22 de la C.N., pues el carácter taxativo que se establece en la norma tiende a resguardar otro derecho que goza de reconocimiento constitucional y supralegal, cual es el del juez natural, ya que dicha disposición tiende a poner en resguardo la aspiración constitucional de que los juicios se inicien y culminen ante sus jueces naturales (art. 18 de la Constitución Nacional). No se advierte, entonces, que con la solución que aquí se propugna se provoque una afrenta a disposiciones de aquél carácter, ni que se ocasione al justiciable la mengua de algún derecho de raigambre constitucional.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, e importa un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la última “ra-

tio" del orden jurídico; requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparados por la Constitución Nacional.

(del agregado efectuado en el voto del Dr. Vittar)

Ante el compromiso internacional asumido por el Estado argentino de garantizar la imparcialidad de los jueces, la violación que a dicha garantía implica la intervención de un mismo juez en la etapa instructora como en la del juicio, no puede ser soslayada con fundamento exclusivo en el carácter taxativo de las causales de recusación de los jueces. No se trata de juzgar si de los fundamentos de las resoluciones de mérito brindados por el juez en la etapa de instrucción se desprenden signos manifiestos de parcialidad, sino que el temor de parcialidad reside en el mero hecho de que el juez que vaya a intervenir en el debate, sea el mismo juez que dictó la resolución que avanza en el proceso inculpativo.

Esto es así, por cuanto la acumulación de funciones investigativas y de enjuiciamiento no solamente son cuestionables desde la perspectiva del principio acusatorio, sino que, además, ella supone un procedimiento en el que no se puede descartar ex ante la posibilidad de que el juez se vea compelido, como resultado de las alegaciones de las partes, a tener que admitir que cometió algún error en la etapa previa del procedimiento, o que no se desempeñó eficientemente durante la investigación. El magistrado que llevó adelante la actividad inculpativa, no puede ser el mismo que habrá de realizar el debate y que finalmente condene o absuelva al imputado, pues un procedimiento semejante no reúne los requisitos mínimos exigibles con respecto a la imparcialidad del juez.

La garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado. La garantía de juez imparcial es reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33, se deriva de las garantías establecidas por el artículo 18 de la C.N. y es consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -que forman parte del bloque constitucional-.

Si de alguna manera puede presumirse por razones legítimas que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado del tratamiento del caso, para preservar la confianza de los ciudadanos -y sobre todo del imputado- en la administración de justicia, que constituye un pilar del sistema democrático.

Es decir que a pesar del hecho de que en un caso particular no exista respecto de un juez una causa personal para sostener su parcialidad, ciertas funciones judiciales, si son llevadas consecutivamente por la misma persona en el mismo caso, son "per se" incompatibles, incluso cuando el magistrado en cuestión pueda ser totalmente imparcial.

En esta inteligencia argumental, no se puede más que sostener que la garantía en estudio significa la garantía de las partes de obtener una sentencia proveniente de magistrados que no hayan efectuado previamente un juicio de valor sobre el asunto.

Si bien las causales objetivas de recusación de los jueces, inexorablemente, remiten a cuestiones de hecho y de derecho procesal, ajenos por su naturaleza al recurso de casación, se debe hacer una excepción a este principio cuando está en juego la inteligencia del art. 18 de la Constitución Nacional, toda vez que las cuestiones de recusación se vinculan con la mejor administración de justicia, cuyo ejercicio imparcial es uno de los elementos esenciales de la garantía de la defensa en juicio.

A su vez, y en consonancia con los postulados anteriores, en el Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal, conocidas como “Reglas de Mallorca”, elaborado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, se consagró como principio general aplicable para los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que: el enjuiciamiento y fallo, en materia penal, estarán siempre a cargo de jueces independientes sometidos únicamente a la ley. Los Tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrán formar parte del Tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco quienes hayan participado en una decisión después anulada por un Tribunal Superior (Principio cuarto).

La independencia del juez tiene raíz constitucional, puesto que constituye un presupuesto necesario para concebir la jurisdicción como poder del Estado. Pero no basta que el juez sea independiente en el ámbito jurídico abstracto, por la inamovilidad y demás garantías de que lo rodea la ley, sino que también debe serlo en el ejercicio de su función respecto de los casos concretos traídos a su conocimiento. Esta cualidad

se denomina imparcialidad, debiendo los magistrados excusarse frente a una causa legal que pudiera comprometerla.

La imparcialidad no se logra, como la independencia judicial, positivamente rodeando al juez de ciertas garantías que impidan, abstractamente, interferencias de los poderes políticos, incluso del Poder Judicial, a la hora de decidir, sino, negativamente, excluyendo del caso al juez que no garantiza suficientemente la objetividad de su criterio frente a ello.

Las reglas sobre imparcialidad se refieren -en consecuencia- a la posición del juez frente al caso concreto que, en principio, debe juzgar, e intentan impedir que sobre él pese el fundado temor de parcialidad. La herramienta que el Derecho utiliza en estos casos reside en la exclusión del juez sospechado de parcialidad y su reemplazo por otro magistrado, sin relación con el caso, y, por ello, presuntamente imparcial frente a él. Las reglas y remedio alcanzan, incluso, a quienes accidentalmente están llamados a ejercer la función de juzgar.

(del voto en disidencia del Dr. Cornejo)

"Romero", Tomo 148:855

Según el art. 28, segundo párrafo del Código Procesal Penal, existe la imposibilidad de que el juez de menores que investiga integre el tribunal de juzgamiento, para no afectar la garantía de imparcialidad.

No corresponde que el tribunal de Menores que dictó el auto de procesamiento, para lo cual tomó posición sobre la posible participación del acusado en el ilícito, sea quien luego dicte sentencia, porque tiene una idea preconcebida respecto de la culpabilidad del imputado, por la cual es legítimo temer que, comenzado el debate, el magistrado no disponga de una entera libertad de juicio y no ofrezca, en consecuencia, las ga-

rantías de imparcialidad precisas. Ello conduce a declarar la nulidad de la sentencia por aplicación del artículo 162 inciso 1º del Código Procesal Penal, en tanto se trata de una sanción que puede ser declarada en cualquier estado y grado del proceso.

“Rojas Alanes”, Tomo 140:813

La intervención en las actuaciones de garantías ejercida por los jueces correccionales, no implica necesariamente vulnerar el principio de imparcialidad cuando el mismo tribunal tramita el expediente correccional derivado del mismo hecho que motivara su primera intervención.

“Mendoza”, Tomo 127:765

8. Derecho a ser juzgado en plazo razonable

Las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso incluyen el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más breve posible, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal.

El derecho a obtener un juicio sin dilaciones indebidas, por su propia naturaleza, impide que se pueda determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse dicha garantía. En otras palabras, la duración razonable de un proceso depende, en gran medida, de diversas situaciones propias de cada caso, razón por la cual la directiva constitucional de pronta justicia no puede traducirse en un número de días, meses o años. Pero, sin perjuicio de ello, incumbe al tribunal que entiende en la causa la identificación, al menos, de algunos factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía bajo examen. En este sentido, co-

responde ponderar la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le haya irrogado la prolongación excesiva del proceso. Tales factores, si bien son de imprescindible consideración, no pueden ser valorados aisladamente como una condición suficiente, sino que deben ser medidos y sopesados uno frente al otro, atendiendo a las circunstancias concretas de la causa.

“Pistone”, Tomo 87:477

Los principios de progresividad y preclusión son instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios, que obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse de la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal.

Las normas sobre prescripción de la acción deben interpretarse en consonancia con la garantía a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas, derivada del art. 18 de la Constitución Nacional y del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, elevada a jerarquía constitucional por el art. 75 inciso 22 de la Carta Magna.

El cumplimiento de los plazos procesales es una garantía de juzgamiento, y por lo tanto, su violación opera como límite al poder penal del Estado en el ejercicio de la persecución e imposición de la pena.

“Ángel”, Tomo 105:1043

El exceso en los plazos previstos en la ley para el enjuiciamiento del encartado no puede ser calificado como irrazonablemente extendido si responde a las particularidades y alternativas acaecidas en la causa, que no hacen más que demostrar permanente actividad e impulso de las actuaciones por parte del tribunal y, contrariamente, numerosos inconvenientes suscitados por la incomparecencia del imputado, con la evidente finalidad de no arribar al debate oral, lo que implicó una actividad y tiempo procesal extra no atribuible a la jurisdicción, todo lo cual hace razonable y ajustado a los hechos y al derecho, el rechazo del planteo de prescripción por extinción de la acción penal por contrariar el principio de razonabilidad del plazo de duración del proceso penal.

"Lemir Saravia", Tomo 148:379

CAPÍTULO II

VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

1. Sucesión de Leyes

La regla es que la ley penal es aplicable a los delitos cometidos desde su entrada en vigencia hasta su derogación por otra ley.

A los efectos de la validez temporal de la ley penal, el momento de la comisión del delito es el de la conducta del partícipe en él, cualquiera sea su categoría, pues entonces y no en el momento del resultado, estaba sometido a la obligatoriedad de la ley.

Si la ley penal vigente en el momento del hecho es sustituida por otra, se produce una "sucesión de leyes penales". La cuestión de cuál de ellas es la aplicable se resuelve de acuerdo con los criterios de la "ley más severa" y de la "ley más benigna". El criterio de la ley más severa funciona para que la nueva ley más gravosa para el imputado no tenga efecto retroactivo.

La ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabili-

dad, del menor tiempo de prescripción, de una distinta clase de pena o una nueva modalidad ejecutiva de la pena, etc. Por ende, ante la complejidad de los elementos que pueden tomarse en consideración, no es posible efectuar un examen en abstracto sino que debe plantearse frente al caso concreto. De esa manera se resuelve hipotéticamente el caso conforme a una y otra ley, comparándose luego las soluciones para determinar cuál es la menos gravosa para el autor.

"Bustos", Tomo 138:239

2. Ultractividad

La exigencia de la ley anterior al hecho del proceso supone que aquélla haya entrado en vigor en el momento de su comisión; de allí que corresponde denegar la solicitud de ultractividad que formula la defensa si la ley cuya aplicación postula, había sido derogada cuando el hecho fue cometido.

(del voto de los Dres. Ayala, Catalano, Ferraris)

"Guantay", Tomo 122:575

3. Aplicación de la ley más benigna

3.1. *Régimen inconstitucional*

Es procedente el recurso de casación en el que se peticiona que se deje sin efecto la imposición de reclusión accesoria por tiempo indeterminado en razón de la inconstitucionalidad de dicho régimen declarada en precedentes de esta Corte, con lo cual el penado puede alcanzar el requisito temporal para obtener el beneficio de la semilibertad.

"Freytes", Tomo 128:257

3.2. *Efectos prácticos*

Corresponde el rechazo del recurso de revisión en que se invoca la aplicación de una ley penal más benigna, si al determinar los efectos prácticos que se obtienen con el nuevo encuadramiento de los hechos ya fijados por el tribunal de juicio, se mantiene incólume el máximo para el delito de tenencia de arma de guerra que establece la ley 25886 aplicable al caso, y no se advierte otra circunstancia con relevancia legal que podría modificar la situación del acusado.

(del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas, Vittar, Ayala y Ferraris)
"Iwasita", Tomo 134:799

3.3. *Cumplimiento de la pena*

La ley más benigna es la que, en la situación concreta, redunde en mayor beneficio para el individuo. Respecto del condenado por sentencia firme, el beneficio puede derivar de todo aquello que en la nueva ley influya beneficiosamente respecto de la pena que le ha sido impuesta y cuyo cumplimiento no se encuentra extinguido.

"Bustos", Tomo 138:239

CAPÍTULO III

TENTATIVA

1. Elementos

De la precisa conceptualización del art. 42 del C.P. surgen tres elementos que deben concurrir para ampliar el radio de punibilidad: el fin de cometer un delito determinado, el comienzo de ejecución y la no consumación por causas extrañas a la voluntad del agente.

“Herrera”, Tomo 156: 873

El primero es de carácter subjetivo, atañe a la culpabilidad, lógicamente comparte su presupuesto y, por los términos empleados, cualifica la intención identificándola con la especie directa del dolo.

“Carrión”, Tomo 142:987

Al anteponerlo a los otros, la fórmula legal invierte el método de examen y constituye la excepción que confirma la regla del ordenamiento positivo penal. La relación subjetiva requerida, así, implica la existencia de hechos de naturaleza

psíquica, cuya comprobación surge de circunstancias empíricas, pues el estado de ánimo no puede ser justificado por percepción directa, sino que tiene que ser deducido de conjeturas exteriores.

“Herrera”, Tomo 156: 873

En términos de prueba, la presencia de cada uno de los tres elementos de la tentativa -incluido el atinente a la culpabilidad- debe surgir de circunstancias empíricas o fácticas debidamente comprobadas que, por aplicación de las reglas de la lógica, la experiencia común y la psicología, sustenten adecuadamente el juicio del juzgador.

“Rodríguez”, Tomo 154:201

1.2. *Impunidad de la tentativa*

El desistimiento voluntario -que excluye la tentativa- es un elemento conceptual amplio, que incluye supuestos doctrinariamente aceptados tales como la renuncia de los fines delictivos propuestos y, hasta, el temor a la sanción. Si no existe certeza en orden a determinar si la consumación del delito fue impedida o interrumpida por causas extrañas a la voluntad del imputado o, si por el contrario, fue desistida, corresponde la absolución por aplicación del principio de la duda.

“Martínez”, Tomo 133:679

1.3. *Aplicación a determinadas figuras*

1.3.1. *Homicidio*

Es autor del delito de homicidio en grado de tentativa quien de manera artera asesta una cuchillada en el cuello a una persona y luego continúa aplicando sobre ella violencia física

con un innegable propósito homicida, pues, según surge de esa exteriorización de su conducta, hizo todo lo necesario para matar, y falló en el intento por haber mediado razones extrañas a su voluntad, como resultó ser la suerte o fortuna de la víctima.

“Cata Ocampo”, Tomo 120:19

La intención homicida que permite tener al acusado como autor del delito previsto en el art. 79 del C.P. en grado de tentativa, puede inferirse a partir de las características que rodearon al hecho, tales como la idoneidad del arma empleada para causar la muerte y la morfología de las heridas causadas. Así, las reglas de la experiencia, indican claramente que quien acomete reiteradamente con un elemento punzo cortante a otra persona, causándole heridas -en número y gravedad- que ponen en riesgo su vida, tiene el propósito de matar, que se evidencia más claramente si las lesiones seguían un curso letal que se ve interrumpido por la oportuna intervención médica.

“Carrión”, Tomo 142:987

El dolo homicida directo es también inequívoco y excluye, lógicamente, la presunción de cualquier otro querer si el acusado se encaminó a la casa de la víctima con el arma de fuego -elemento incuestionablemente apto para matar-, la sorprendió y, a poca distancia, le disparó a una zona vital -su cabeza-. De ese modo, pese a que el proyectil sólo lo rozó, el resultado perseguido no se consumó y ello sucedió por razones extrañas a su voluntad, sea por error de puntería o merced al oportuno movimiento de su objetivo.

“Rodríguez”, Tomo 154:201

1.3.2. *Abuso sexual con acceso carnal*

Para que el acceso carnal se consuma no es necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa, pues a efectos de encuadrar la acción en el art. 119, 3er. párrafo del C.P. no interesa mayormente que ese penetrar sea total o parcial; basta que ello se produzca.

(del voto de los Dres. Ferraris, Garros Martínez, Posadas, Vittar y Catalano)

El “acceso carnal” se consuma con la penetración del órgano masculino en el cuerpo de la víctima, con el propósito de practicar coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación. Para que exista violación, es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente.

Este tipo de abuso sexual es un delito de acción, es decir que se realiza a través de una conducta activa con exclusión de todo comportamiento omisivo; es de mera conducta o de pura actividad, pues para la integración del tipo es suficiente con el acceso carnal, sin que se requiera una modificación en el mundo exterior que recaiga sobre el objeto de la acción (la víctima); es en suma, un delito instantáneo pues se consuma y desaparece y no requiere resultado material alguno.

En el supuesto contemplado por el art. 119, 3er. párrafo del C.P., el acceso carnal implícitamente se refiere a penetraciones capaces de posibilitar una cópula sexual o un equivalente de ella, comprendiendo como modalidad comisiva otras formas de penetración diferentes de la vaginal.

(del voto del Dr. Cornejo) “Cuellar”, Tomo 158:389

1.3.3. Hurto y robo

Históricamente se han elaborado numerosas posiciones a fin de determinar el momento en que, dentro del proceso ejecutivo del hurto y del robo, se logra la consumación. Recordamos, entre las de mayor relevancia, la teoría de la “aprehensio rei” -que es la más rigurosa- hace coincidir ese momento con el de poner la mano sobre la cosa, la “amotio rei” -con notas de acentuada materialidad- exige trasladarla o removerla del lugar, la “ablatio rei” -que ha sido caracterizada como la más científica- requiere sacarla del ámbito de custodia de su tenedor, y la “illatio rei” -extrema y sin actualidad- demanda un efectivo poder real.

Nuestro Código Penal utiliza la voz “apoderare” en sus arts. 162 y 164. El término, más preciso que otros utilizados en distintas legislaciones -por ejemplo, tomar y sustraer- indica con precisión la trasgresión al bien jurídico protegido -la tenencia- y otorga una concreta solución respecto a la consumación, esto es quitar la cosa de la esfera de poder de su tenedor. Por lo tanto, no cabe requerir para el perfeccionamiento de las figuras que el autor disponga efectivamente del bien.

En tal inteligencia, la sola posibilidad del acusado de disponer siquiera efímeramente de la “res furtiva” permite considerar a la conducta típica como consumada.

“Reales”, Tomo 157: 997

1.4. *Exclusiones*

1.4.1. *Regla general*

Todo delito doloso con dolo directo o eventual admite tentativa, con dos excepciones: normativa, así lo prevé expresamente la figura, art. 88 del C.P. y doctrinaria, dado que por la materialidad la tentativa no resulta compatible con los delitos formales o de peligro, vgr. calumnias e injurias, abuso deshonesto.

(del voto de los Dres. Catalano y Ferraris)
“Morales”, Tomo 126:577

1.4.2. *Robo seguido de muerte*

En la coexistencia de las figuras de los artículos 80, inc. 3º y 165 del C.P., la regla es que corresponden a la primera los casos en los cuales el ladrón ha vinculado ideológicamente el homicidio con el robo, sea como medio para cometerlo, ocultarlo, asegurar sus resultados o su impunidad, sea como manifestación de despecho. Por el contrario, el art. 165 comprende los homicidios que son un resultado accidental de las violencias ejecutadas con motivo u ocasión del robo.

En este último caso, el homicidio es un suceso eventual que altera el designio del ladrón y que resulta, o de las violencias físicas ejercidas por él para facilitar o cometer el robo o para preparar su impunidad; o de las violencias físicas que, sin ser las propias del robo, son ejercidas a causa de éste por el ladrón; y no requiere que el homicidio sea causado por las violencias ejercidas para realizar el robo, sino, lo que tiene mucho más amplitud, que el homicidio resulte del robo. Se trata de un delito complejo, en cuya composición entra como hecho principal, por tratarse de un delito contra la propiedad, la ofensa a

ésta o su tentativa, y, como resultado, la consumación de la ofensa a la persona.

La consumación del delito exige la concurrencia de los dos hechos.

(del voto de los Dres. Vittar, Garros Martínez, Catalano, Cornejo, Ferraris y Posadas)

El agravante del art. 165 del C.P. procede siempre que entre los atentados contra la vida y la propiedad no existe unidad de designio o determinación, es decir cuando el resultado muerte es accidental a la empresa delictiva ejecutada, aunque entre éste y los actos del robo exista una relación de causalidad. Por lo tanto, ejecutado el robo con armas y producida la muerte, existe la consecuencia accidental o eventual que subsume la conducta del acusado en el agravante en cuestión.

La figura no admite tentativa, pues la “ocasión” del robo no exige que éste se consume, y el fin de matar para robar -estado anímico requerido por el art. 42 del C.P.- traslada el tipo al art. 80, inc. 7º de ese cuerpo legal.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris y Posadas)
“Montoya”, Tomo 158:495

2. La pena de la tentativa (art. 44 del C.P.)

Existen distintas posturas de la doctrina y la jurisprudencia en orden a la interpretación del 1er. párrafo del art. 44 del C.P. Núñez las sintetiza indicando: “...a) Por un lado, se ha opinado que la escala penal aplicable a la tentativa es la correspondiente al pertinente delito consumado, disminuida en un tercio en su máximo y en la mitad de su mínimo. La tesis lleva, en el sistema del art. 44, a una conclusión irrazonable, pues conduce a que si el delito consumado merece prisión

temporal de 25 años, su tentativa merecerá más pena que si el delito consumado merece prisión perpetua (...); b) Por otro lado, se ha dicho que la pena que en el caso concreto le corresponde al autor de una tentativa es la que le correspondería si hubiera consumado el delito, disminuida en un tercio como mínimo y en la mitad como máximo. Esta tesis es inaceptable porque para determinar la pena de la tentativa parte, como base, de la pena que hubiera correspondido en el caso concreto a un delito que no se ha cometido, cuyas circunstancias consumativas concretas no existen, lo que impide aplicar el correspondiente criterio legal para determinar la especie y la medida de la pena aplicable (arts. 40 y 41) (...); c) En tercer lugar, se ha sostenido que según el párrafo 1° del art. 44, la escala penal que en abstracto corresponde al autor de una tentativa delictiva es la que corresponde al pertinente delito consumado disminuida en un tercio en su mínimo y en la mitad de su máximo. Esta interpretación, a la vez que salva las objeciones hechas a las expuestas en las letras a y b, armoniza el párrafo 1° del art. 44 con sus párrafos 2° y 3°, en cuanto éstos se refieren claramente a escalas legales abstractas (...). La disminución de un tercio en el mínimo y de la mitad en el máximo de la pena establecida para el delito consumado, está avalada por la circunstancia de ser la escala que rige para toda pena disminuible en su tiempo o cantidad, y porque la expresión 'la pena... se disminuirá de un tercio a la mitad' está señalando, no una disminución practicable en cualquier tramo de la escala, sino en un tramo 'a quo' y en un tramo 'ad quem', esto es, no que la pena podrá ser disminuida entre un tercio y la mitad, sino que la escala penal del delito tentado va desde un tercio menos del límite mínimo de la pena del delito consumado hasta la mitad del término máximo de dicha pena..." (Núñez, Ricardo C.,

“Las disposiciones generales del Código Penal” , Marcos Lerner Editora Córdoba, 1988, págs. 177/179).

Asiste razón al distinguido jurista. Es que, si observamos que, en la práctica, ante un delito conminado con una pena temporal cuyo máximo fuera de veinticinco años de prisión, la disminución en un tercio de ese máximo importaría que en caso de tentativa dicho extremo de la escala penal sería de dieciséis años y ocho meses de prisión. En cambio, si el delito estuviera reprimido con prisión perpetua conforme el párrafo tercero del art. 44 del C.P., el máximo de la tentativa sería de quince años de prisión; se advierte sin hesitación la razón que le asiste al mencionado autor al fijar su posición. Si a ello agregamos que en las escalas penales se indica en primer término el mínimo y en segundo lugar el máximo de la misma (dato por demás relevante a tener en cuenta), debe concluirse que la referencia a la disminución de un tercio se refiere al mínimo de dicha escala y la indicación de la disminución de la mitad se vincula con el máximo de la misma.

Conforme a ello, la expresión “de un tercio a la mitad” debe interpretarse atendiendo al criterio sistemático que emerge del Código Penal, donde toda pena divisible está expresada en una escala que va desde un mínimo -siempre mencionado en primer término- hasta un máximo -siempre mencionado en segundo lugar- y la pena de la tentativa también se encuentra expresada de la misma manera.

Se enrolan en esta postura, además de Núñez, autores como Jorge de la Rúa, J.A., *Doctrina*, 1965-I-70/74 y “Código Penal Argentino, Parte General”, Nº 169 a 182, págs. 598/600, Ed. Lerner, Bs. As., 1972; Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo VII, pág. 622, Losada, Bs. As., 1970; Esteban Raúl Vergara y otros, “Derecho Penal”, págs. 343/344, nota 21; Roberto A.M. Terán Lomas, “La escala penal de la

tentativa”, J.A., 1977-III-390; Carlos Alberto Elbert, “El problema del cómputo de la pena del delito tentado”, L.L., 29/4/88, pág. 4; Marcelo A. Manigot, “Código Penal”, Tomo II, pág. 132; Alberto A. Campos, “Derecho Penal”, pág. 259, Abeledo Perrot, Bs. As., 1987 y Carlos Chiara Díaz (el Dial – DC90D), entre muchos otros.

(del voto de los Dres. Cornejo y Ayala)

La interpretación del art. 44, 1er. párrafo del C.P. debe efectuarse a la luz de los principios que rigen la materia, pues, el Derecho Penal no puede desarrollarse libremente sino que su establecimiento y su aplicación están limitados por ciertas garantías de orden constitucional, entre ellas -en relación al tema que nos ocupa- Legalidad y Reserva (arts. 18 y 19 de la C.N.), las cuales no pueden ser desconocidas. En efecto, para excluir la arbitrariedad, la legalidad “*nullum crimen sine lege*” se complementa con “*nulla poena sine lege*”, siendo un corolario o presupuesto de la reserva penal la determinación legal de la pena, entonces requiere la determinación concreta de la pena conminada para cada delito, es decir, referida al respectivo hecho delictivo e individualizada por su especie y medida, y si se tratase de penas temporales, su finalización debe estar pre-determinada. Por estos preceptos se arriba al principio de inmutabilidad de la pena, merced a lo cual el juzgador dentro de los parámetros legales debe imponer la misma. Ello resulta, además, de los arts. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido que la pena debe estar definida en la ley escrita y anterior al hecho para ser válidamente aplicada.

En ese contexto, las posturas que tratan de explicar la correcta aplicación de la letra de la ley cronológicamente, son por lo general tres:

1º) Para la primera de las tesis -Malagarriga, González Roura y Oderigo- debe disminuirse la mitad en el mínimo y un tercio en el máximo. Esta postura de la primera generación a la sanción del Código Penal de 1921, resulta criticada por distintos motivos. Por un lado, porque contradice la letra de la ley; veamos el caso, dado que el tercer párrafo del art. 44 establece expresamente la pena de la tentativa en caso de un delito de prisión perpetua en escala de prisión de diez (10) a quince (15) años, si aplicamos la teoría a la figura del homicidio simple (art. 79 del C.P.) de prisión temporal de ocho (8) a veinticinco (25) años, se arriba a una pena del delito tentado de cuatro (4) a dieciséis (16) años y ocho (8) meses, es decir resulta mayor - en escala penal- la tentativa del homicidio simple a la del homicidio calificado, lo cual es absurdo y notoriamente injusto. Por el otro, existen objeciones de orden metodológico, nuestro Código Penal cuando determina la escala penal lo hace - invariablemente y sin excepciones- indicando siempre en primer lugar el mínimo y luego el máximo. Por último, también aduce que dicha interpretación es más beneficiosa al acusado, atendiendo al principio "in dubio pro reo", siendo la solución adecuada. En ello hay un grueso error, la materia no permite tal interpretación, la duda siempre recae sobre los hechos y no sobre el derecho.

2º) Para la segunda tesis -Soler y Jofré- denominada Hipotética, el juzgador debe considerar -en ficción- como si el delito se hubiese consumado -lo que nunca sucedió- y teniendo en cuenta los arts. 40 y 41 del Código Penal imponer una pena, por ejemplo doce (12) años, y de allí disminuir la misma en la mitad y un tercio, lo que arroja la pena de la tentativa, que en el supuesto sería de seis (6) a nueve (9) años. La postura fue mayoritariamente abandonada por su ilegalidad, en razón de que el delito en cuestión podría ser atenuado o cuando no

agravado, quizás en figura básica; es cierto, se quitan o modifican circunstancias, y la consecuencia ha de ser en demasía variada y diversa, es decir que la hipótesis como tal y por esa sola causa, contraría el mandato legal. Además, ante todo, vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional ya que resultaría inconstitucional que, mediante hipótesis y ficción, el hecho que se somete a juzgamiento fuera absolutamente distinto al históricamente ocurrido.

3º) La tercera tesis -Núñez y De la Rúa-, que toma como punto de partida las críticas a la primera, sostiene -acertadamente- que debe reducirse la pena de la tentativa desde un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo. Con ello no se contradice la letra de la ley en cuanto a la pena de la tentativa en prisión perpetua, y se respeta la metodología del código.

En conclusión, esta última posición es la correcta a partir de las premisas que imponen las garantías constitucionales de Legalidad y Reserva, en base a una crítica razonada de las otras posiciones sostenidas por la doctrina y en armónico respeto por la metodología del Código. Adecuada y precisa interpretación que se resume en una sencilla regla gramatical de fácil asimilación, según la cual, el 1er. párrafo del art. 44 del C.P. debe leerse sustituyendo las palabras, “de” por “desde” y “a” por “hasta”, lo cual se anticipa subrayando esas palabras de la ley.

(del voto de los Dres. Catalano y Ferraris)

Adhiero a la interpretación del párrafo 1º del art. 44 del C.P. según la cual en caso de tentativa de delitos sancionados con pena divisible debe disminuirse un tercio del mínimo y la mitad del máximo, en tanto ello asigna a la norma una inteligencia que posibilita acotar los ámbitos de punibilidad a sus

mínimas manifestaciones y respeta el principio de proporcionalidad de las penas, pues es verdad que de efectuarse el procedimiento inverso al que aquí se propicia, se fijarían penas superiores a los quince años de prisión en su extremo máximo para la tentativa de delitos graves y ello resulta contradictorio con lo previsto en el art. 44 3er. párrafo del C.P., que establece esa pena como límite para la tentativa del delito reprimido con prisión perpetua. Además, la pena máxima que podría aplicarse al condenado mediante este criterio, lleva a computar en el vértice superior del homicidio consumado una pena que no resulta muy próxima a la del delito tentado, lo que parece justo, dado que la afectación al bien jurídico protegido no alcanzó el grado exigido por la norma de incriminación primaria. Por último, la exégesis de la norma en el sentido indicado, resulta acorde con los principios del derecho penal que se encuentran vigentes, plasmados también en la Ley 24660, y en especial al principio “pro homine” que rige la aplicación de la materia.

(del voto del Dr. Posadas)

Al disminuir el margen aplicable en caso de tentativa, el tribunal, en una primera operación en que se aplican los parámetros de mensura aludidos en el art. 41 del C.P., debe fijar la pena que hubiera correspondido al hecho de haberse consumado y, en un segundo paso, aminorarla de un tercio a la mitad; a las resultas de este procedimiento reductor la escala que corresponde a la tentativa en los supuestos de penas divisibles tiene un límite superior infranqueable, equivalente al máximo de la pena menos un tercio, y un mínimo posible, igual a la mitad del mínimo legal.

Esta interpretación del art. 44 del C.P. guarda correspondencia con los antecedentes históricos de la regulación y respeta más acabadamente la fórmula literalmente empleada

por la norma (Zaffaroni, Raúl Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo 746 y sgtes.). Rodolfo Moreno, presidente de la comisión legislativa que proyectó el Código, dijo, en alusión a la fórmula del art. 44: "la aplicación del precepto no puede dar lugar a dificultades. Se trata de la tentativa de un delito que tiene fijada una determinada pena. El magistrado no tiene sino que considerar la que correspondería al agente en caso de consumación y disminuirla en la forma establecida por el artículo" ("El Código Penal y sus Antecedentes", Tomo II, págs. 418/419, Tommasi Editor, Bs. As., 1922; en igual sentido ver también Tomás Jofré, "El código penal de 1922. Concordancias, bibliografía, jurisprudencia, comentarios", Bs. As., 1922, pág. 110,).

La solución, además, va en línea con el concepto fundamental que emana de decisiones de la Corte Federal y de Tribunales Internacionales en orden a extraer del caso concreto los parámetros específicos que otorguen la justa medida del plazo razonable en que debe desarrollarse el proceso penal que, como es sabido, atiende a las particularidades de cada caso en particular. En este orden, por un lado habrá de atenderse a la complejidad del trámite y la conducta desplegada por las partes en el proceso y por otro, en un correlato elemental, ha de mirarse a los aspectos puntuales del caso, justificativos o no de la continuidad del esfuerzo persecutorio penal.

Parece razonable, entonces, que esa tensión genere una interpretación legal que para precisar la escala penal de la tentativa y su repercusión en la prescripción, en lugar de privilegiar la observancia de plazos asociados a la escala penal abstracta y rígidamente prevista para el delito, tome como referencia la hipótesis de condena directamente vinculada con el caso.

Por último, mediante la posición hipotética se arriba a una comprensión del texto legal que resulta más beneficiosa al acusado; esto se corrobora si se acude al elemental razonamiento que descubre en la limitación del máximo en la mitad, la conformación de un mínimo de mayor severidad que puede impedir en determinados casos la condena de ejecución en suspenso o el juego del limitado margen del principio de oportunidad reglada por el sistema de suspensión del juicio a prueba.

(del voto de la Dra. Garros Martínez)
"Morales", Tomo 126:577

A lo expuesto cabe agregar la crítica de Carlos Fontán Balestra a la teoría hipotética. Con suma claridad expresa que, el criterio no es aceptable por dos razones fundamentales; no puede graduarse la pena respecto de un hecho cuyas circunstancias no se conocen totalmente, pues no ha sido consumado, y que, en ciertos casos la pena mínima sería mayor para la tentativa que para el hecho consumado.

Con el talento que lo caracteriza, da el supuesto que corrobora y avala -impecablemente por cierto- esa última afirmación.

Ilustra de esta manera: "En el caso del homicidio, si el juez considera que la pena que habría correspondido al caso concreto es de veinte años, el mínimo de la tentativa -la mitad-sería de diez años, es decir, mayor en dos años que la del homicidio simple consumado, que está fijado en ocho" (Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, págs. 398 y sgtes.).

(del voto de los Dres Catalano y Ferraris)
"Melián", Tomo 141:1011

CAPÍTULO IV

PARTICIPACIÓN CRIMINAL

1. Coautoría

La coautoría abarca a los que cometen actos típicamente consumativos y a quienes cumplen otros que complementan dichos actos. Requiere, subjetivamente, el ánimo de obrar en común, mientras, objetivamente, el coautor puede intervenir en forma igual a otros sujetos o por una división de funciones; ello sucede, por ejemplo, en la división de tareas entre los ladrones que se han introducido en una casa.

"Ruiz Azurmendi", Tomo 144:519

La coautoría se caracteriza por la ejecución de actos que integran la objetividad y subjetividad del suceso delictivo, que no se limitan accesoriamente en un hecho de otro y que revisiten la naturaleza de empresa común conjuntamente realizada.

"Carrizo", Tomo 84:269

Es coautor del delito de robo quien en fase indudablemente ejecutiva, conduciendo el automotor -que constituyó la

“res furtiva”-, lo alejó de la esfera de custodia del dueño, sin que revista importancia a dichos efectos, el lugar donde el rodado fue abordado ante la innegable intención de su conductor.

“*Tapia*”, Tomo 118:637

La coautoría surge clara si se advierte la intervención de los acusados que con agresiones físicas vencieron la capacidad de resistencia de la víctima en el desapoderamiento.

“*Guaymás*”, Tomo 123:199

1.1. *Coautoría necesaria. Banda y asociación ilícita*

El concurso previsto en el art. 45 del C.P. implica la convergencia material e intencional de dos o más personas para cometer un determinado delito que no exige codelincuencia ni participación necesaria.

La banda del art. 166 inc. 2º del C.P. -caso de participación necesaria- es una modalidad delictiva agravante que consiste en aumentar la capacidad de ofensa mediante la participación de tres o más personas y el término allí utilizado no se condice con el empleado al describir formalmente a la asociación ilícita.

Los dos primeros supuestos legales pueden presentarse en la misma plataforma fáctica; en cambio -sin excluirse las figuras- la asociación ilícita requiere una preparación y organización previa dirigida al fin indeterminado de cometer delitos; ergo, parte de un evento histórico que es anterior.

“*Stupp*”, Tomo 144:941

2. Participación

La participación implica, ya sea una cooperación o un auxilio prestado en el acto delictivo, distinguiéndose éstos, en que si bien la cooperación requiere un acuerdo previo, el auxilio puede no estar acordado; por lo cual, de uno u otro modo, aun sin necesidad de que los sujetos concurren en la elaboración de un plan, existe convergencia intencional.

“Reynoso”, Tomo 125:985

La convergencia intencional, que constituye una nota distintiva de la participación, emerge no solo de la conducta precedente de los sujetos, sino de su comportamiento posterior; si el sujeto se mostró por completo insensible frente al hecho de que su acompañante matara a la víctima, y se dispuso a robar, ello da la pauta que el suceso ocurrió del mismo modo en que lo tenía previsto, tal y como lo había querido; en ese contexto fáctico, resulta razonable que el tribunal de juicio estableciera que el acusado asintió la consumación y ejecución del delito y ese asentimiento, sumado a su presencia activa en el lugar del hecho, constituye un factor de coincidencia subjetiva suficiente para tenerlo por partícipe en el homicidio calificado que se le imputa.

“Carrizo”, Tomo 84:269

Quien no comparte la conducta imprevista de un sujeto no continúa desarrollando sin titubeos un accionar coordinado con éste. La convergencia intencional emerge no sólo de la conducta precedente de los sujetos, sino también de su comportamiento posterior; el demostrado asentimiento a la ejecución del delito sumado a la presencia efectiva y activa en el

lugar del hecho, constituyen factores de coincidencia objetiva-subjetiva suficientes para tener al imputado como partícipe del delito.

“Copa”, Tomo 134:841

2.1. *Grados: complicidad primaria y secundaria*

Objetivamente, el criterio para determinar el grado de participación que corresponde al cómplice, es el valor de su aporte.

En la participación primaria, el aporte debe ser necesario, es decir que sin el mismo no habría podido cometerse el hecho, tal como se cometió, en sus formas y modalidades. Se trata de un criterio fundado en la eficiencia del auxilio o cooperación en la estructura concreta del delito cometido. Esa eficiencia existe siempre que la supresión del aporte se traduzca en una variación de la ejecución del delito. Significan aportes directos que, en el caso concreto y con arreglo a sus características, resultan posibilitadores de su consumación tal como se realizó.

Cómplice secundario es el que realiza un aporte para la ejecución del hecho que no tiene la naturaleza del que caracteriza a la intervención del primario, pues el aporte del secundario no debe haber sido determinante de la configuración del delito tal como ella se realizó en la forma, modo o mecánica de ejecución.

“Cuellar”, Tomo 153:101

2.2. *Límite subjetivo*

La responsabilidad penal del cómplice no se determina por el hecho ejecutado por el autor y, si bien es objetivamente

accesoria, el reproche está dado por la medida de la cooperación (auxilio o ayuda) que se ha querido aportar a la empresa delictiva común. Si el cómplice sólo quiso cooperar para que se cometiera un delito menos grave que el cometido, su responsabilidad y su pena, corresponden al delito menos grave que quiso que se ejecutara.

(del voto de los Dres. Catalano y Ferraris)
"Del Río", Tomo 146:153

2.3. *Pena*

La pena que corresponde al cómplice secundario (art. 46 del C.P.) se identifica con la que corresponde a un delito tentado de acuerdo a lo previsto en el art. 44 del C.P.

"Del Río", Tomo 146:153
(según el voto de cada Juez y de acuerdo a lo expresado en el precedente "Morales"),
Tomo 126:577

CAPÍTULO V

CONCURSO DE DELITOS

1. Unidad de tipo o figura

El problema de la adecuación penal se bifurca hacia dos direcciones ciertamente distintas y requiere establecer si el evento fáctico investigado constituye un caso de unidad o de pluralidad delictiva. Lo primero se ubica en el campo del llamado concurso aparente de leyes, tipos o figuras y su solución surge de la aplicación de cuatro reglas lógicas que imponen indagar las estructuras de los tipos penales en cuestión; particularmente, entre éstas, la de subsidiaridad -que se ciñe a la expresa fórmula empleada por la ley en cada caso- no implica una remisión indiscriminada o abierta dentro del catálogo penal, sino que, por el contrario, para que una figura de carácter subsidiario sea desechada por otra, a la par de la mayor gravedad de la segunda, debe existir alguna identificación entre sus elementos estructurales, en la norma prohibitiva que cada una contiene y, lógicamente, aun sin mediar relación de género especie, en la violación al bien jurídico que ambas protegen. La pluralidad delictiva, en cambio, se rige por las normas del concurso ideal y real de delitos.

“Tapia”, Tomo 135:75

2. Unidad de hecho. Concurso ideal

El concurso ideal de delitos se configura cuando existe unidad de hecho, unidad de determinación y multiplicidad de lesiones jurídicas.

“Ruiz Azurmendi”, Tomo 144:519

La teoría de la “unidad de intención”, a tenor de la fórmula del art. 54 del C.P. -tomada de la legislación italiana por el proyecto de 1891, que se aparta del de 1886 y sus antecedentes- de ninguno modo permite determinar por sí sola la existencia de “un hecho único” y que los delitos imputados sólo concurren de manera ideal o formal.

Ello es así porque no puede dotarse de capacidad excluyente a la “unidad anímica” del autor o dejar impune, so pretexto de un único designio o propósito, la independiente lesión de otros bienes jurídicos cuando resultare del desarrollo de su empresa delictiva, aun cuando éste la haya materializado en relación medio fin. Sobre el particular, señala Ricardo Núñez que, en la línea de ese absurdo “un individuo podía violar un domicilio, destruir la puerta de acceso al mismo, matar a quien pretendiera oponerse y, si se le ocurría, violar a la mujer que se encontrara en el domicilio, y, a pesar de todo eso, sólo merecía una pena cuya unidad se fundaba en una supuesta unidad de la actividad delictiva.” (“El Problema del Concurso Ideal de Delitos”, “Opúsculos de Derecho Penal y Criminal”, N° 12, Ed. Lerner, Córdoba 1986, p. 18). Desde otra óptica, en total coincidencia con lo dicho, enseña Sebastián Soler destacando su irrazonabilidad que “ningún motivo aconseja considerar no punible un hecho porque el agente lo ejecute como

medio para consumir otro más” (nota al art. 81 del Proyecto de Código Penal del año 1960).

“Tapia”, Tomo 135:75

2.1. “*Ne bis in idem*”

Tratándose de un supuesto de concurso ideal, la unidad fáctica impide la multiplicación de pronunciamiento en sentido contrario.

“Vargas”, Tomo 111:237

No resulta posible la condena y absolución simultáneas respecto de un mismo hecho en supuestos de concurso ideal, en razón del carácter inseparable de la conducta. Un pronunciamiento contradictorio que absolviera y condenara respecto de un mismo “factum” constituiría una anomalía susceptible de comprometer la vigencia de la sentencia como pronunciamiento judicial válido, y la convertiría en arbitraria al violar las formas sustanciales del juicio.

La sentencia debe contener un pronunciamiento unívoco, sin que sea dable que se señale al caso como comprendido dentro de la órbita de licitud y al mismo tiempo se condene incluyéndolo en el marco de las conductas punibles, ya que la unidad del hecho impide que la decisión se multiplique en forma intolerable con sentidos inversos respecto de distintos títulos jurídicos en concurso ideal, lo que comportaría una nulidad absoluta por constitutiva de doble juzgamiento.

Se ajusta a derecho la sentencia en la que el tribunal absuelve al imputado al considerar que no se había formulado acusación en su contra, por haber solicitado la fiscalía condena

y absolución al mismo tiempo, lo que implicó la violación de los principios de congruencia y “ne bis in idem”.

“Morizzio”, Tomo 141:635

2.2. *Individualización judicial de la pena*

Si bien la aplicación sobre las disposiciones de concurso ideal no determina la formación de una escala diferencial, ello no impide que la multiplicidad de efectos dañosos se computen como circunstancias agravantes en orden a establecer la pena aplicable.

“Barboza”, Tomo 112:525

2.3. *Prescripción*

En el concurso ideal, por tratarse de un solo delito, la prescripción debe regirse por la pena mayor que es la única aplicable de conformidad al art. 54 del C.P.

“Lemir Saravia”, Tomo 148: 379

3. Pluralidad de hechos. Concurso real

3.1. *Unidad de la personalidad del autor.*

Tratándose de pruebas que versan sobre la persona del acusado, la pericia psiquiátrica y la psicológica, no obstante fueran ordenadas en el marco de distintas causas acumuladas, poseen valor probatorio suficiente sobre la personalidad, la cual no cabe escindir; máxime tratándose de un concurso real de delitos (art. 55 del C.P.) y a la luz de los arts. 37, inc. 3º y cc. del Código Procesal Penal.

“Choque”, Tomo 145:413

3.2. *Relación entre los hechos de la sentencia y la acusación*

Si en el requerimiento de juicio se acusa a la imputada de agredir físicamente a la víctima en la vía pública y posteriormente amenazarla a efectos de que no radique denuncia policial, “prima facie” se materializaron dos hechos delictivos, puesto que habría exteriorizado dos acciones que naturalmente son distintas y que se adecuan, respectivamente, a dos supuestos reprimidos por el Código Penal, produciendo dos resultados en el mundo real también distintos que constituyen lesiones independientes a bienes jurídicos penalmente protegidos: a la integridad física, en un caso, y a la libertad psíquica en el otro.

Corresponde declarar la nulidad de la sentencia y del debate, si el tribunal absolvió únicamente a la acusada del delito de lesiones leves, limitándose a juzgar uno de los hechos delictivos llevados a su conocimiento, pues los hechos que, acusados, configurarían la coacción, no fueron tratados y, al constituir un concurso real, el vicio no se circunscribe a una cuestión de calificación o subsunción. Es deber del juez resolver todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio y de acusación.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)

Es válida la absolución por el delito de lesiones, si el tribunal indicó las razones determinantes de su estado de duda acerca de la responsabilidad penal atribuida a la acusada y tal valoración no excluye sino que involucra la existencia de otros elementos de juicio que pudieron conducir a la solución contraria.

Corresponde dejar sin efecto la sentencia sólo en cuanto a la imputada por el delito de coacción, al omitir el tribunal decidir su situación procesal en relación a la acusación por ese

delito, que concurre materialmente con el de lesiones, pues se trata de hechos independientes entre si aunque ocurridos uno después del otro conforme la hipótesis contenida en el requerimiento de juicio.

(del voto de las Dras. Ayala y Garros Martínez)
"Jaime", Tomo 145:039

3.3. *Prisión preventiva. Cómputo*

En supuestos de concurso real de delitos -por regla- debe dictarse un único acto jurisdiccional condenatorio; entonces, la prisión preventiva sufrida en cualquiera de los procesos sustanciados -incluso separadamente- y que culminaran con la sentencia, debe ser computada a la pena impuesta en la única condenación, aun en aquellos en que resulte absuelto el acusado.

De no computarse el tiempo de prisión preventiva sufrida por el sujeto al que se le imputan una pluralidad de causas en relación a aquellas en que ha sido absuelto o sobreseído, podría incurrirse en el absurdo de aceptar que una condena beneficiaría su situación al respecto y no así la absolución, dado que en el caso de condena ese tiempo se imputaría a la pena única.

"Bianchi", Tomo 137:075

4. Delito Continuado (art. 63 del C.P.)

La prescripción de la acción penal en los supuestos de delito continuado comienza a correr a partir del último de los actos que integran la empresa delictiva originariamente concebida por el causante y que es ejecutada en sucesivos hechos interdependientes. En efecto, la unidad de designio delictivo

tiene una manifestación concreta en el plano de la prescripción, donde se verifica una consecuencia elemental consistente en la imposibilidad de separar distintos cursos, como ocurre con los que se generan respecto de la persecución de cada uno de los hechos independientes que integran el concurso real.

“Alfaro”, Tomo 111:615

5. Unificación

5.1. *Fundamento*

La unificación de penas, prevista en el art. 58 del C.P., es un mecanismo que garantiza la imposición de una sola sanción, consagrando el principio de pena total o prohibición de coexistencia de penas. Sus disposiciones tienen el propósito de evitar que quien resulta múltiplemente condenado en jurisdicciones distintas o en épocas sucesivas quede sometido a un régimen punitivo plural.

“Ponce”, Tomo 99:687

La norma contenida en el mencionado artículo tiene la finalidad de evitar la bifurcación de la persecución penal y, como derivado de ello, impedir elevar a inauditas e incontralables magnitudes -acumulación mediante- la medida de la pena, como también, que la justa imposición penal, retributiva a la culpabilidad, no se vea disminuida en su cumplimiento por desaciertos procesales.

“Bustos”, Tomo 138:239

5.2. Reglas

El art. 58 del C.P. encierra dos reglas que gobiernan la unificación de penas y que imponen, cada una de ellas, diferentes requisitos para la viabilidad de dicho instituto.

“Pacheco”, Tomo 104:103

1ra. Regla: La primera regla exige que el ya condenado y nuevamente juzgado “esté cumpliendo pena por otro hecho distinto”, sin distinguir entre reiterante y reincidente, por lo que, en tal supuesto, cuando no se haya agotado la pena, deberán unificarse ambas sanciones. Por el contrario, la unificación no procederá si la primera condena se encuentra agotada. La unificación debe ser practicada por el tribunal de la segunda sentencia sin importar la magnitud de los delitos juzgados.

“Balcasar”, Tomo 131: 1043

2da. Regla: La segunda regla procede ante la omisión de la primera. Requiere que el imputado sea sucesivamente condenado, adquiriendo ambos pronunciamientos firmeza sin que se dispusiera unificar las dos sanciones. En tal caso, la competencia para unificar es del tribunal que impuso la pena mayor; aun cuando ello es el producto de la inobservancia del deber de unificación que pesaba sobre el tribunal que emitiera la última condena.

“Acuña”, Tomo 144:413

Para que proceda la unificación no basta con la violación de la 1ra. regla mencionada, ya que es necesaria la subsistencia de un interés jurídicamente atendible. Ello requiere que

se esté cumpliendo pena, pues si ésta se hallase agotada no habría nada que unificar, sino sólo hacer cumplir la pena del segundo delito; aunque se admite que ésta no se encuentre compurgada o extinguida, cuando subsista un interés a los efectos de ejecutar la pena unificada o a los fines de que ésta sirva de base para la prescripción u otra institución vinculada a la naturaleza o medida de la pena.

Esto último reviste eminente naturaleza extraordinaria toda vez que puede producir efectos sobre la libertad; por tanto, la procedencia de la unificación sólo debe ser decidida mediante la aplicación del tribunal de criterios absolutamente restrictivos que permitan con total certeza y seguridad aceptar, como daño colateral ineludible, superponer la necesidad de enmendar una omisión judicial sobre la libertad que, también por decisión judicial, viene gozando el individuo. No basta, así, la violación a la 1ra. regla sino que la unificación debe ser evidentemente imprescindible.

“Espinoza”, Tomo 156:555

5.3. *Hipótesis*

El art. 58 del C.P. contempla dos hipótesis de unificación que deben aplicarse en cualquiera de sus reglas de competencia.

1ra. hipótesis: Comisión por un mismo agente de hechos delictivos independientes, alguno o algunos con condena firme y otro u otros, aunque anteriores a dicha condena, con causa posterior en trámite en cuya sentencia debe procederse a la unificación. Es un caso de concurso real, impedido de una única condena por desajustes procesales derivados de la no aplicación de las reglas de acumulación.

El tribunal unificador goza ampliamente de la discrecionalidad establecida, dentro de los marcos punitivos, por los arts. 40, 41, 55 y 56 del C.P.; consecuencia de ello, debe acumular jurídicamente las penas y construir una nueva, que puede o no coincidir con la sumatoria de los montos acumulados.

A fin de efectivizar el derecho de igualdad, son aplicables las reglas, principios, derechos y beneficios, tanto materiales como adjetivos, de los que gozaría el imputado si hubiera sido condenado por hechos en concurso real, por un único tribunal y mediante una única sentencia. En especial, la prisión preventiva cumplida en alguna de las causas beneficia y debe computarse para todos los hechos investigados en las otras causas, favoreciendo al condenado -en orden a los restantes hechos- el tiempo excedente sufrido en alguno de los procesos que, aunque independientes, debieron ser únicos.

2da. hipótesis: Extiende las reglas punitivas del concurso real al caso, considerablemente distinto, de un delito cometido después de la condena e imposición de una pena y antes de que estuviese cumplida o mientras se cumple. Al unificar, la escala se construye: desde lo que resta para cumplir de la pena impuesta por el primer hecho o el mínimo del segundo hecho -según cual sea mayor-, y hasta el máximo conminado para el segundo hecho.

La unificación de penas, en cualquiera de sus hipótesis, afecta la etapa de individualización penal, no así la declarativa de autoría y responsabilidad.

"Espinoza", Tomo 156:555

CAPÍTULO VI

PENA

1. Individualización de la pena

1.1. *Legal*

Con arreglo a los principios de legalidad y reserva penal, la tipicidad, cumple, por una parte, una función de garantía respecto al acusado evitando la arbitrariedad y los excesos en el castigo y, por otra, no menos importante, legitima y autoriza la reacción estatal, asegurando a la sociedad que el delito será reprimido en la justa medida determinada en abstracto por el margen penal imponible, resultado apriorístico e inmutable del grado y la cantidad retributiva que merece la concreta transgresión.

La individualización de la pena, así, no sólo es judicial, sino, además, legislativa (amén de la faz ejecutiva). El juez, entonces, al aplicar la ley, por imperio constitucional y como garantía de justicia, no debe exceder el máximo de pena previsto para el delito, pero tampoco, transgredir el mínimo.

Razones de igualdad, además, así lo imponen, pues, conforme a la inveterada e invariable jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no pueden disponerse

excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

*(del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Posadas y Vittar)
"Valdez", Tomo 143:229*

La fijación de límites mínimos en las escalas legislativas penales suele explicarse mediante la máxima utilitarista de que la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena, por lo que la pena sería una tasa que posibilitaría la función disuasoria, basada sobre el supuesto de que el ser humano actúa siempre racionalmente y, antes de cometer cualquier delito, formula un cálculo de rentabilidad. El principio de proporcionalidad entendido como límite se opone a ser vulnerado hacia arriba (límite máximo) pero no hacia abajo (límite mínimo), por lo que no impide que pueda disminuirse o incluso renunciarse a la pena.

En este sentido, debe recordarse que, hace más de un siglo, los redactores del Proyecto de 1891 señalaban que sin salir de lo sancionado por legislaciones tan recomendables como los códigos alemán, holandés entre otros, se habría podido suprimir en general el límite "mínimum" y establecer sólo el "máximum" de duración o cantidad hasta donde podría llegar el magistrado. De este modo se le habría dado mayor latitud de juicio y habría quedado en mejor condición para determinar la pena conveniente. Pese a ello, ante el temor de que los jueces pudiesen resultar demasiado benignos, los autores de ese proyecto y del Código vigente prefirieron mantener los mínimos, que en lo concreto, prácticamente han desaparecido de otras legislaciones modernas.

Conforme a ello, la motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor

reproche en razón directa con la intensidad de la conducta ilícita. De allí es que el artículo 41 del Código Penal proporciona las bases utilizables por el juez para fijar la pena en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias referidas a la conducta delictiva y las relativas a la personalidad del delincuente.

(del voto del Dr. Cornejo)
"Choque", Tomo 136:1075

1.2. *Judicial*

La justa medida de la pena que corresponde a cada caso concreto puede ser resumida -conforme a una auténtica interpretación de la ley- en "la determinación de las circunstancias que influyen en la mayor o menor criminalidad del acto y en la mayor o menor responsabilidad del delincuente" (Exposición de Motivos del Proyecto de Cód. Penal de 1906, Ed. Oficial, p. 306; reproducida en la exposición del Proyecto de 1917 que establece el sistema adoptado por el Código de 1922).

La valoración que debe efectuarse al respecto es una labor del juez y no escapa al control casatorio en absoluta congruencia con el derecho a la doble instancia que consagran los arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En dicha tarea confluyen elementos de carácter objetivo, dirigidos a especificar la magnitud del injusto cometido - circunstancias referidas al delito- y elementos subjetivos necesarios para establecer la culpabilidad y peligrosidad del autor - circunstancias referidas al autor y a las modalidades particulares del delito-. En atención a esos criterios, los arts. 40 y 41 del

C.P. establecen los parámetros que el juez debe ponderar conjuntamente para individualizar la pena en el caso concreto.

En lo que hace a la faz objetiva, debe descubrirse, de entre los múltiples supuestos posibles para producir el resultado delictivo contemplado por el legislador, cual es el materializado por el autor y, atender a él, en tanto pueda descubrir la mayor o menor tendencia y actitud delictiva.

Como necesario complemento, constituyente de la faz subjetiva, aparece la valoración de la culpabilidad que, como base de la responsabilidad penal, encuentra su primera fuente en la reacción del derecho canónico frente al objetivismo de los germanos y en la fundación del principio “nulla poena sine culpa”, que hoy informa a toda legislación que, como la nuestra, se estructure en derecho penal liberal. Esta debe ser tomada en razón de la mayor o menor violación del deber de no delinquir, la mayor o menor perversidad, la mayor o menor maldad y en la mayor o menor corrupción moral del autor.

La peligrosidad delictiva, por su lado, debe ser tomada en razón de su mayor o menor capacidad para cometer nuevos delitos. Cumple, así, específicos fines de prevención y su determinación sólo puede surgir de los elementos obrantes en la causa.

Resultan así dos premisas ineludibles que deben concurrir indisolublemente en el caso concreto para que la sanción impuesta sea -verdaderamente- la consecuencia legítima del delito cometido. Primero, que la pena no puede ser tasada con criterios absolutos, tomando en cuenta sólo los resultados del delito y su gravedad. Segundo, que los aspectos a valorar en cuanto a la culpabilidad y a la peligrosidad, surgen de la personalidad del autor, de sus circunstancias individuales y la realidad que lo rodea, siendo susceptible de graduación según

la influencia de éstos en la determinación a delinquir, su margen de opción o elección y su entendimiento.

Como síntesis, con total sustento en el derecho penal de acto, se colige que la pena individualizada debe adecuarse a la personalidad del autor pero sólo si continúa reflejando la gravedad del ilícito.

"Alonso", Tomo 127:589

2. Agravantes genéricos

2.1. *Armas de fuego*

Con acento en el criterio sustentado sobre el punto casi al unísono por los tribunales del país al mensurar las penas, apriorísticamente y de modo abstracto, la ley califica genéricamente la sanción de los delitos que se consuman mediando empleo de arma de fuego (art. 41 bis del C.P.). El criterio agravante es notorio e incuestionable; el arma de fuego aumenta la potencia ofensiva del acusado, coloca en desigualdad e indefensión a la víctima y concurre de modo preponderante asegurando el resultado delictivo.

Debe aplicarse, también, en casos de delitos de homicidio simple, siempre que no concurren las otras circunstancias de esa naturaleza contempladas en el art. 80 del C.P.

"Maza", Tomo 145:75

2.2. *Intervención de menores de edad*

La específica intención en el mayor de procurar impunidad, no forma parte del texto de la norma, y tampoco es correcto pensar que ese fue el fin del legislador, máxime cuando para el tratamiento legislativo de la cuestión se habían presentado varios proyectos en donde se utilizaban fórmulas total-

mente distintas. En efecto, el proyecto de ley de los diputados nacionales Víctor Fayad y Elisa Carrió (del año 2001), exigía que la persona mayor de dieciocho años que delinque con un menor “se valiere o sirviere de éste o lo determinare directamente” a cometer el delito; similar redacción se encuentra en el proyecto de la diputada Irma Guglielmo, presentado en 1998; por último, el proyecto de la diputada Silvia Martínez (año 2002) aplicaba la agravante cuando el mayor cometía un delito “sirviéndose de niños (menores de dieciocho años) o en perjuicio de éstos”. Ninguno de los verbos utilizados en esos antecedentes triunfaron a la hora de sancionar la ley 25767, a pesar de su reiteración.

Si nos atenemos a la teleología de la norma, no puede desconocerse que en el dictamen elevado al Senado por la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, cuyo proyecto fue sancionado sin modificaciones, se señaló que “el fin de la inclusión de la norma que aquí se acompaña dentro de la parte general del Código Penal, procura realmente desalentar la utilización de menores de 18 años para cometer delitos por parte de mayores de dicha edad; sea que se valgan de éstos o que los hagan participar como autores o partícipes, lo que equivale a participar en el delito”.

El mensaje es claro, como política criminal de Estado, lo que pretende el legislador es que no se inicie prematuramente a los jóvenes argentinos en el camino de la delincuencia, sin interesar si son utilizados como “salvoconducto” de impunidad o como meros colaboradores o consortes, lo importante es que los mayores, de los que se espera que tengan mejores posibilidades de reflexionar sobre las consecuencias de sus actos, no inmiscuyan en sus empresas delictivas a ningún menor.

Es correcta la aplicación de la agravante genérica prevista en el art. 41 quáter del Código Penal si se comprueba que

el imputado mayor de edad, blandiendo un arma blanca (cuchillo), la apoyó en el cuerpo de la víctima para amedrentarlo, permitiendo con ello que los menores logren la sustracción de un celular.

(del voto de los Dres. Garros Martínez, Vittar, Ayala, Catalano y Ferraris)

Cabe suscribir la postura más restrictiva que entiende que la participación de menores de edad debe poner en evidencia, en forma diáfana, que se ha pretendido descargar, transferir o diferir la responsabilidad penal en los menores, o, que éstos han sido instigados por los adultos para intervenir en el hecho. Es dable recordar que cuando se llevó a cabo esta reforma operada por la ley 25767 se desaprovechó la oportunidad de incorporar la autoría mediata al art. 45 del Código Penal.

Sin que se haya realizado la reforma sobre el art. 45 del Código Penal, automáticamente no pueden agravarse las penas por la mera intervención de menores de edad en el hecho, por cuanto se vulneraría insanablemente el principio de legalidad y la garantía del tipo penal, cuya descripción de la conducta punible no puede ser extendida al imputado “de lege ferenda”.

Directamente vinculado al principio de legalidad se encuentra el principio de máxima taxatividad legal e interpretativa. Aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible en su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que ella debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal. Cuando los

límites legales no se establecen de esta forma, y cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: declarar la inconstitucionalidad de la ley; o, aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.

Conforme a dichos principios, el artículo 41 quáter del Código Penal debe ser interpretado en sus justos límites, y, de acuerdo a las circunstancias particulares de la causa y las pruebas colectadas durante el proceso, evaluar si efectivamente los menores fueron utilizados como meros instrumentos inimputables en la comisión del ilícito, o si en su caso, actuaron como copartícipes de la acción criminal que culminó con la imposición de la pena al mayor y la declaración de responsabilidad de los menores intervinientes en el injusto.

Si los menores tuvieron determinación y autonomía en sus voluntades para actuar como lo hicieron, con o sin la participación de su consorte de causa, no puede aplicarse la agravante genérica.

Cabe recordar que autor mediato es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica. Deben existir pruebas en la causa que acrediten de manera fehaciente que el encartado haya sido quien determinó a los menores para que actuaran a su antojo o bajo la órbita de su dirección, de ser así, los menores nunca deberían ser declarados responsables, sino inimputables por la coacción que éste hubiese ejercido sobre sus voluntades. Ello es así, porque sin dominio de la voluntad del instrumento coacto no puede haber autoría mediata, y si no hay dominio de la voluntad, tampoco puede autorizarse a la imposición de un

agravante que redundaba en perjuicio de la garantía de la legalidad taxativa “nullum poenam sine legem” que debe primar en la descripción de una conducta antijurídica.

La finalidad que tuvo el legislador al introducir esta agravante no fue tanto que objetivamente interviniera un menor en un hecho grupal, sino que la intervención del menor tuviera la finalidad de descargar la responsabilidad en él. La finalidad de descargar la responsabilidad en el menor tendrá que ser acreditada en cada caso pero en especial en referencia al tipo subjetivo, por tratarse de un especial elemento subjetivo distinto del dolo.

Si el encartado mayor de edad prefirió el silencio y no declaró en el proceso, dicho silencio no puede traerle aparejada presunción alguna en su contra, ni tampoco ser usado en su imputación, y menos cuando de los dichos de los propios menores no surge jefatura, dirección o acatamiento alguno de parte de ellos en la perpetración del hecho. La postura laxa que no repara en agravar la pena cuando simplemente haya intervenido un menor, aún cuando no constare que fue coaccionado o inducido a cometer el delito, riñe con las garantías más elementales en que se informa el principio de legalidad, tanto en materia constitucional como en lo atinente al control de convencionalidad que deviene de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que la Argentina es signataria y tienen jerarquía constitucional.

(del voto del Dr. Cornejo)
“Rojas”, Tomo 156:967

3. Prohibición de doble valoración

La garantía constitucional del “ne bis in idem”, no es violada si, como corresponde, el juez valora las circunstancias

especiales que presenta cada caso en particular, que son las que permiten individualizar la pena dentro de la amplia escala establecida por la norma penal y los distintos modos de cometer un mismo delito.

“Vargas”, Tomo 147:269

4. Condena condicional

4.1. Fundamentación

La exposición de motivos del Poder Ejecutivo Nacional, que adjuntaba el proyecto que luego sería la ley 23057, expresaba su preocupación porque la automaticidad con que se aplicaba la condena condicional aseguraba que no se aplicaría pena alguna al delincuente primario que cometiera un delito amenazado con pena mínima de hasta dos años -elevado a tres por la misma ley-, con lo que se afectaba la función de prevención general de la pena.

Por eso, el texto vigente del artículo establece la obligación, bajo pena de nulidad, de fundar la decisión judicial que deja en suspenso la ejecución de la pena en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad (art. 26 del C.P.).

Si bien todas las decisiones judiciales deben ser fundadas, el legislador ha querido remarcar la obligación para terminar con la aplicación mecánica del instituto. Por ende, es claro que el sentido de la nulidad se da en los supuestos de concesión del beneficio de modo cuasi-automático y sin una decisión fundada, dado que la regla es la prisión efectiva -para

apartarse de ella es que funda la decisión- y la condicionalidad lo extraordinario.

“López”, Tomo 142:823

4.2. *Reglas de conducta*

Resulta ineludible para el tribunal que dicta una pena de cumplimiento condicional la imposición de todas o alguna de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal y es de su exclusivo resorte determinar aquellas que considera adecuadas para el caso concreto.

La imposición de reglas de conducta al condenado opera como un complemento de la condena de ejecución condicional impuesta y tiende a reforzar su efectividad. Tan es así que la suspensión de la ejecución de la pena pronunciada - exclusivamente si es de prisión- es revocada si el condenado no cumple con las condiciones posteriores impuestas (art. 27 bis, “in fine” del C.P.).

Dichas consecuencias eran inexistentes en el sistema anterior que sólo preveía como causal de revocación de la condicionalidad la comisión de otro delito (art. 27 del C.P.). De lo expuesto se advierte que en la reforma se contempla un régimen más severo para la ejecución de la condena condicional.

La “ratio legis” de la imposición de reglas de conducta en caso de condena a pena privativa de la libertad de ejecución condicional es la de poner a tono nuestro derecho de fondo con las doctrinas modernas que consideran a la pena en su función social y no sólo en su faz retributiva. Sin la imposición de por lo menos una regla de conducta que haga a su reinserción social, no se tendería al logro de una verdadera resocialización de infractores primarios u ocasionales cuyas condenas se dejan en suspenso.

“Ventura”, Tomo 141:313

El art. 27 bis del C.P., bajo una fórmula imperativa y no facultativa para el juez -“deberá”- establece las reglas de conducta a imponer de manera inherente al beneficio otorgado a los imputados (art. 26 del C.P.), precisamente, a fin de que éste no sea incondicionado. No cabe duda de la necesidad de que el Estado ejercite plenamente su facultad de contralor de la evolución de la conducta del condenado, pues de ello depende la vigencia de la condicionalidad; lo que surge de la letra clara de la ley, enmarcada en el sistema continental europeo o franco-belga.

“Gallardo”, Tomo 144:929

4.2.1. *Naturaleza*

Las reglas de conducta que contiene el art. 27 bis del Código Penal, no constituyen una nueva pena principal, conforme una adecuada interpretación sistemática con lo dispuesto por el art. 5º de dicho cuerpo normativo. Desde una perspectiva dogmática, tales reglas constituyen obligaciones impuestas al condenado, las cuales, cuando son aplicadas por el tribunal, sistemáticamente, operan como una condición para la subsistencia del beneficio; condición cuya inobservancia por parte del condenado, puede, incluso, adquirir un efecto resolutorio de la condicionalidad. A su vez, contienen una finalidad político-criminal determinada, la de crear, a través de ellas, un régimen de ayuda y control tendiente a la reinserción social del condenado.

“Figueroa”, Tomo 136:321

4.2.3. *Incumplimiento*

Para revocar la condena de ejecución condicional por incumplimiento de las reglas de conducta, es necesario haber agotado antes una serie de alternativas que surgen de una interpretación sistemática del art. 27 bis del código citado. En primer lugar, el tribunal podrá modificar las reglas de conducta, cuando la imposibilidad de su cumplimiento sea justificada. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional podrá insistir en que el beneficiario las satisfaga, sin que del incumplimiento en que hubiese incurrido, se derive sanción alguna. Finalmente, dispondrá que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento y, recién luego, en caso de persistencia o reiterancia decidirá la revocación.

"Figueroa", Tomo 136:321

4.3. *Efecto*

Cuando el art. 27 del C.P. determina que la condena condicional se tendrá como no pronunciada si en el término de cuatro años contados a partir de la fecha de la sentencia firme el condenado no cometiere un nuevo delito, establece un efecto que sólo exige una concreta declaración judicial en tanto medie un interés concreto susceptible de invocación por la parte.

Esto último ocurre si el condenado comete un nuevo delito y debe determinarse la procedencia de que cumpla junto a la anterior una nueva condena, tal como ese artículo lo indica en su parte final. Mientras esa condición no se verifique la pretensión de que se declare judicialmente que la condenación se

tiene por no pronunciada carece de sentido, en tanto no se asienta en el único interés que puede justificarla, que surge de la lectura integral de dicho artículo, consistente en que, tras el dictado de la nueva condena la primera no se haga efectiva.

El interés no puede relacionarse con la eventual declaración de reincidencia y su repercusión en la libertad del condenado, en tanto la condenación condicional carece de toda incidencia en la aplicación del régimen del instituto previsto por el art. 50 del C.P., pues esa norma adopta el sistema de reincidencia real, requiriendo el cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad, extremo que precisamente se excluye cuando se concede el beneficio previsto en el art. 26 del mismo código.

“Cavallo”, Tomo 92:723

5. Reincidencia

La reincidencia es una situación jurídica que depende de la comprobación objetiva de dos circunstancias, el cumplimiento efectivo de al menos una parte de una condena anterior, y que el nuevo delito, punible también con pena privativa de la libertad, se cometa antes de transcurrido el término indicado en el último párrafo del artículo 50 del Código Penal. La nueva sentencia dictada a un mismo imputado no es constitutiva del estado de reincidencia, sino simplemente declarativa de la comisión del nuevo delito que genera ese estado.

De la actual interpretación del artículo 50 del Código Penal surge que la modificación del criterio hacia el de reincidencia real o verdadera, atiende al fin de prevención individual de la pena; por ello, para la declaración de reincidencia basta con la existencia de una condena anterior, cuyo carácter comunicativo, sea en forma de prevención o de represión, se

ve nuevamente cuestionado por el accionar posterior de quien recae en el delito.

Corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, que conlleva una finalidad vinculada a la resocialización, en razón de que la garantía de igualdad ante la ley no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria y el distinto tratamiento tenga justificación en el desprecio hacia la pena, circunstancia que justifica las consecuencias jurídicas del instituto de la reincidencia.

El instituto de la reincidencia no afecta el principio “ne bis in idem”, pues lo que éste prohíbe es la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide que la condena anterior surta efectos respecto del tratamiento que se considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción penal u otras consecuencias jurídicas. Al no pertenecer la reincidencia a la estructura del hecho típico, no puede vulnerar de ningún modo el principio aludido, y por corresponder a la culpabilidad, sirve para adecuar la pena a una reprochabilidad cuya conciencia del injusto contiene, como elemento para el juicio de punibilidad, la medida en la desobediencia de la ley.

“Cruz”, Tomo 139:19

5.1. *Requisitos para su declaración*

El denominado sistema de reincidencia real establecido en el art. 50 del C.P. tiene, como presupuesto esencial, que quien se encuentre cumpliendo una pena privativa de libertad cometa un nuevo delito, es decir que recaiga en actividad delictiva luego de que le haya sido aplicada, total o parcialmente,

una pena privativa de libertad. De allí que el delito que motiva la reincidencia sólo pueda ser de fecha posterior a la primera condena, y siempre, cometido en el lapso indicado en el art. 50 del C.P.

“Heredia”, Tomo 88:89

5.3. Inconstitucionalidad del régimen de reclusión por tiempo indeterminado en supuestos de reincidencia múltiple

El sistema establecido en el art. 52 del C.P. es inconstitucional, porque transgrede el principio de culpabilidad estricta por el acto (arts. 9 Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 de la Constitución Nacional) y la prohibición de persecución múltiple (arts. 8.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En el esquema supralegal argentino, el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, albergan al principio de reserva, pudiendo inferirse de su texto que lo único que puede ser objeto o materia de prohibición son las “acciones”.

El “principio de culpabilidad” hace que cada individuo deba responder por la responsabilidad específica que le puede corresponder por la transgresión de una norma penal anterior al hecho del proceso y no por cuestiones ajenas a ello, como pueden ser sus intenciones, su personalidad, su forma de ser y el modo de conducir su vida.

La imposición de medidas accesorias como la reclusión por tiempo indeterminado, tal y como aparece definida en el art. 52 del C.P., se asocia a los parámetros estructurales del tipo

penal de autor, sobre la base de una concepción de culpabilidad por conducción de vida donde el hecho es valorado conforme a su significado sintomático, infringiendo principalmente la vinculación del legislador al principio de derecho penal de acto.

El régimen de intensificación penal por reincidencia importa una transgresión al principio del “ne bis in idem”, y supone una doble valoración de un mismo hecho creando un delito autónomo (ser reincidente) accesorio al tipo penal infringido, lo que violenta el principio de culpabilidad al superar los límites impuestos por el hecho típico.

La naturaleza de la reclusión por tiempo indeterminado no puede independizarse de las modalidades de su aplicación concreta, ya que a diferencia de las más características medidas de seguridad (por ejemplo internaciones en institutos psiquiátricos) se cumple de igual manera que la pena que viene sufriendo el condenado.

Desde el punto de vista de la ejecución, puede sostenerse que la “reclusión por tiempo indeterminado” es “pena” para el condenado y no medida de seguridad.

Las medidas de seguridad que no tengan carácter curativo y que importen privación de libertad con sistema carcelario, son en realidad penas y su aplicación en función del art. 52 del C.P. es inconstitucional porque viola los principios de culpabilidad, de proporcionalidad de la pena, de reserva, de legalidad, de derecho penal de acto, el que prohíbe la persecución penal múltiple y el de humanidad.

(del voto de los Dres. Posadas, Catalano, Ferraris, Garros Martínez)

Según los tratados internacionales de jerarquía constitucional las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la “reforma y la readaptación social de los con-

denados” y “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (art. 5 inc. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente). Ello pone un límite al derecho penal argentino, que no puede oponerse a disposiciones de rango superior.

La pena accesoria del art. 52 resulta violatoria de esa realidad personal del acusado privado de libertad y de sus derechos, pues en definitiva se lo está juzgando de nuevo por un hecho del que ya recibió y cumplió sanción, afectándose el principio del “ne bis in idem”, siendo entonces carente de sustento la sola justificación de la sanción por la peligrosidad del delincuente. En igual sentido, es contraria al principio de culpabilidad porque desconoce lo afirmado, tanto en doctrina como en jurisprudencia, de que la Constitución Nacional consagra un derecho penal de acto y no de autor. Esta pena accesoria, que no guarda ninguna relación con el contenido del injusto ni con la culpabilidad del delito a cuya pena acompaña no sólo es inconstitucional por violar el principio de mínima irracionalidad, sino también por su genealogía antirrepublicana e incompatible con la antropología constitucional, pues no es más que una síntesis de las viejas penas de deportación y de relegación.

La accesoria del art. 52 padece de una tacha incuestionable de inconstitucionalidad, pues al margen de su consideración como pena de ejecución especial, debemos afincarnos en la realidad del acusado que percibe la sanción como una pena, porque en definitiva tiene su libertad limitada por efecto de su conducta inapropiada frente a la sociedad.

(voto de la Dra. Ayala)
“Velázquez”, Tomo 123:1

Si bien el artículo 52 del Código Penal se refiere a la reclusión por tiempo indeterminado, luego de la reforma del artículo 55 de ese código para el caso de concurso de delitos, por ley 25928, debe entenderse que el límite es en realidad el plazo de cincuenta años de prisión o reclusión, con lo cual el condenado a prisión o reclusión perpetua puede solicitar la libertad condicional una vez que hubiese cumplido treinta y cinco años de la condena, mientras que el condenado a cincuenta años de prisión, puede hacerlo transcurridos dos tercios de la condena, o sea, a los treinta y tres años y cuatro meses.

Carece de asidero el planteo de inconstitucionalidad por la indeterminación del plazo de reclusión, pues la reforma al Código Penal operada por la ley 25928 establece un término máximo de cincuenta años a la condena, conforme el cual debe realizarse el cómputo de la libertad condicional.

(del voto del Dr. Cornejo)

"Ríos", Tomo 138:119

CAPÍTULO VII

ACCIÓN PENAL

A - EJERCICIO DE LA ACCIÓN

1. Acción pública

1.1. *Instancia habilitante*

El proceso penal presupone la previa existencia de un acto de impulso procesal que obre como factor externo respecto del órgano jurisdiccional, “ne procedat iudex ex officio”.

La instancia habilitante del proceso penal puede cumplirse mediante un requerimiento por parte del Agente Fiscal, o a través de las comunicaciones cursadas durante el sumario de prevención, en particular el parte preventivo, que cumple una función promotora autónoma, si bien el ulterior ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público Fiscal.

“Lazarte”, Tomo 123:769

Al fiscal le incumbe la promoción y el ejercicio de la acción pública por mandato constitucional, siendo en definitiva una autolimitación del Estado en su pretensión punitiva.

“Acuña”, Tomo 135:435

En el procedimiento sumario, si no existe requerimiento de juicio formulado con arreglo a las pautas descriptas en los arts. 357 y 184 del C.P.P., sobreviene en consecuencia la ausencia de un ineludible acto promotor.

(del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas, Catalano, Cornejo y Ferraris)

“Pérez”, Tomo 132:21

2. Acción pública dependiente de instancia privada

2.1. Instancia habilitante

En los delitos de acción dependiente de instancia privada, la denuncia o acusación de parte es un requisito de procedibilidad sin el cual no puede procederse a formar causa.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)

Cuando se está frente a cualquiera de los delitos enumerados en el art. 72 del C.P. sin que se den las condiciones de excepción, no se procederá a “formar causa” mientras no se produzca la instancia por el acto idóneo de quien tenga derecho a instar, dado que la ley ha otorgado un poder al particular determinante de la persecución penal. Es liberar una condición de perseguibilidad que sólo corresponde a quien tenga un concreto interés jurídico que la ley le permite proteger. En estos delitos el particular es quien con su instancia debe mostrar su agravio, o el de su representado (o puesto a su cuidado), para que el Estado asuma la función penal indeclinablemente.

Los motivos de tal restricción fijada por la ley estriban en moderar la arbitraria confiscación de conflictos que es parte esencial del poder punitivo, en procura de que la acción dependa de la víctima, quien es la más indicada para juzgar los eventuales perjuicios que puede acarrearle; o en síntesis el evitar la doble victimización. En el caso particular de los menores, el ordenamiento legal no quiere que éstos resuelvan sobre la conveniencia de un proceso que podría perjudicar tanto a ellos como a su familia.

(del voto de las Dras. Ayala y Garros Martínez)
"Cuellar", Tomo 149:273

2.1.1. Nulidad. Interés. "Strepitus fori"

La sanción de nulidad por violación de disposiciones relativas a la facultad de denunciar delitos de acción pública dependientes de instancia privada debe hallarse siempre vinculada a un interés concreto, pues no existe posibilidad de invalidar lo actuado con el solo fin de satisfacer formalidades legales, sino únicamente en función de la reparación de un gravamen específico, sufrido por algún sujeto procesal. La exclusión de la acción de oficio tiende a evitar que el "strepitus fori" agrave, al margen de la voluntad del ofendido o de quienes están facultados a instar, la lesión causada por el delito, incluyéndose también la defensa de la intimidad o de la familia; se pretende, en beneficio del ofendido, evitar el escándalo que suma a la ofensa del delito, su publicidad; por ello, si el proceso se ha ventilado, ha trascendido lo que puede evitar una decisión contraria, y declarar nulo el pronunciamiento final sólo provocaría la impunidad y en modo alguno beneficiaría al interesado.

El interés de las personas habilitadas para instar subsiste en tanto no se haya producido el “*strepitus fori*” que representa la pública consideración de un hecho que el damnificado puede no querer que se ventile; este aspecto esencial no se cubre si el mentado interés ha desaparecido tras la tramitación del juicio oral, que constituye el ámbito de máxima exposición del hecho.

“Rodríguez”, Tomo 95:917

2.2. *Sujetos habilitados para instar la acción*

2.2.1. *Representantes legales*

Si el hecho anoticiado configura “*prima facie*” el delito de lesiones leves (art. 89 del C.P.) y quien aparece como agraviada es menor de edad, resulta incapaz, según las leyes civiles, para denunciar.

En virtud de ello y por las expresas previsiones del inc. 2º y el penúltimo párrafo del art. 72 del C.P., no puede procederse a la formación de causa sino por acusación o denuncia de su tutor, guardador o representante legal, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público, situaciones estas últimas que no han sido alegadas por el representante del Ministerio Fiscal.

En ese marco, si bien al radicarse formal denuncia y luego ratificarla se invoca el carácter de madre de la menor, de las constancias de autos surge que tal estado civil no ha sido acreditado de conformidad a la expresa limitación del art. 201 del C.P.P.; por ende, no puede tenerse por cumplido el requisito exigido por la ley de fondo y ratificado por la ley procesal (art. 169 del C.P.P.).

“González”, Tomo 128:713

En los delitos de acción dependiente de instancia privada, la denuncia o acusación de parte es un requisito de procedibilidad sin el cual no puede procederse a formar causa y, tratándose de una víctima menor de edad, tal instancia corresponde a sus representantes legales.

La voluntad de remover el obstáculo a la acción pública debe surgir de manera inequívoca, pues, estar a otra cosa implicaría desconocer los fundamentos de la norma sustantiva en cuestión y hacer sopesar al acusado un proceso que la ley no ha tenido en miras legitimar.

No se cumple con el requisito de procedibilidad si la denuncia es radicada y ratificada por la hermana de la menor ofendida -persona ajena a su patria potestad-, mientras que sus padres -verdaderos legitimados- ni siquiera prestaron declaración testimonial, limitándose uno de ellos a acompañarla -sin efectuar manifestación alguna- en su deposición informativa, a fin de integrar su personalidad y con el objeto de dar cumplimiento a otra exigencia legal.

La sola presencia del padre de la menor en el acto de su declaración, no es unívoca y bajo ningún concepto remueve el obstáculo de procedibilidad, puesto que el incapaz no puede instar por sí ni por medio de sus representantes legales y estos últimos son quienes pueden actuar por su propio derecho cuando el representado sea el ofendido por el hecho.

Advertido el obstáculo de procedibilidad, y tratándose del delito de lesiones leves que dio inicio a la causa, debe declararse la nulidad de todo lo actuado.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)

Ante la falta de comprobación en el curso del debate del delito de lesiones graves que concurría idealmente con lesiones leves, no corresponde declarar la nulidad de las actua-

ciones, si con la presencia y firma del padre de la menor damnificada en la declaración informativa prestada en sede instructoria, ha mediado una convalidación tácita del representante legal, salvándose a partir de ese momento el obstáculo para tener por válidamente instada la acción por el delito de lesiones leves (art. 72 del C.P.).

Frente al supuesto de ausencia o irregularidad de la instancia inicial, la no anulación de lo actuado será posible cuando el procedimiento se hubiere cumplido como consecuencia de una declaración de voluntad que, en el momento de producirse, reunía las características de una instancia conformada con lo previsto por la ley de fondo. En este caso la manifestación posterior del titular del derecho significará una ratificación o una confirmación de aquel acto anterior, permitiendo la continuación del proceso.

Si falta un presupuesto procesal al comenzar el procedimiento y la irregularidad desaparece antes de pronunciarse el tribunal sobre la misma, resulta excesivamente ritualista la invalidación de lo actuado.

Es admisible la convalidación tácita de la instancia privada, ya que la participación del padre o madre junto con la menor en actos del proceso denotan su voluntad de que los hechos sean conocidos; ante ello y no siendo los intereses personales del imputado, sino los particulares de la víctima lo que protege la tutela jurídica de la instancia privada, la nulidad debe de ser desestimada.

*(del voto en disidencia de las Dras. Ayala y Garros Martínez)
"Cuellar", Tomo 149:273*

2.2.2. *Guardador*

En el marco de la facultad de denunciar que confiere el art. 72 del C.P., la víctima no puede ser considerada persona

capaz por la sola circunstancia de que su demencia no haya sido declarada por un juez competente.

No resulta razonable pretender que una persona afectada por un retraso mental que fuera objeto de comprobación cargue con el deber de decidir si se promueve una investigación policial o judicial por el encuentro sexual que sostuvo con el imputado, en tanto ello se habría traducido en la segura imposibilidad de proceder.

Aún cuando la persona del entorno familiar no revista la calidad de representante legal conforme al art. 57 del Código Civil, puede ser considerada guardadora, si se presenta una situación de hecho, donde aquella ha venido sirviendo de guía y brindando protección a un sujeto mentalmente disminuido. La guarda es una potestad de hecho, que debe exteriorizarse a través de cuidados materiales y espirituales y se trata de una situación fáctica a la que la ley le atribuye virtualidad jurídica en función de esos elementos exteriorizantes.

"Rodríguez", Tomo 95:917

2.3. Razones de seguridad e interés público (art. 72 inc. 2º, C.P.)

Sin perjuicio de no haberse acreditado la representación que invoca el denunciante y con arreglo al art. 72 inc. 2º del C.P, encontrándose en juego el superior interés de un niño, amparado por distintos instrumentos internacionales incorporados a nuestro bloque constitucional, cuya tutela debe ser ponderada sobre toda otra consideración y tratándose de infracciones cometidas en un marco de violencia familiar, calificada legislativamente, si bien a fines de prevención y erradicación -art. 13, ley 7403-, como de orden público y de interés social, el caso encuadra en la salvedad de la mencionada norma de fondo, en cuanto median razones de interés público, dado

que su conocimiento y juzgamiento resulta útil y necesario para el bienestar de la comunidad. Por tanto, pese a la omisión apuntada, la condición de procedibilidad cedió habilitando la persecución de oficio.

“Subelza”, Tomo 134:37

3. **Acción privada**

3.1. *Instancia*

La querrela admitida abre la instancia penal, porque se trata de un acto promotor del proceso, de un verdadero acto de acusación, que produce la apertura, desde el comienzo, de un proceso plenario y contradictorio.

A pesar de ser un proceso de naturaleza privada, ello bajo ningún punto de vista deroga o excluye las garantías constitucionales que rigen el proceso penal. Entre ellas, el debido proceso impone a la par de la división de roles (en la especie efectivizada por el querellante como acusador y el juez como tercero imparcial), que este último limite su “imperium” al marco de persecución instado por aquél. Porque todo exceso, de no ser corregido, implicaría, por un lado, someter los derechos del acusado a un proceso de estricto corte inquisitivo, lo que ya fue superado hace mucho tiempo atrás y, por el otro, obviar las concretas disposiciones procesales que rigen la cuestión; motivos de orden superior y de estricta naturaleza pública, que no pueden ser desatendidos, constituyendo una causal de nulidad absoluta e insanable que habilita su declaración de oficio.

“Martínez”, Tomo 124:785

3.2. Muerte del imputado

La acción penal se extingue por la muerte del imputado, por lo que estando fehacientemente demostrada esta circunstancia mediante acta de defunción agregada en la causa (art. 201 del C.P.P), debe así declararse.

"Poma", Tomo 133:515

En función del carácter personalísimo de la responsabilidad penal, el derecho moderno ha establecido que la acción tendiente a hacerla efectiva no puede mantenerse vigente luego de la muerte del causante, criterio éste expresamente adoptado por el art. 59, inc. 1º del C.P., por lo que corresponde tener por extinguida la acción penal por fallecimiento del causante.

"Rodríguez", Tomo 127:507

B - PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

4. Caracteres

La vigencia de la acción -en tanto es un requisito de punibilidad- constituye un presupuesto necesario en el proceso penal, que debe atenderse con prioridad respecto de cualquier otro. Ninguna importancia tiene discurrir acerca de la relevancia penal del hecho o de la suficiencia probatoria de los elementos reunidos en la causa para acreditarlo si la acción penal se encuentra extinguida.

La prescripción de la acción penal es una cuestión de orden público, que debe ser declarada de oficio, puesto que se produce de pleno derecho y debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo.

"Palabecino", Tomo 146:563

5. **Fundamento**

La aplicación de la pena, a la par de requerir que no concurra algún presupuesto negativo de punibilidad, exige un ineludible presupuesto positivo; esto es, la vigencia de la acción. Entre sus causas extintivas, todas establecidas en la ley de fondo, la prescripción posee carácter subjetivo y puede resumirse en el transcurso del tiempo sumado a la inactividad estatal; sus efectos, indiscutibles por cierto, son el de aniquilar la potestad represiva, vedar la persecución y, en términos procesales, impedir el pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

"Chaparro", Tomo 142:277

6. **Suspensión del término. Causales**

6.1. *Cuestiones previas y prejudiciales*

Las cuestiones previas exigen una resolución que preceda al proceso penal sin la cual éste no pueda iniciarse (desafuero y antejuicio arts. 185. 186 y cc del C.P.P.) y las prejudiciales un pronunciamiento en otro juicio anterior a la sentencia del delito. Hasta que ellas no sean resueltas la prescripción se suspende (art. 67, primer párrafo del C.P.).

"Ulloa De la Serna", Tomo 142:111

6.2. *Delitos cometidos en ejercicio de la función pública*

La modificación al segundo párrafo del art. 67 del C.P. introducida por ley 25188 extiende los supuestos expresos de delitos funcionales que anteriormente enumeraba a todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública.

"Ulloa De la Serna", Tomo 142:111

La causal de suspensión de la prescripción contemplada en el 2do. párrafo del art. 67 del C.P. no se limita al imputado que detenta la función y extiende sus efectos impeditivos alcanzando a todos los que participen en el hecho delictivo, sea a título de autor, coautor, cómplice o instigador.

"Elías de Bocanera", Tomo 158:485

Si bien el segundo párrafo del art. 67 del C.P. suspende la prescripción para los delitos cometidos en ejercicio de la función pública y extiende dichos efectos a todos los que hubiesen participado, tal disposición no es aplicable a la situación del partícipe ante la existencia de un pronunciamiento liberatorio por atipicidad (art. 326, inc. 3º del C.P.P.), que sólo es procedente ante certeza absoluta sobre la causal y cuyo efecto fue cerrar definitiva e irrevocablemente el proceso en relación a quien, precisamente, se desempeñaba en la función pública. Ello es así porque, el sobreseimiento dictado impone afirmar que los presupuestos aludidos -delito funcional y participación- nunca existieron y, por tanto, nunca tuvieron virtualidad jurídica para suspender el curso de la prescripción.

"Agüero", Tomo 137:113

La calidad de funcionario público y el ejercicio de esa función se encuentra determinada, mediando interpretación auténtica y contextual, de manera obligatoria, en el art. 77 del C.P. que equipara tanto el funcionario propiamente dicho como el empleado o agente y toda otra persona que participe en la función pública, con prescindencia de toda calificación extrapenal y sin distinciones de régimen, rango, escalafón o jerarquía.

“Franco”, Tomo 133:471

La modificación al 2do. párrafo del art. 67 del C.P. introducida por ley 25188 extiende los supuestos expresos de delitos funcionales que anteriormente enumeraba a todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, mandato que, en su justa dimensión, exige que en el caso concreto el delito haya sido llevado a cabo “con motivo” de tal ejercicio, valiéndose de la función como “medio” sin el cual el hecho no podría haberse ejecutado del modo en que se cometió, amén de que ello se encuentre o no previsto como un elemento del tipo en cuestión.

“Paz”, Tomo 153:633

7. Interrupción del plazo. Causales

El instituto de la prescripción ha ocasionado una detenida -y más de las veces poco pacífica- labor interpretativa, a punto tal que las posiciones de los autores y de la jurisprudencia constituyen la fuente mediata de numerosos tratamientos legislativos. Los problemas suscitados no son novedosos y, muy por el contrario, existen desde el momento de la vigencia del Código Penal, alcanzan especialmente a la suspensión e interrupción del término extintivo, y se traducen en las sucesi-

vas alteraciones que ha sufrido el texto del art. 67 de ese ordenamiento legal.

Cabe al efecto recordar que la versión original del Código Penal de 1922 no contemplaba ninguna causal de interrupción y, en atención a las voces que en aquel momento se alzaron, la comisión de otro delito fue incluida por la ley 11221 de Fe de Erratas (1923). El hecho debe ser ulterior y para que proceda la interrupción es necesario que haya recaído sentencia condenatoria.

Luego, a la par de modificaciones atinentes a la suspensión del término, la ley 13569 (1949) agregó la “secuela de juicio”, causal muy criticada en su redacción que dio lugar a una dispar aplicación del instituto por los tribunales del país. Tomada del proyecto Coll-Gómez (1936), a la oscuridad literal y científica de la fórmula se sumaban sus implicancias procesales, y las polémicas -que podrían resumirse en la postulación de una tesis amplia y otra restringida- llegaron al extremo de admitir, por un lado, que cualquier acto de mero trámite interrumpía el curso de la prescripción y por otro, en notoria desigualdad, que sólo contados actos poseen esa capacidad.

“Colque”, Tomo 158:1097

La ley 25990 eliminó el confuso y poco preciso concepto de secuela de juicio y estableció los únicos actos con carácter para interrumpir y hacer renacer el término de la prescripción. No cabe atribuir esa entidad a actos procesales distintos y ampliar -prohibida extensión mediante- el mentado concepto de secuela de juicio a posteriori y en contra de la auténtica delimitación efectuada por la propia ley.

“Ulloa De la Serna”, Tomo 142:111

El régimen penal más benigno cuya aplicación retroactiva corresponde en orden a la determinación de la posible interrupción de la prescripción es el establecido por la ley 25990, donde se elimina el confuso concepto de secuela de juicio y se individualizan los únicos actos a los que cabe atribuir entidad interruptiva.

“Ulloa De La Serna”, Tomo 113:189

7.1. *Comisión de otro delito*

Con meridiana claridad preceptiva y en absoluta armonía con los arts. 18 de la C.N., 2º y cc. del C.P., el art. 67, inc. “a” de este ordenamiento de fondo establece como primera causal interruptiva de la prescripción a “la comisión de otro delito” y no a la fecha de la sentencia que así lo declara.

“Ocampo”, Tomo 143:931

7.1.1. *Verificación de la causal*

El dictado de una resolución de la magnitud del sobreseimiento, que pone fin a la pretensión persecutoria del Estado en el proceso penal, exige de parte del tribunal que lo va a dictar, en razón de lo dispuesto por el art. 67 del Código Penal, que el plazo de prescripción no se haya interrumpido, hecho que sólo se puede verificar a partir de los correspondientes informes, planilla prontuarial y del Registro Nacional de Reinidencia, los que deben reunir las exigencias normativas, en tanto constituye una exigencia del principio de legalidad.

No cumplen con esa exigencia los informes nominativos, ya que los datos consignados sin el correspondiente cotejo

de las huellas dactilares del encausado, no otorgan la certeza y seguridad requeridas y, por ende, no resultan un medio idóneo para descartar la comisión de un nuevo delito.

“Agüero”, Tomo 143:481

Tampoco cumplen la exigencia, los informes expedidos con anterioridad al transcurso del lapso total de la pena máxima del delito imputado.

“Ocampo”, Tomo 143:931

Corresponde dejar sin efecto el sobreseimiento por prescripción de la acción, si el tribunal al dictarlo omitió considerar el informe de reincidencia y la planilla prontuarial agregados en la causa de los que se desprende el dictado de una sentencia condenatoria contra el imputado, con lo cual el tribunal “a quo” no evaluó la comisión de un nuevo delito, que constituye un acto interruptivo conforme lo prevé el artículo 67, cuarto párrafo, inciso “a” del Código Penal.

La resolución que dispone el sobreseimiento sin una motivación que incluya razonamientos adecuados acerca de todos los aspectos vinculados a la posible extinción de la acción, basados en las correspondientes constancias fehacientes relativas a los motivos de interrupción de la acción penal, debe ser declarada nula.

“Peralta”, Tomo 141:1089

7.1.2. Excepción en atención al plazo razonable del proceso

Si bien es cierto que de manera reiterada se ha hablado sobre la imposibilidad de sustituir los informes certeramente

expedidos mediante el cotejo de fichas dactilares por los llamados informes nominativos que emite el Registro Nacional de Reincidencia, a los que no corresponde atribuir un valor probatorio sobre la inexistencia de la causal interruptiva de comisión de un nuevo delito, sin embargo dichas consideraciones no pueden ser objeto de una aplicación automática, cuando en la causa, la sola observación de la desproporción existente entre el tiempo transcurrido desde su inicio, por un lado, y el límite de la sanción aplicable y el plazo de prescripción de la acción, por el otro, dan la pauta de que la persecución penal no puede continuar.

La aplicación de las disposiciones legales sobre prescripción de la acción contenidas en el Código Penal no puede llevarse a cabo de manera irracional, conculcando el derecho a ser juzgado en un plazo razonable que consagran los tratados internacionales de jerarquía constitucional.

“Santillán”, Tomo 136:687

7.2. Actos procesales interruptivos

La ley 25990 (2005) sustituyó los párrafos 4to. y 5to. del art. 67 del C.P. y, con ello, el ambiguo concepto de “secuela de juicio” por cuatro actos procesales con virtualidad para interrumpir el curso de la prescripción. No obstante, el mandato vigente también ha despertado opiniones encontradas.

No caben dudas de que la abrogación definitiva del término compuesto de la ley 13569 es una innovación superadora y efectiviza, de una mejor manera, la garantía de ley escrita y previa (art. 18 de la C.N.); ergo, desde este aspecto no ha merecido objeciones ni reparos. Empero, las críticas de alguna doctrina y, fundamentalmente, las notas diferenciales que presentan numerosos fallos se asientan tanto en la selección del

legislador como en la naturaleza y específica aplicación de esos actos a los diversos ordenamientos procesales del país, cada uno con sus diferencias y particularidades; nótese sino que la nueva redacción del art. 67 del C.P. toma como base al proceso penal mixto y que -incluso en un mismo cuerpo procesal- existen otros procedimientos especiales.

“Colque”, Tomo 158:1097

7.2.1. Interpretación en delitos de acción privada

Resulta de complicada exégesis la determinación de los actos que de acuerdo al art. 67 del C.P. interrumpen la prescripción de la acción en el proceso por delitos de acción privada. La tarea, en ese caso, requiere de un mayor esfuerzo interpretativo y debe realizarse sin incurrir en analogía o la extensión vedada en materia penal, pero sin caer tampoco en una limitación de los efectos de la norma que la derogue respecto de esta clase de causas, con el consiguiente perjuicio para el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a la parte querellante.

Al determinar la actividad procesal que interrumpe la prescripción, la ley 25990 adoptó la tesis amplia que durante la vigencia de la ley 13569 identificaba la voz “juicio” con el “proceso”, comprendidas las dos etapas que lo conforman y todo acto procesal. Así lo demuestran los distintos proyectos de ley examinados por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, que invariablemente modifican el término e implementan fórmulas generales cuyo significado alcanza a la instrucción o, al establecer específicas causales, enumeran actos de esa etapa procesal.

Del análisis de los distintos proyectos presentados, se advierte que el legislador tuvo en cuenta para incluir a la primera citación a indagatoria, además de la taxatividad que rige la norma, precisamente su carácter de acto procesal propio de la fase preparatoria, previa a la actividad que se desarrolla en el juicio y, especialmente, a la que determina el momento decisivo del proceso, etapa para la que reservó otro acto diferente que, en nuestro ordenamiento procesal, se encuentra expresamente previsto (art. 437, del C.P.P.).

Sin apartarse de esa posición jurídica, los proyectos del diputado Damiani y de la diputada Barbagelata -que constituyen las bases del texto sancionado- con mayor precisión y distinciones de técnica legislativa, erradican la expresión “secuela” como toda otra que -por generalidad- pueda ocasionar interpretaciones ambiguas.

Al fundamentar cada uno de los actos taxativamente establecidos en su propuesta, la mencionada diputada justifica en la tesis amplia la inclusión de actos de la instrucción, pero limita los supuestos sólo a dos -incisos b) y c) del art. 67 del C.P.- que diferencia tajantemente de aquél que interrumpe la prescripción en el juicio -inc. d) del artículo mencionado-; en absoluta concordancia, el diputado Damiani manifiesta que dictado ese último acto, los posteriores del juicio no pueden interrumpir indefinidamente el término, y cita como ejemplos de la solución no querida al ofrecimiento de pruebas del fiscal y a la fijación de audiencia de debate.

Por otro lado, es sabido que los actos procesales con capacidad para mantener en vigencia la acción deben dirigirse contra el imputado a que perjudican, impulsar la causa y otorgar carácter dinámico al proceso. En base a esa proposición general, la fuente mediata de la enumeración del art. 67 del C.P. no es otra que la cuantiosa doctrina anterior a su vigencia.

En ese contexto, de los supuestos finalmente contemplados por la ley 25990, el del inc. b) es sin dudas el más cuestionado. La crítica fundamental a la causal radica en que un acto propio de defensa como es la indagatoria, no debe interrumpir el curso de un instituto cuyos efectos favorecen al imputado y que la decisión jurisdiccional que habilita la declaración comparte su naturaleza y no puede, por ende, perjudicarlo.

El debate es arduo, y sin que importe pronunciamiento sobre el particular, en lo que aquí interesa, devela dudas y oposiciones que deben ser consideradas también en lo referido a los procesos de acción privada y a la oportunidad en que el imputado puede declarar; máxime cuando la fijación de la audiencia de debate no es el acto expresamente previsto por la ley y produce efectos e implicancias que exceden esa posibilidad.

Amén de lo expresado, lo cierto es que el legislador adoptó la segunda posición aunque, para decidirse por la primera citación a indagatoria y no por otros actos de impulso, tuvo especialmente en cuenta su ubicación progresiva dentro del proceso, a punto tal que descartó el avocamiento del juez de instrucción en cuanto no importa necesariamente una actividad dirigida contra persona determinada.

En ese sentido, en el informe acompañado por la Comisión de Legislación Penal se señala que “la citación a prestar declaración indagatoria tiene como presupuesto un mérito -si bien provisional- con franco carácter incriminante para el citado, y exterioriza la primera aceptación judicial de la viabilidad de la imputación inicial derivada de la denuncia, o prevención policial o requerimiento de instrucción, según el tipo de procedimiento penal que rijan el caso (federal o de cada provincia)”

(Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Tomo 2005–A, pág. 226).

Esos motivos -repetimos, muy cuestionados- en el proceso especial bajo examen -al igual que en el proceso mixto- se actualizan en los momentos iniciales del trámite y con bastante anterioridad a la fijación de audiencia de debate; por lo tanto, obstan a la equiparación. Basta al respecto recordar la forma y el contenido que debe guardar la querrela (art. 427 del C.P.P.) dejando a salvo, claro está, el supuesto de investigación preliminar (art. 428 del C.P.P.).

En íntima relación con esos motivos, el llamado a indagatoria -como actividad inicial del proceso- implica convocar al “sospechado” para identificarlo, hacerle conocer la imputación y los elementos de cargo existentes en su contra, recibir su descargo o aclaración de los hechos e indicar la prueba que estime oportuna y que, por regla, serán evacuadas en la investigación posterior (arts. 282, 293 y cc. del C.P.P.). La declaración es un derecho que puede o no ejercer, tanto solo como acompañado por su defensor y la convocatoria es un presupuesto ineludible para el juicio provisional del procesamiento.

A diferencia de aquello, la fijación de audiencia alcanza a un “acusado” ya identificado y en absoluto conocimiento de las constancias de la causa, se dirige a asegurar su presencia en los actos del debate siempre acompañado -y hasta en un caso representado- por su defensor; a su vez, el núcleo del desarrollo de la audiencia, en pleno contradictorio, excede su potestad material, atañe más bien a la asistencia técnica, salvo fundada excepción no implica investigación ulterior y persigue el control y ponderación de la comunidad de la prueba, dando base al juicio definitivo del juzgador (arts. 369, 372 y cc. del C.P.P.).

En definitiva, la realización procesal de ambos actos también difiere en cuanto a sus presupuestos como a sus fina-

lidades; no sólo por ubicación sino -lo que es más importante- por sus efectos, exigencias y consecuencias procesales.

Las razones expuestas demuestran en conjunto que, en el proceso especial regulado por el Libro III, Título II, Capítulo III del Código Procesal Penal la causal prevista en el inc. b) del art. 67 del C.P. no tiene aplicación directa ni, tampoco, encuentra otra actividad procesal similar que satisfaga en su totalidad a los presupuestos y fundamentos que inspiraron su instauración.

Por eso, las causales interruptivas de la prescripción son las previstas en los incs. "a", "c", "d" y "e" del art. 67 del Código Penal.

"Colque", Tomo 158:1097

7.2.2. *Primer llamado a indagatoria*

El primer llamado a indagatoria que interrumpe la prescripción es el cursado a la persona de que se trate; las citaciones a esos efectos de otros imputados no pueden perjudicar su situación ante la ley penal.

"Calvo Moscoso", Tomo 143:357

7.2.3. *Decreto de citación a juicio*

El decreto de citación a juicio (art. 360 bis del C.P.P.) es un acto procesal imprescindible, ubicado entre los preliminares de la etapa de Juicio, parte esencial de todo el proceso cuya característica, a la par de la oralidad y publicidad, es asegurar el contradictorio. Tal es su importancia en el curso del proceso, que es uno de los taxativos actos con virtualidad para interrumpir la prescripción (art. 67, inc. d del C.P.); trascendencia que fuera puesta de manifiesto con especial énfasis, y en contraposición a la fijación de audiencia, en el Dictamen de la

Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación sobre la Ley 25990.

“Ramírez”, Tomo 135:697

8. Casos particulares

8.1 *Funcionario público.*

El actual texto del 2do. párrafo del art. 67 del C.P., introducido por ley 25188, amplía el supuesto de suspensión de la prescripción a todos los delitos cometidos en ejercicio de la función pública. Esa especial calidad funcional y las consecuencias que -tuvo en cuenta el legislador- puede producir en el ejercicio de la potestad represiva estatal, constituye una excepción fundada en legítimos motivos que autorizan la diferencia normativa en orden al curso de la prescripción y exige su concreta aplicación siempre que se verifiquen los requisitos subjetivos y objetivos previstos en la ley.

La función policial reviste el indudable carácter de pública, en tanto implica el desempeño de una actividad que se ejecuta en nombre y representación del Estado, permitiendo a quien la detenta, ejercer la influencia que -a priori- determinó las razones valoradas al establecer la causal de suspensión de la prescripción bajo examen.

“Burgos”, Tomo 149:103

8.2. *Policía*

La función policial reviste el indudable carácter de pública, en tanto implica el desempeño de una actividad que se

ejecuta en nombre y representación del Estado, permitiendo a quien la detenta, ejercer la influencia que -a priori- determinó las razones valoradas al establecer la causal de suspensión de la prescripción bajo examen.

"Burgos", Tomo 149:103

8.3. *Delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar*

Aún cuando no se niegue el carácter permanente del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, para establecer el momento en que éste dejó de cometerse, a los fines del inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal, no es dable trasponer los límites señalados en el requerimiento fiscal acudiendo a una presunción de continuación que se extienda durante el trámite del proceso, haciendo que este tipo de ilícitos se conviertan en infracciones prácticamente imprescriptibles.

(del voto de los Dres. Posadas, Ayala, Catalano y Ferraris)

Respecto del delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, el curso de la prescripción se inicia cuando se acredita que dejó de cometerse, afirmación que no violenta el principio de congruencia ni el derecho a obtener sentencia en un plazo razonable pues, conforme su naturaleza, este delito es de carácter permanente y supone el mantenimiento de una situación típica por la voluntad del autor durante un lapso en el que se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica.

(del voto de los Dres. Garros Martínez, Cornejo y Vittar)

"Casimiro", Tomo 132:379

8.4. *Delito de usurpación de propiedad*

La usurpación de inmueble no es un delito permanente, sino un delito instantáneo de efectos permanentes, cuya prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que se cometió el hecho; en el caso, el ingreso al inmueble sin autorización y sabiendo que era ajeno, según la sentencia recurrida, sin que pueda alegarse contra ella la ulterior permanencia de la acusada en la propiedad, pues se trata simplemente de un efecto que subsigue a la consumación del delito sin modificar su carácter.

"Palabecino", Tomo 146:563

8.5. *Derecho Penal de menores*

No existe norma alguna donde se establezca que el curso de la prescripción de la acción penal promovida contra un menor que delinquiró entre los dieciséis y los dieciocho años no puede ser interrumpida por la comisión de otro delito como establece el art. 67 del Código Penal. Por el contrario, la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y de la ley 22278 y modificatoria se desprende que el menor mayor de 16 años es punible -salvo que se trate de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, o con pena única de multa o con inhabilitación; lo que no sucede en la especie-, y que la autoridad judicial puede someterlo a proceso; mientras el citado art. 67 del Código Penal dice claramente que la comisión de otro delito interrumpe el curso de la prescripción, sin efectuar distinciones de ningún tipo.

"García", Tomo 153:163

CAPÍTULO VIII

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

1. Naturaleza. Fines y fundamentos

La suspensión del juicio a prueba es una causal de extinción de la acción penal condicionada en el tiempo a la no comisión de un delito, a la reparación de los daños en la medida ofrecida y al cumplimiento de las reglas de conductas impuestas por el tribunal (art. 76 ter del C.P.).

Sus fundamentos, comprendidas sus finalidades, radican en evitar la realización del debate, la estigmatización del imputado, descomprimir el sistema judicial y que, por cierto, tal beneficio no resulte incondicionado.

Se distingue nítidamente de la condena condicional, del perdón judicial y otras formas de remisión de la pena porque éstas requieren para su procedencia, precisamente, que la acción penal no se extinga, provocando el pronunciamiento jurisdiccional de responsabilidad penal -eventualmente civil- y la imposición de una sanción.

Nuestra legislación, incluyendo el art. 27 bis, sigue para la condena condicional el sistema franco belga, mientras que la suspensión del juicio a prueba, se ha discutido, si también res-

ponde a ese sistema, a la "probation" o a la "diversion". Brevemente nos referimos a ellos.

En el sistema franco belga, el beneficio se ubica en el último grado de individualización de la pena, preexiste el dictado de un veredicto de culpabilidad, se fija ésta, pero se suspende su cumplimiento en forma condicional

La "probation" anglosajona es aplicable a toda persona que cometa un delito ya sea grave o leve, excepto los que expresamente estén excluidos; opera en un estadio más avanzado del proceso que el instituto de la suspensión y requiere que se compruebe la culpabilidad del imputado; ante lo cual éste puede acordar con el Estado que se suspenda el dictado de la condena sometándose a un período de prueba.

La "diversion" anglosajona consiste en la renuncia discrecional del fiscal a la persecución penal, ante delitos de menor cuantía o delincuentes primarios y mediando cumplimiento de la promesa previa del imputado de someterse por un tiempo a programas de rehabilitación.

La suspensión del juicio a prueba, se advierte, no tiene como fuente completa ninguno de estos sistemas, compartiendo caracteres comunes de todos, pero diferenciándose nítidamente en los esenciales; del franco belga, porque en éste se suspende la ejecución de la pena; de la "probation" porque ésta suspende únicamente el dictado de la condena y; de la diversion porque ésta se limita a regular una potestad del órgano que tiene a cargo el gobierno de la acción.

La suspensión del juicio a prueba ha instaurado un sistema novedoso, de características sui generis dentro del derecho comparado, que excluye la realización del juicio y no requiere demostración de culpabilidad, disponiendo en una etapa previa al juicio facultades tanto para el Fiscal, como para el Juez y el imputado; manteniendo incólume el principio de

inocencia y constituyendo, en definitiva, una causal de suspensión y eventual extinción de la acción penal.

(del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Cornejo y Ayala)

En razón de que el delito imputado se encuentra reprimido con pena de inhabilitación, lo que obsta la concesión del beneficio en función de lo dispuesto en el último párrafo del art. 76 bis del C.P., corresponde denegar el pedido de suspensión del juicio a prueba.

*(del voto del Dr. Posadas)
"Chávez", Tomo 127:1*

2. Imputaciones comprendidas

2.1. Pena privativa de libertad

El criterio que limita el alcance del beneficio de la suspensión del juicio a prueba previsto en el art. 76 bis del C.P. a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con el principio de legalidad, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante.

Por consiguiente, procede la suspensión del juicio a prueba toda vez que proceda la condena condicional.

"Acuña", Tomo 130:435

2.2. Delitos con pena de inhabilitación

La suspensión del juicio a prueba presenta dificultades exegéticas que se manifiestan, especialmente, al aplicar los

párrafos cuarto y último del art. 76 bis del C.P. Los tribunales del país y la doctrina se ocuparon detenidamente de ello y, progresivamente, se ha delineado una interpretación que, excediendo la expresión literal de la norma, se adecua de una mejor manera a la racional aplicación y real alcance del instituto, no sólo a la luz del propio precepto y las demás disposiciones del Código Penal, sino, fundamentalmente, de sus fines y de los derechos, garantías y presupuestos que, con rango supralegal, caracterizan y limitan al Derecho Penal.

En lo que respecta al último párrafo del art. 76 bis del C.P. debe aplicarse razonablemente el precepto, sin desconocer la prohibición y armonizándola con el resto de las normas en vigor mediante una posición superadora y a través de los medios alternativos previstos en la legislación. De tal modo puede concluirse que:

a.- Impedir la suspensión del juicio a prueba a delitos más leves y de menor criminalidad por el sólo hecho de conminar pena de inhabilitación, importa admitir que se excluye a unos, incluso, en mejores condiciones que otros (acusados de delitos dolosos y más graves) que pueden gozar del beneficio. Situación que no contrasta con la Constitución Nacional y que, indudablemente, no revela el alcance y significado del último párrafo del art. 76 bis del C.P.

b.- La norma prohibitiva en cuestión se encuentra vigente y persigue concretos fines de prevención especial que no pueden ser desconocidos ni olvidados; esto es, que el supuesto infractor no continúe ejerciendo o desarrollando la actividad durante el tiempo que apriorísticamente establece la ley penal como necesario para seguridad de la sociedad y que en todo caso debe cumplirse.

c.- Siendo que la suspensión del juicio a prueba constituye una excepción y no la regla en el proceso, al tratarse de un

beneficio condicional pueden superarse los fines de prevención especial siempre que el interesado voluntariamente ofrezca - como particular condición- excluirse en la actividad de un modo que cumpla con los fines perseguidos -y preestablecidos cuantitativamente en la ley- con arreglo al art. 27 bis del C.P. y los arts. 281 bis y 301 del C.P.P.

Entonces, en respeto a la ley y mediando el condicionamiento voluntario del imputado que pretende gozar de la excepción, pueden satisfacerse los intereses protegidos sin lesionar sus derechos y los de la sociedad.

Por consiguiente, en los delitos penados con inhabilitación cuyo mínimo no supere los tres años puede otorgarse la suspensión de juicio a prueba si media ofrecimiento razonable -de acuerdo a los parámetros abstractos de la ley- de auto-inhabilitación.

En delitos con un mínimo de interdicción superior a los tres años, como el art. 84 del C.P., debe agregarse otra condición para superar la prohibición.

En efecto, el mencionado art. 84 del C.P., cuantifica en cinco años el tiempo mínimo necesario para que la privación especial -impuesta bajo forma de pena- cumpla el objeto preventivo. Sin embargo, el 2do. párrafo del art. 20 ter del mencionado digesto permite al juez disponer la rehabilitación transcurrido la mitad de dicho plazo, sometiendo la prerrogativa a que el magistrado verifique: 1º- un correcto comportamiento, 2º- que se ha remediado la incompetencia o no es de temer que se incurra en nuevos abusos y, 3º- con directa afinidad al instituto que nos interesa, que se han reparado los daños en la medida de lo posible.

De ese modo, por aplicación sistemática de la aludida disposición general del Código Penal puede imponerse la auto inhabilitación como regla de conducta por el plazo máximo de

tres años (arts. 27 bis y 76 ter del C.P., y 281 bis del C.P.P.), pero supeditando los efectos del instituto a que, una vez cumplido tal plazo, el juez efectúe la valoración ordenada por el art. 20 ter y disponga si da por cumplidas las condiciones de la suspensión del juicio a prueba o, por el contrario, si la revoca.

Por consiguiente, para obtener la suspensión del juicio a prueba sin violar los fines de prevención especial amparados ni los demás preceptos en vigencia, cuando el delito acusado sea homicidio culposo, es necesario que el imputado reúna todos los requisitos exigidos, voluntariamente acepte que se imponga la incapacidad por el plazo necesario y, además, consienta que -cumplido dicho plazo- los efectos previstos en el 4to. párrafo del art. 76 ter del C.P. procederán a resultas de la valoración que efectúe en ese momento el magistrado respecto al cumplimiento de la regla de conducta impuesta de conformidad al 2do. párrafo del art. 20 ter del C.P.

(del voto de los Dres. Ferraris, Vittar, Ayala y Catalano)

La suspensión del juicio a prueba, doctrinariamente es conocida como la “probation” que fue incorporada al Código Penal argentino por la ley 24316, se trata de una forma de extinción de la acción penal respecto del imputado que cumplió determinadas reglas de conducta durante un período de prueba fijado por el tribunal que la concedió siempre que se reúnan los recaudos legalmente establecidos.

La suspensión del juicio a prueba es una medida alternativa de resolución de conflictos cuyo objeto subyacente consiste en evitar un baldón respecto del imputado, buscado además simplificar el tratamiento de algunos asuntos penales como consecuencia de la imposibilidad práctica del sistema para abarcar todos los casos que existen; persigue lograr una mayor eficiencia dentro del sistema penal, a través de una menor con-

gestión de la justicia penal saturada a menudo de casos para permitir el tratamiento de los más graves, resultando a la vez un medio idóneo de prevención especial y un ejemplo manifiesto de finalidad utilitaria.

Por otra parte debe recordarse que los antecedentes parlamentarios que derivaron de la sanción de la ley 24316 pusieron en evidencia que el interés preponderante del legislador radicó en evitar condenaciones condicionales a fin de concentrar los escasos recursos de la instancia penal para ordenar los esfuerzos sobre un universo de delitos graves cuya envergadura está caracterizada por la consecuencia efectiva del castigo. De tal suerte que, la finalidad del instituto fue la de descargar al sistema penal de la obligación de juzgar la totalidad de los delitos más leves, debido a la imposibilidad práctica de juzgarlos a todos.

No obstante, el instituto tiene por finalidad, también, un sentido preventivo especial, en tanto que se pretende posibilitar la resocialización del imputado mediante la imposición de una serie de reglas y pautas de conducta que debe cumplir, y aunque no se ha destacado como objetivo específico de este instituto no debe perderse de vista la relevancia que le asigna a la reparación del daño causado por la comisión del hecho.

Ahora bien, el último párrafo del art. 76 bis establece que no procede la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos penados con inhabilitación. Así es que, una parte de la doctrina considera que la "probation" no resulta viable en esos casos, tanto cuando esa sanción esté prevista como pena única, como cuando lo sea en forma conjunta o alternativa y la jurisprudencia sostuvo que resulta improcedente la propuesta de obligarse a una "auto-inhabilitación", y que acceder a tal petición afectaría el principio de legalidad al suspenderse el ejercicio de la acción pública en un caso no previsto por la ley.

También se indicó que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa. Quiere decir, entonces que el fundamento en que se basó la jurisprudencia para sustentar la exclusión, reside -primordialmente- en que la pena de inhabilitación siempre resulta de cumplimiento efectivo, y en interés general de que sea aplicada para neutralizar el riesgo de la continuidad de la actividad desplegada en la comisión del delito.

Empero, en precedentes acertadamente sentados con anterioridad por esta Corte (Tomo 107:461; 127:1) se relativizó, con un criterio de justicia, esta restricción, dado que se sostuvo que sólo se encuentran excluidos de la posibilidad de suspender el juicio a prueba los delitos reprimidos exclusivamente con pena de inhabilitación, realizados en el marco de actividades legalmente reglamentadas, y siempre que el imputado no acepte la imposición de una regla de conducta enderezada a neutralizar su probable incompetencia.

Ello por cuanto no resulta razonable ni se compecede, con el propio régimen establecido por el art. 76 bis a su respecto, que los delitos sancionados con pena privativa de libertad resulten excluidos debido a que tienen también prevista una pena de menor gravedad como la inhabilitación. Debe recordarse que, verbigracia, si la pena privativa de la libertad está acompañada de pena de multa, procede la suspensión del juicio a prueba si se abona el mínimo del monto correspondiente. En esos casos, se considera que como la pena conjunta de inhabilitación es siempre de efectivo cumplimiento independientemente de la suerte que corra la pena privativa de libertad, puede hacerse efectiva en el marco de la "probation" como una norma de conducta impuesta al suspender el juicio a prueba, y siempre y cuando el imputado así lo solicite libremente.

Por otra parte el interés de neutralizar el riesgo de la actividad comprometida en el hecho investigado o en remediar la impericia que pudo haber llevado a su comisión, podía ser cumplido precisamente imponiendo una restricción en tal sentido al individuo sometido a prueba.

Pero allende estas premisas, podría admitirse también que pueda suspenderse el juicio a prueba cuando un delito esté amenazado únicamente con la pena de inhabilitación, porque al tratarse de una pena menos grave que la pena privativa de la libertad se incurriría en una hipótesis de irracionalidad si se rechazara la aplicación de este instituto en esos casos. Esta orientación se conduce y tiene apoyo normativo en el régimen de los artículos 16, 17 y 18 de la ley 23737, según la cual se puede también proceder a suspender el juicio, cuando luego de comprobarse la dependencia a la droga de un individuo, se le establecen pautas de rehabilitación que debe cumplir.

Asimismo, no debe perderse de vista que la equidad es un parámetro esencial cuando se imparte justicia, y más aún cuando se trata de la aplicación de la ley penal más benigna, por disposición del art. 18 de la Constitución Nacional, quien habita en su jurisdicción sólo puede ser penado por un hecho definido y penado por una ley vigente al momento de su comisión. Sin embargo el art. 2º del Código Penal al admitir la aplicación de una ley penal posterior a la comisión del delito, no contradice esta cláusula, porque ésta, como toda garantía constitucional, funciona en beneficio del imputado y no para evitar que éste goce de un beneficio, tal cual es la aplicación de una ley punitiva más benigna

Por lo tanto axiológicamente no resulta ajustado a derecho que una ley se haya sancionado favoreciendo a quien recibe una sanción mayor, en desmedro de quienes se les impuso una pena menor, por cuanto, la determinación de la benigni-

dad vigente o de la nueva ley es algo sencillo si una sola de ellas concede o niega un beneficio negado o concedido por otra y el caso se complica si una ley otorga o niega beneficios diferentes, por cuanto queda librado a la hermenéutica el valor de los beneficios que se le otorgan a unos, y la negación a otros que incluso tienen un grado de culpabilidad menor, tal como ocurre con los condenados a pena de inhabilitación, no aparece como la solución plausible, ni mucho menos como la más justa.

Con arreglo a lo anterior, debe señalarse que, en lo que aquí se trata es de la determinación de la ley más favorable, en el curioso caso donde la exégesis versa sobre una misma ley, pues se concede la suspensión de juicio a prueba a determinadas penas, y se la restringe en los casos de inhabilitación. Por consiguiente tal situación requiere de una comparación concreta de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho: debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de comisión con la que resultaría al momento de la reforma. En esta comparación debe tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales y luego en su totalidad. La comparación referida a las penas principales no es problemática cuando se trata de penas de la misma especie. Y en general se considera que la pena privativa de la libertad es más grave que otras especies de pena.

Por lo demás el principio de buena fe y su concreta aplicación (“pro homine”) impide que el discurso penal invoque las disposiciones de la Constitución Nacional y los tratados internacionales para violar los límites del derecho penal de garantías, o sea, que se haga un uso perverso de las propias cláusulas garantizadoras.

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 una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes jurídicos de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes asociadas a cada conflicto criminalizado.

(del voto del Dr. Cornejo)

En razón de que dos de los delitos imputados se encuentran reprimidos con pena de inhabilitación, lo que obsta la concesión del beneficio en función de lo dispuesto en el último párrafo del art. 76 bis del C.P., corresponde revocar la resolución que dispone la suspensión del juicio a prueba.

*(del voto de los Dres. Garros Martínez y Posadas)
"Chavarría", Tomo 153:847*

2.3. Concurso de delitos

En la exégesis del art. 76 bis del C.P. aparecen claramente distinguidos los supuestos de unidad delictiva -1er. párrafo- y de pluralidad delictiva verdadera -2do. párrafo-. En cualquiera de las hipótesis, la solución sobre la procedencia del instituto debe ser única y total, no parcial o fragmentada; o se suspende el juicio o no se suspende, pero nunca ambas cosas.

En ese orden, si coexisten hechos independientes y al encontrarse superado jurisprudencialmente que de conformidad al 4to. párrafo de la norma en cuestión el instituto también es procedente cuando las circunstancias del caso, en concreto, permitan suponer que se dejará en suspenso la condena, ello debe ser conjugado con la mencionada previsión del mencionado 2do. párrafo.

Entonces, por un lado, debe valorarse la procedencia o no del instituto y efectuarse el juicio hipotético, a tales fines, a la luz del art. 55 del C.P.; por otro, cada una de las imputaciones ceden en su individualidad y no pueden ser tratadas autónomamente. En virtud de ello, ante el supuesto de concurso real de delitos, no es viable conceder la suspensión del juicio a prueba para uno o algunos de los delitos imputados y para otros no, pues, tal proceder es contrario a las expresas previsiones del Código Penal.

Merced a ello, además el juez previo a resolver el pedido debe verificar si contra el acusado no pesan otros procesos abiertos y, en su caso, proceder conforme a las reglas de acumulación.

En consecuencia, la resolución que ante un supuesto de concurso real de delitos rechazó el pedido de suspensión del juicio a prueba solicitado respecto a uno -retención indebida- cuando la había concedido respecto a otro -coacción-, transgrede el 2do. párrafo del art. 76 bis del C.P., se contrapone a la naturaleza, fundamentos y fines del instituto y se basa en fundamentos errados y jurídicamente inviables., por ende, debe ser dejada sin efecto.

(del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Garros Martínez, Posadas Vittar y Ayala)

"Fama", Tomo 142:01

2.4 Cuestionamiento parcial de la resolución que concede el beneficio

Es formalmente inadmisibles el recurso de casación en que se impugna en forma parcial la resolución que concede la suspensión del juicio a prueba, cuestionando el acusado sólo el plazo de cumplimiento de las condiciones a las que se somete el beneficio.

El imputado se encuentra facultado para recurrir el auto que deniegue la suspensión del juicio a prueba y no el que lo concede.

“Oviedo”, Tomo 154:619

3. **Funcionario público**

3.1. *Carácter*

El carácter de funcionario público impide la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba. Esta Corte siguiendo los lineamientos de la Corte Federal ha señalado que los escribanos revisten aquel carácter, pues la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes constituyen una concesión del Estados acordada por la calidad de funcionario o de Oficial público que corresponde a los notarios con registro.

En ese orden debe señalarse que el art. 76 bis, séptimo párrafo del C.P. impide conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Se ha señalado que la exclusión del imputado que reúne la calidad de funcionario público como beneficiario de la “probation” se fundamenta en que en esos casos se configuran delitos contra la Administración, motivo por el cual, atento a la importancia del bien jurídico tutelado no se vea beneficiado con la suspensión de juicio a prueba.

(voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas, Vittar y Ayala)

La prohibición funcional contenida en el penúltimo párrafo del art. 76 bis del C.P. impide a los recurrentes - escribanos- gozar del beneficio de la suspensión de juicio a prueba.

Ello es así en tanto, merced a la interpretación auténtica y obligatoria de nuestra ley penal (art. 77 del C.P.), el término funcionario público alcanza a todo aquél que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas cualquiera sea el modo de designación, entre ellos, los escribanos públicos.

Específicamente tratándose de una cuestión administrativa reservada a las provincias, la ley 6486 y modificatorias, "Código de la Institución Pública del Notariado", pone de manifiesto tal calidad al disponer, entre otras cosas, que en la función pública del notariado el Estado delega el perfeccionamiento, solemnización y garantías de autenticidad de los hechos, actos, contratos y relaciones de derechos privados extrajudiciales (art. 1º) y que el ejercicio del notariado está condicionado a la concesión por el Poder Ejecutivo del correspondiente Registro Notarial y que es éste quien los designa previa intervención del Colegio de Escribanos (arts. 2º y 3º); estableciendo, incluso, los requisitos para acceder a la función y las incompatibilidades para el ejercicio de ese cargo (art. 50 al 60).

En absoluta congruencia, al reglamentar la norma mediante Decreto del PEP N° 2582/00 se consideró que "la función notarial es una función pública que se ejerce por delegación estatal, no siendo suficiente el título universitario para ejercerla, sino que es absolutamente imprescindible un acto de "investidura estatal" y que "por lo mismo, la profesión notarial se diferencia de las llamadas "profesiones liberales" exigiendo una cuidadosa selección de quienes sean habilitados por el propio estado para ello".

"Colque", Tomo 158:1097

3.2. *En el ejercicio de la función pública*

La cláusula legal -art. 76 bis- impide conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba a favor de un funcionario público, que hubiese participado de un delito en ejercicio de sus funciones. La propia redacción del texto indica que no basta la simple calidad de funcionario al momento de cometer delito, sino que éste debe derivar de actos funcionales.

El fundamento básico de la determinación de la exclusión viene así dado por la específica ofensividad de la conducta del funcionario que, en gestión pública, incurre en delito. Por lo tanto, si el desempeño de la actividad pública es el fundamento de la exclusión legal, necesariamente los delitos alcanzados por la prohibición sólo pueden ser aquellos que toman en cuenta el ejercicio de la función pública como elemento que define la tipicidad o que incrementa la tipicidad.

"Acuña", Tomo 130:435

El delito debe haber sido llevado a cabo "con motivo" de tal ejercicio, valiéndose de la función como "medio" sin el cual el hecho no podría haberse ejecutado del modo en que se cometió, amén de que ello se encuentre o no previsto como un elemento del tipo en cuestión.

"Paz", Tomo 153:633

3.3. *Escribanos*

La prohibición funcional contenida en el séptimo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal impide gozar del beneficio de la suspensión de juicio a prueba a quien tiene el carácter de funcionario público, que alcanza a todo aquél que participa accidental o permanentemente del ejercicio de las funcio-

nes públicas cualquiera sea el modo de designación, entre ellos, los escribanos públicos, pues la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los notarios con registro.

“Elías de Bocanera”, Tomo 158:485

4. Trámite

4.1. *Oportunidad*

La suspensión del juicio a prueba puede solicitarse hasta el tercer día de notificado el decreto que fija la audiencia de debate (art. 281 bis del C.P.P.); momento en que precluye de manera indefectible y fatal la oportunidad para acogerse al beneficio.

El término establecido para nada caprichoso, a más de otorgar un amplio a los operadores del sistema, constituye una específica reglamentación procesal dirigida a efectivizar la suspensión de juicio a prueba y encuentra determinante fundamento en el cumplimiento y respeto de la razón de ser del beneficiario, comprendido sus fundamentos, fines y objetivo, englobados en evitar la realización del debate.

Además haciendo hincapié en la naturaleza del beneficio que mantiene incólume el estado de inocencia y excepciona el ejercicio de la acción, el término impide que, mutación mediante, sea desvirtuado y utilizado con mera especulación, en detrimento a los fines del proceso, el interés social, el de la víctima y hasta, por que no, del propio imputado.

Por otra parte, de no existir ese término tampoco podría darse cumplimiento a otras de sus finalidades, cual es la de descomprimir el sistema judicial.

“Santillán”, Tomo 145:331

4.3. *Ofrecimiento de reparación de los daños*

La ley exige el ofrecimiento del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, las modalidades de tiempo y forma propuestas, deben, por un lado partir, de las posibilidades del imputado y, además, ser proporcionales a la entidad del supuesto daño producido, como objeto perseguido, su internalización con el damnificado y el hecho que jurídicamente imputado, constituyen una tragedia de la vida real.

(voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris y Vittar)
“Valdiviezo”, Tomo 139:973

Asimismo no basta para cumplir con el requisito de ofrecer la reparación del daño en la medida de lo posible, con reproducir textualmente la letra de la ley, sino que tal ofrecimiento, para ser real y cumplir con las exigencia, de control jurisdiccional, debe ser específicamente cuantificado.

(voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris y Vittar)
“Elías”, Tomo 138:385

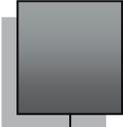
En relación a los requisitos que se deben reunir para el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba, la ley exige -como uno de ellos- el ofrecimiento del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, lo que significa que el mismo sea razonable. Ahora bien, esa razonabilidad del ofrecimiento debe ser ponderada por el juez, el cual no sólo debe valorar el “quantum” del daño, sino la aptitud económica del imputado y en base a ello determinar en forma motivada si resulta o no razonable el ofrecimiento y, en

su caso, admitir frente a oposiciones de los posibles damnificados.

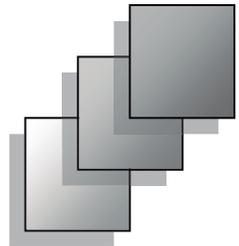
Si la parte damnificada, que persigue su reparación civil en el proceso penal expresa su disenso, el mismo será sólo un elemento a ponderar por el juez en el marco de la razonabilidad, ya que la ley, en caso de suspensión del juicio, declara habilitada para el damnificado la vía civil correspondiente (art. 76 bis párrafo tercero.), e inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil (art. 76 quater) Si bien la norma le asigna al damnificado la posibilidad de ser oído respecto a la reparación, el magistrado debe fallar teniendo en cuenta la valoración de todos los elementos que integran el instituto, ya que la negativa de aquél a aceptar la reparación ofrecida por el imputado no provoca el rechazo de la solicitud de la suspensión del juicio. Para el caso de que el damnificado no acepte la reparación ofrecida queda abierta, para él, la vía de reparación en sede civil. La víctima debe ser oída como condición previa a considerar el otorgamiento del beneficio, pero su falta de aceptación no obsta al otorgamiento del mismo.

La parte damnificada sólo interviene a efectos de la reparación civil y su participación se limita a aceptar o rechazar el ofrecimiento del acusado; en cualquier caso, sea cual sea la posición adoptada por la misma, corresponde al tribunal resolver sobre la razonabilidad de dicho ofrecimiento. La absoluta carencia de efectos de su manifestación en orden a la concesión del instituto es resaltada a tal punto por la ley que ésta se refiere -como se vio- al damnificado y no a la víctima y, de proceder la suspensión, se tiene por habilitada la acción civil correspondiente, garantizándose, así, su interés.

"Salim", Tomo 147:663



Derecho Procesal Penal



CAPÍTULO IX

NULIDADES

1. Clasificación

En materia de nulidades, el Código Procesal Penal es claro y establece dos tipos o especies, las de orden general y las específicas, que a su vez, en mérito a su gravedad, pueden ser absolutas -declarables de oficio y no subsanables- o relativas -declarables a pedido de parte y subsanables-. Ambas especies requieren para su procedencia la violación de una formalidad legal y la demostración de que mediante ella la parte experimenta un perjuicio concreto ya que es postulado esencial que la nulidad no se declara por la nulidad misma.

“Ruiz”, Tomo 141:423

2. Interés y oportunidad para plantearla

Ninguna nulidad puede tener un fin en sí misma y esta grave sanción debe obedecer siempre a la existencia de un interés, lo cual supone la violación de una formalidad legal y la demostración de que mediante ella la parte experimenta un perjuicio.

La declaración de nulidad pretendida a partir de un defecto formal, debe estar siempre orientada a poner de manifiesto que esa circunstancia se ha traducido en un concreto gravamen para la parte que la invoca, porque la invalidación de los actos procesales no puede en ningún caso obedecer a razones de mero ritualismo. La denuncia de un concreto perjuicio no debe consistir en la sola referencia a que la subsistencia de la prueba impugnada sirve para sustentar el cargo formulado al acusado, sino que, esencialmente debe traducirse en la descripción de la forma en que el vicio afectó los derechos del nuldificante.

Los códigos de procedimiento contienen disposiciones que permiten la rectificación o subsanación de un acto procesal defectuoso, ya sea subsanando el vicio o bien dándolo por consentido. El art. 166 del C.P.P. prevé las formas en que pueden ser subsanadas las nulidades relativas, estableciendo que se produce tal efecto cuando los que tengan derecho a oponerlas hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto (inc. 2º). Finalmente, también se establece, por el principio preclusivo, plazos para oponer las nulidades bajo pena de caducidad, fijándose respecto de las producidas en la instrucción, hasta el término de citación a juicio (art. 165, inc. 1º).

Es improcedente el planteo de nulidad si ha vencido el término legal para efectuarlo, y no se explicita el perjuicio sufrido y el interés concreto en subsanar el pretendido vicio.

“Aramayo”, Tomo 140:749

Ambas especies de nulidades previstas en el Código Procesal Penal requieren para su procedencia la configuración de un perjuicio concreto, ya que es postulado esencial que la nulidad no se declara por la nulidad misma.

Las garantías constitucionales no operan en el vacío o de manera abstracta, sino que su influencia en el trámite del proceso debe siempre proponerse sobre la base de razonamientos que permitan observar que su cercenamiento se ha traducido en perjuicio concreto para la posición de la persona en cuyo favor se invocan.

“Stupp”, Tomo 144:941

Para las nulidades relativas, rigen en el Código Procesal Penal los principios de oportunidad, consentimiento y subsanación. Es claro el art. 165, inc. 1º al establecer, bajo pena de caducidad, el momento en que pueden ser opuestas las que supuestamente se produzcan en la instrucción; esto es, durante esa etapa o en el término de citación a juicio (art. 360 bis). A su vez, en absoluta armonía, tampoco resiste análisis la disposición que regula el efecto superador de la extemporaneidad (art. 166, inc. 1º).

La sanción procesal -caducidad- que corresponde aplicar impide que, mutación mediante, la previsión legal sea desvirtuada y utilizada con mera especulación, en detrimento a los fines del proceso, el interés social, el de la víctima y hasta, por qué no, del propio acusado.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Posadas y Vittar)

“Choque”, Tomo 145:413

Si el defecto formal que se imputa a las actas del debate no fue objeto de planteo alguno mientras se sustanciaba el juicio, no puede luego oponerse por vía recursiva; a punto tal que constituía un deber propio del ejercicio de la defensa no sólo asistir a firmar la transcripción sucinta y su contenido sino, fundamentalmente, constatar que sea el reflejo del debate mien-

tras éste se celebraba a fin de cumplir efectivamente con el ministerio que le ha sido encomendado.

La falta de interés oportuno resulta evidente si la parte no asistió a la lectura de fundamentos y los motivos aludidos en el recurso atañen a un extremo de la sentencia que no fuera objeto de su interposición sin que conste un pedido concreto sobre el particular (art. 472 del C.P.P.); ergo, no se actualizan razones para acoger la tardía impugnación.

"Altamirano", Tomo 155:1033

CAPÍTULO X

INSTRUCCIÓN FORMAL

1. Instrucción formal

La etapa preventiva, al decir de Heliè, “evita el peligro del retardo y el peligro de la precipitación” (cit. C.P.P. 1ª Ed. Of., Exposición de motivos, Imp. de la Legislatura de Salta, año 1967, pág. LIII).

“Ávalos”, Tomo 121:669

1.1. *Plazo para concluir la instrucción. Carácter*

El vencimiento de los plazos procesales ordenatorios, como el previsto en el art. 202 del C.P.P. para el desarrollo de la instrucción, no incide en la potestad jurisdiccional del tribunal interviniente, que sólo puede ser afectada, si a ello hubiere lugar, mediante el efectivo ejercicio de las atribuciones de superintendencia de la Corte en el marco de la queja.

“Estrada Escobar”, Tomo 108:763

Debe rechazarse la queja por retardo de justicia si ha podido constatarse que, desde su inicio, las actuaciones han

tenido un movimiento constante, que se corresponde plenamente con el objetivo señalado en el art. 189 del C.P.P., estando todavía distante la expiración del plazo que se prevé en el art. 202 del C.P.P. para el cumplimiento de la instrucción formal.

“Puca”, Tomo 100:645

1.2. *Cómputo del plazo ante multiplicidad de imputados*

Aunque la legislación procesal penal no lo aclare, como lo hace respecto del dictado de las resoluciones que definen la situación procesal del imputado, debe interpretarse que en los supuestos de multiplicidad de imputados el término para el desarrollo de la instrucción previsto en el art. 202 del C.P.P., también debe contarse desde la última declaración indagatoria.

“Justiniano”, Tomo 119:537

2. Auto de procesamiento

2.1. *Naturaleza*

El procesamiento, acto jurisdiccional ineludible para continuar la etapa de instrucción, si bien revocable, constituye un juicio provisional sobre los extremos fácticos y jurídicos de la imputación que, basado en los elementos de convicción suficientes, perfecciona la relación procesal y define su objeto.

Su existencia dentro del proceso indica el camino tanto de las partes como del juez, quien, sin una resolución de igual naturaleza que lo modifique o revoque no puede desconocerlo o apartarse. Claro está que la misma debe razonablemente motivarse en nuevas pruebas o circunstancias que así lo ameriten.

(del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Posadas y Vittar)

“Mercado”, Tomo 130:425

2.2. *Carácter de los plazos*

Los plazos del art. 295 en relación al art. 155 del Código Procesal Penal son de carácter ordenatorio, vale decir, su inobservancia no trae aparejada ninguna sanción de orden procesal, y sólo tiene por objeto impedir demoras injustificadas en la sustanciación de las causas.

"Juárez Fadel", Tomo 135:919

2.3. *Impugnabilidad objetiva*

No reviste carácter de definitiva ni equiparable a tal, la resolución de la Cámara de Acusación que confirma la calificación jurídica del hecho efectuada en el auto de procesamiento.

La equiparación a sentencia definitiva que por vía pretoriana amplifica el margen de aplicación de la casación está vinculada a la necesidad de otorgar un remedio que limite la producción de gravámenes irreparables o de difícil reparación ulterior.

La posibilidad de controvertir la calificación legal asignada al hecho íntegramente considerado en el procesamiento y en la resolución que lo mantiene, se encuentra intacta, pues el Agente Fiscal debe aún expedirse en los términos del art. 341 del C.P.P., que lo faculta, entre otras cosas a solicitar el cambio de calificación legal del hecho imputado, lo que impide hablar de la inexistencia de vías de reparación útiles.

En efecto, el auto de procesamiento es una decisión de carácter provisorio, esencialmente reformable y tras su dictado, el Ministerio Público Fiscal conserva la atribución de incidir en la cuestión atinente a dicha calificación a través de la intervención necesaria que se le confiere en la etapa de clausura de la instrucción.

"Rueda", Tomo 143:697

Es formalmente inadmisibles el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Cámara de Acusación que confirma el procesamiento, porque se trata éste de un auto eminentemente provisorio, que sólo decide llevar adelante el proceso instructorio encausando formalmente al imputado, por lo cual no es sentencia definitiva ni equiparable a tal, al no ocasionar un gravamen que sea imposible de ser reparado ulteriormente.

“Vázquez Condori”, Tomo 142:225

La resolución que confirma el auto de procesamiento no configura alguno de los supuestos previstos por el art. 467 del C.P.P., ni puede equipararse a sentencia definitiva, pues esa decisión no causa estado en el proceso y reviste eminente naturaleza provisional.

El medio natural y ordinario previsto por la ley para impugnar el auto de procesamiento es el recurso de apelación, y el derecho de recurrir queda salvaguardado con su interposición y tratamiento.

“Pedrazzani”, Tomo 148:965

3. Sobreseimiento

3.1. Estado de convicción requerido. Motivación

El dictado de un auto de sobreseimiento sólo está autorizado cuando se ha adquirido un estado de convicción asimilable a la certeza absoluta, es decir que no existen dudas sobre la falta de responsabilidad penal de los imputados.

No puede arribarse a ese estado de convicción mediante una valoración parcializada de la prueba y sin apreciar la necesidad de la producción de otra que surja de los mismos elementos agregados a la causa.

La descalificación de la versión de los hechos ofrecida por un testigo fundamental para el sostenimiento de la incriminación no debe producirse mediante argumentos que queden en la conciencia de los juzgadores, sino que ha de reflejarse en los fundamentos del fallo empleando las normas de la lógica y de la experiencia común.

Los jueces tienen, entre sus atribuciones discrecionales, la posibilidad de atribuir veracidad a una u otra declaración, pero en modo alguno están eximidos de razonar conglobando todos y cada uno de los elementos que integran el plexo probatorio, pues si esto último ocurre se configura un vicio sustancial de la sentencia que acarrea la nulidad. No basta con elegir una de las versiones que emergen de la evidencia colectada, sino que debe exponerse concretamente el motivo por el que es esa versión y no otra la que se compadece con la verdad de lo acontecido.

Si no se cumple con una valoración que conduzca a la certeza requerida para el dictado de un sobreseimiento, se verifica una motivación limitada, defectuosa, equiparable a la falta de ella, lo que trae aparejada la sanción de nulidad en razón de lo expresamente dispuesto por el art. 115 del Código Procesal Penal.

“Quipildor”, Tomo 106:403

El examen que el juez está llamado a efectuar antes de emitir un pronunciamiento definitivo de carácter liberatorio respecto de un hecho, debe descartar su posible adecuación a cualquier título jurídico penalmente relevante.

La decisión de sobreseer tiene vastas consecuencias en cuanto a impedir que el hecho sea nuevamente evaluado conforme a un nuevo ropaje jurídico, pues a ello se opone la ga-

rantía que proscribe el doble juzgamiento, que bloquea la continuidad de la persecución cuando media una resolución conclusiva respecto de la misma conducta.

“*Navarro*”, Tomo 125:115

3.2. *Objeto*

En el proceso penal la absolución o el sobreseimiento son respecto al hecho investigado y no al tipo o calificación jurídica en la que encuadran.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris y Posadas)

“*Saracho*”, Tomo 142:513

3.3. *Efectos*

El sobreseimiento es una decisión que cierra definitiva e irrevocablemente la causa en favor de quien se dicta (art. 325, C.P.P.) y presupone como “*conditio sine qua non*” un estado de certeza desincriminatoria en relación al inculgado.

“*Miranda*”, Tomo 130:715

3.4. *Impugnabilidad objetiva*

Si bien se trata de un auto que pone fin a la acción (art. 467 del C.P.P.), debe entenderse que se encuentra cumplida la exigencia de la doble instancia con la intervención específica de la Cámara de Acusación y de acuerdo a lo establecido en los arts. 24 inc. 1º, 443, 444, 459 y concordantes del Código Procesal Penal. Máxime cuando el recurso de apelación, por su propia naturaleza procesal, habilita a dicho tribunal a revisar los hechos, la prueba y la viabilidad jurídica del sobreseimiento dictado.

Ante esa concreta intervención, no puede perderse de vista que las disposiciones que regulan al recurso de casación carecen de efectos abrogatorios o derogatorios de los restantes preceptos del Código y deben ser objeto de una armoniosa aplicación. Su alcance, entonces, no puede ser entendido como una tercera instancia no prevista y su admisibilidad debe responder a la existencia de agravios y motivos que, por imperativo de orden procesal, deben ser individualizados por el recurrente.

“Iacuzzi”, Tomo 143:1109

4. Imposibilidad de sobreseer y procesar por un mismo hecho

Si el acusado se encuentra imputado de dos delitos en concurso ideal, por haber exhibido y usado un arma de fuego, se trata de un solo hecho, independientemente de su significado jurídico, por efecto de la subsunción.

Una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo ilícito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado.

Se vulnera la garantía que proscribe el doble juzgamiento y bloquea la continuidad de la persecución, si a un mismo causante se imputa por violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego y el delito de amenaza con arma, cuando media una resolución conclusiva respecto de la misma conducta al haberse procesado al imputado por el primer delito y sobreseído por el segundo.

Un mismo hecho material no puede generar un doble proceso bajo un doble título delictivo. Se configura una suerte de desdoblamiento de una conducta única, si por un lado se dicta un pronunciamiento liberatorio y por el otro una resolución que da continuidad a las actuaciones.

“Delgado”, Tomo 135:349

5. **Archivo**

El archivo de las actuaciones, ordenado de conformidad a lo dispuesto por el art. 191 del C.P.P. no causa estado, por ende es inadmisibile el recurso de casación que pretende revertir la resolución que así lo decidió.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris y Vittar)

“Venturini”, Tomo 144:273

6. **Medios de prueba**

6.1. *Reconocimiento de personas*

El reconocimiento de personas es un acto procesal regulado bajo estrictas formalidades que, por tanto, sólo puede practicarse en sede judicial (arts. 195, 260 y cc. del C.P.P.); a tal punto es así que, en casos de suma urgencia sólo se justifica proceder sin notificación, pero se exige siempre la intervención jurisdiccional y por sobre cualquier eventualidad se prohíbe terminantemente su realización por parte de la policía.

Aun cuando en el juzgado se haya llevado a cabo el acto con posterioridad a la prohibida exhibición en sede policial del imputado, ello no logra subsanar la irregularidad, puesto que la naturaleza definitiva e irreproducible del reconocimiento impide tener por válidamente cumplido el objeto al

que ha sido destinado -identificación física-, en tanto la víctima contaba con una información previa que lo desvirtuó y tornó ineficaz; entonces, el acta respectiva no debió incorporarse al debate y carece de fuerza probatoria para inculpar al acusado.

(del voto de los Dres. Posadas, Ayala, Catalano y Ferraris)

Si bien el acto practicado por la policía no puede tenerse como un reconocimiento en sentido estricto, vale decir, como el acto formal previsto en nuestro Código de procedimientos (cfr. Capítulo VII del Título III, del Libro II), no puede soslayarse el hecho de que se trata de una indicación directa y precisa por parte de la víctima, de uno de los sujetos que la habrían asaltado, quien además es contundente en su afirmación, no advirtiéndose incongruencias en su relato.

No hay razones para descartar la imputación que hace la damnificada y única testigo del delito, aunque haya sido al inicio de la investigación y sin las formalidades previstas para el acto reconocitivo, pues se trató de medio válido para canalizar la pesquisa, aún cuando hubiese sido esperable que se lleve a cabo ante el juez de instrucción; afirmar lo contrario sería limitar las posibilidades de la policía para esclarecer los hechos delictivos.

Claro que el valor probatorio de ese reconocimiento impropio depende del resto del material colectado, pues no puede ser tomado como único elemento de convicción, precisamente porque los recaudos para garantizar su eficacia no fueron tomados.

Dicho acto no tendría valor conviccional si la participación criminal del impropriamente reconocido no surgiese de algún otro indicio que permita cerrar el juicio de incriminación sobre el imputado.

(del voto de los Dres. Garros Martínez y Vittar)

"Velarde" Tomo 156:393

6.2. *Pericia psiquiátrica*

La capacidad penal del acusado es objeto de prueba forzosa y, como tal, existe con carácter manifiesto e indispensable en el proceso, si los delitos imputados encuadran en la expresa previsión del art. 76 del C.P.P. cuyos efectos y obligatoriedad, amén de la incidencia en cuanto a la individualización de la pena, tiene vigencia desde el inicio de la investigación y excluyen todo supuesto descubrimiento ulterior atinente a las facultades mentales del acusado.

Tratándose de pruebas que versan sobre la persona del acusado, la pericia psiquiátrica y la psicológica, no obstante sean ordenadas en el marco de distintas causas acumuladas, poseen valor probatorio suficiente sobre la personalidad, la cual no cabe escindir; máxime tratándose de un concurso real de delitos (art. 55 del C.P.) y a la luz de los arts. 37, inc. 3º y cc. del Código Procesal Penal.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Posadas y Vittar)
“Choque”, Tomo 145:413

6.3. *Actos definitivos e irreproductibles. Derecho de asistencia*

Los defensores y el querellante tienen derecho a asistir a los actos o pruebas que, según su naturaleza y características, deban tenerse por definitivos o irreproductibles, conforme lo dispuesto por el art. 195 del Código Procesal Penal.

La norma procesal tiende a proteger el resultado de la prueba en sí o su beneficio en relación a la causa, en el caso de pruebas y actos que pueden servir de base a la sentencia o que no pueden realizarse nuevamente en las mismas condiciones - “definitividad” e “irreproductibilidad”-.

“Jozami de Fili”, Tomo 137:585

CAPÍTULO XI

PROCEDIMIENTO SUMARIO

1. Características

El objetivo principal de la reforma ha sido eliminar la investigación judicial en la etapa preliminar y sustituirla por una instancia policial de averiguación elemental e informal del hecho dirigida por el Fiscal Correccional, quien concluye esa actividad formulando la acusación o requiriendo al juez que archive las actuaciones o dicte sobreseimiento.

Recibida el acta única por el Fiscal Correccional, y luego de la mencionada etapa pre-procesal de reunión de datos para acusar, en el caso de que pida el juicio y el Juez Correccional lo provea, la colección de prueba se realiza en el plenario o bien en forma previa mediante una investigación suplementaria (art. 411 para los supuestos del art. 195 del C.P.P.).

Si a ello se suman los casos de excepción al procedimiento sumario, a cargo del Juez de Instrucción, es evidente que lo que todavía caracteriza al sistema es que la producción de la prueba propiamente dicha es siempre jurisdiccional, limitándose las partes a ofrecer la realización de aquéllas que ha-

cen a sus alegaciones y defensas (arts. 81, 184 inc. 3, 357, 359, 411, 360 bis y 361 del C.P.P.).

De lo expuesto se concluye que, exigir la producción o diligenciamiento de la prueba a las partes antes del plenario denota claramente una errónea interpretación del actual procedimiento y contraría a la ley, sin perjuicio de los valores y principios que informan a un sistema acusatorio puro o pleno, que no ha sido introducido en la legislación procesal provincial para los delitos de acción pública.

(del voto de la Dra. Ayala)

Los actos realizados por la Policía Judicial y/o el Fiscal Correccional previos al juicio, sin la intervención del Juez Correccional hacen de fuente de prueba y no de medio de prueba. Deben delimitarse ambas especies de actividad procesal, por cuanto los primeros carecen de virtualidad jurisdiccional.

Por tanto, corresponde al Juez Correccional y de Garantías de acuerdo a la ley procesal, proveer la instancia necesaria para que las partes ofrezcan la prueba de que intenten valerse en el juicio (arts. 360 bis y 361, en función del art. 410) y disponer el diligenciamiento y oportuna recepción de aquélla que haya sido aceptada (arts. 362, 365 y cc.), asegurando, a través de esa actividad previa e ineludible, la efectiva vigencia del contradictorio en la celebración de la audiencia de debate.

*(del agregado de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas, Vittar y Garros
Martínez)*

"Tolaba", Tomo 131:857

2. Excepciones al procedimiento sumario (art. 353, C.P.P.)

2.1. Por procedencia de una medida de seguridad de carácter provisional

El primer supuesto de excepción a la aplicación del procedimiento sumario, previsto en el inc. 1° del art. 353 del C.P.P., se refiere a la procedencia de una medida de seguridad de carácter provisional. La disposición está basada en la necesidad de profundizar en la etapa inicial del proceso el conocimiento de la situación personal del imputado que puede dar lugar a la imposición de este tipo de cautelas.

Para que se produzca la intervención del Juez de Instrucción Formal basta con que la aplicación de la medida de seguridad provisional aparezca como razonablemente posible, sin necesidad de que su imposición se haya hecho efectiva.

En el nuevo contexto en que funciona esta excepción (en relación al viejo art. 353 del C.P.P., según Ley 6345), a partir de la puesta en vigencia del procedimiento sumario, cabe añadir que la posible aplicación de una medida de seguridad provisional debe ser evaluada a partir de un conjunto de elementos legalmente prescriptos como el dictamen de dos peritos.

*(del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas, Silisque)
"Nieva", Tomo 101:895*

2.2. Por la constitución de actor civil

Si la constitución de actor civil se realiza al momento de la denuncia o en una etapa previa a la intervención del Juez Correccional instado por el requerimiento fiscal de elevación a juicio, se dará el supuesto de excepción al proceso sumario debiendo entender el Juzgado de Instrucción Formal que co-

rresponda por el turno; si -por el contrario- la constitución de actor civil deviene como consecuencia de la notificación cursada por el Sr. Juez Correccional interviniente, en función de lo dispuesto por el art. 358 del C.P.P., deberá continuar interviniendo el Juzgado Correccional a modo de garantizar el correcto desenvolvimiento del proceso preservando el principio de defensa en juicio y en salvaguarda del referido a la preclusión procesal.

Si se pretendiera excepcionar el procedimiento luego del avocamiento del Juez Correccional y de Garantías, la retrogradación a una etapa inicial para el total desarrollo de la instrucción implicaría afectar el principio de preclusión y la celeridad de actuaciones penales, sin que medie una razón vinculada al orden público. Asimismo, este negativo efecto se verificaría subordinando la suerte de las actuaciones principales a la aparición de una cuestión incidental accesorio, con posible mengua del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

“Burgos”, Tomo 106:720

2.3. Carácter de las actuaciones del procedimiento sumario ante una excepción

Una vez dispuesta por auto del Juez Correccional y de Garantías la procedencia de la excepción al procedimiento sumario prevista en el art. 353, inc. 2º del C.P.P. y remitida la causa al Juzgado de Instrucción Formal, este último debe correr vista al Agente Fiscal a los fines del ejercicio de la acción penal y no declarar su incompetencia, cuando, todavía, no había sido excitada la jurisdicción.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Posadas y Vittar)

“Personal Policial por vejaciones a Rodríguez”, Tomo 131:215

Si no existe requerimiento de juicio formulado con arreglo a las pautas descriptas en los arts. 357 y 184 del C.P.P., sobreviene en consecuencia la ausencia de un ineludible acto promotor.

En los casos en que el Fiscal Correccional considere que el hecho denunciado encuadraría en una figura que exceda la competencia del Juez Correccional, deberá remitir internamente las actuaciones al Agente Fiscal en turno a fin de que evalúe la posibilidad de realizar el correspondiente requerimiento.

*(del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas, Catalano, Cornejo y Ferraris)
"Pérez", Tomo 132:21*

3. Incompatibilidad por la participación de menores de edad

Al establecer las excepciones a la aplicación del procedimiento sumario el art. 353 del C.P.P., no se ha referido expresamente a las causas en que se investiga la posible participación de menores en hechos delictivos; ello no obstante, una interpretación sistemática de las disposiciones del código permite concluir que tales causas solo pueden tramitar mediante el régimen de instrucción formal.

En este aspecto, cabe tener en cuenta que el art. 417 del C.P.P. establece que en la investigación de los hechos de su competencia el Juez de Menores debe proceder con arreglo a las disposiciones comunes. Asimismo, el art. 28 del mismo cuerpo normativo, al establecer pautas para la preservación de la imparcialidad del Juez de Menores, se refiere concretamente a la instrucción como sistema procesal previo a la realización del juicio. De ambas normas se colige que para la investigación de hechos cometidos por menores no ha sido prevista la intervención del Fiscal Correccional, ni la posible aplicación del

procedimiento sumario, que únicamente puede tramitarse bajo la dirección de este funcionario.

Asimismo, en los supuestos de concurrencia de mayores y menores, el art. 418 del C.P.P. continúa indicando que la investigación corresponde al juez de instrucción, por lo que, al no haberse mencionado al Fiscal Correccional, mal puede propiciarse que en estos casos resulte de aplicación el procedimiento sumario que la ley ha puesto a su cargo.

El mantenimiento de la modalidad procesal aplicable a los menores se relaciona con las necesidades derivadas del estudio de la concreta situación personal del menor y de su entorno, que exigen una ponderación completamente incompatible con la celeridad del procedimiento sumario. No debe olvidarse que en el juicio de menores es tan importante la consideración de las pruebas concernientes al hecho, como la de los estudios y opiniones sobre el encausado, cuyo serio desarrollo constituye un factor fundamental para el logro de una decisión judicial que tutele adecuadamente el interés superior del niño.

“Contreras”, Tomo 101:1027

4. Extensión del procedimiento sumario

El procedimiento sumario se extiende hasta el decreto de citación a juicio, acto jurisdiccional que da inicio a la etapa del juicio correccional (arts. 410 y 360 bis, C.P.P.).

“Cuellar”, Tomo 130:857

Ello es así, puesto que en atención al imperativo de orden constitucional y procesal que impone que la etapa del juicio sólo puede dar inicio siempre que la relación procesal se

encuentre efectivamente constituida, es que los artículos 358 y 359 del Código Procesal Penal han sido incorporados en el título de la ley adjetiva “Procedimiento Sumario”, a continuación de las normas que regulan las potestades del Fiscal Correccional y no en el correspondiente al “Juicio Correccional”, el cual al respecto no ha sufrido modificaciones.

“Flores”, Tomo 136:501

4.1. Perfeccionamiento de la relación procesal. Inicio de la etapa de juicio

Los trámites previstos en los arts. 358 y 359 del C.P.P. aseguran la relación procesal, permiten la constitución de otros sujetos eventuales y otorgan oportunidad a la defensa para controlar y excepcionar tanto la acusación como -de existir- la querrela conjunta presentada en su contra. Su cumplimiento es ineludible y previo a la etapa de juicio, pues garantiza el contradictorio y los demás principios que lo rigen.

Si con posterioridad al decreto de citación a juicio se tuvo por constituida a la parte querellante y al actor civil, corriéndose traslado de la mencionada constitución en los términos del art. 359 del C.P.P., la etapa de juicio correccional no puede tenerse por válidamente iniciada.

Esos actos procesales importan una retrogradación del proceso que se evidencia al advertir que de manera paralela al incidente de nulidad contra el avocamiento se encuentran a resolución de la juez “a quo” otros planteos afines o conexos dirigidos, también, contra la participación en el proceso de los sujetos eventuales. Tales artículos corresponde sean resueltos y agotados en el marco del procedimiento sumario, en tanto determinan la suerte del plenario.

Al existir actos previos que se encuentran pendientes y siendo que la defensa se limitó a sostener la nulidad sin dar cumplimiento a los extremos del art. 360 bis del C.P.P. o efectuar otra manifestación que supere la cuestión, la etapa de juicio correccional no puede tenerse por válidamente iniciada.

“Guiñez”, Tomo 147:761

4.2. *Trámite irregular. Nulidad, interés*

Presenta falencias el decreto que, en mal entendida economía procesal, ordena actos de contenido y naturaleza distintiva que corresponde sean cumplidos de manera progresiva y no en una misma oportunidad procesal: por un lado, otorga participación al defensor y corre traslado de la acusación -procedimiento sumario- y, por otro, anticipadamente cita a las partes a juicio -etapa del plenario-.

Sin embargo, ninguna nulidad puede tener un fin en sí mismo y esta grave sanción debe obedecer siempre a la existencia de un interés, lo cual supone la violación de una formalidad legal y la demostración de que mediante ella la parte experimenta un perjuicio, situación que no ocurre cuando, pese a los defectos del acto jurisdiccional, no se ha causado de modo material, concreto y verdadero, una lesión al impugnante.

Ello es así porque, notificada del decreto, la defensa no articuló excepciones, manifestó alguna oposición ni, tampoco, instó el sobreseimiento (art. 359 del C.P.P.) y, muy por el contrario, ofreció pruebas para el debate con expresa remisión a algunas constancias de la causa (art. 360 bis del C.P.P.) que fueron, inclusive, admitidas; a punto tal que se fijó y prorrogó la audiencia de debate en distintas ocasiones ante diversas incomparencias de las partes.

En ese contexto y al encontrarse cumplidos los actos amparados por la ley, no existe violación alguna al debido proceso y al derecho de defensa en juicio. Por lo tanto, la intempestiva pretensión de retrotraer el proceso -formulada a más de un año de conocer el decreto atacado-, carece de todo fundamento jurídico y, más bien, constituye una contradicción con la propia actuación del recurrente, puesto que éste agotó los efectos del acto que ahora niega e impugna.

Si las constancias de la causa demuestran la absoluta inexistencia de perjuicio y, por ende, de interés de la parte, debe rechazarse la impugnación.

“Delgado”, Tomo 149:393

5. Cuestiones de conexidad

El derecho procesal penal parte de la base del trámite independiente de cada causa, regla que sólo se ve alterada en los supuestos previstos por el art. 37 del Código Procesal Penal (excepción a las reglas de competencia por conexidad objetiva o subjetiva). Asimismo, el art. 353 del C.P.P. no ha previsto entre los supuestos en que podrá exceptuarse la tramitación del procedimiento sumario, las hipótesis de conexidad.

“N.N. por hurto a Orce”, Tomo 112:641

El Juez Correccional puede averiguar sobre la existencia de causas conexas y ordenar la acumulación, recién a partir de su avocamiento, siempre que se encuentren en el mismo estadio procesal. En función del principio de preclusión no puede ordenar la remisión de los autos para su acumulación a una causa que tramita en la etapa de instrucción.

La pretensión de hacer que las actuaciones vuelvan a un estado de trámite correspondiente a la etapa preliminar del proceso, no resulta acorde al postulado de pronta justicia, que encuentra específica consagración constitucional en las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos que refieren el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El Juez Correccional debe propiciar el avance de la causa a la que se avocó para llevarla a un estado de definición, sin perjuicio de que si, antes del dictado de la sentencia definitiva, las actuaciones que se siguen contra el mismo imputado son elevadas a juicio ante una Cámara en lo Criminal, pueda entonces proponer la respectiva tramitación conforme a las reglas de competencia por conexidad.

"Jiménez", Tomo 121:1095

6. Causales de sobreseimiento admitidas

El auto de sobreseimiento, como pronunciamiento liberatorio de carácter definitivo, sólo puede dictarse en función de los motivos taxativamente enunciados en el art. 326 del Código Procesal Penal. A las resultas del procedimiento sumario la posibilidad de emitir este tipo de resolución está expresamente prevista por los arts. 357, 359 y cc. del C.P.P.

Ello es así porque en el elenco de motivos que figura en dichos artículos es posible distinguir claramente situaciones que atañen al hecho cuya afirmación, en grado de certeza, no puede formularse sino a partir de la producción de prueba, actividad ajena al procedimiento sumario, únicamente orientado a suministrar datos que otorguen sustento a la acusación.

Así las cosas, no cabe duda de que la única base legal para el sobreseimiento antes del juicio, es la prevista en los

incs. 1° y 3° del art. 326 del C.P.P., que aluden a cuestiones para cuya determinación no es necesario practicar investigación alguna. En el primer caso se aplicarán lisa y llanamente las disposiciones legales sobre extinción de la pretensión penal y en el segundo se cotejará el hecho denunciado con el ordenamiento de fondo. Lo expuesto guarda estricta correspondencia con la clara previsión del art. 359 de dicho ordenamiento normativo.

"Pereyra", Tomo 107:359

7. Resoluciones del Juez Correccional y de Garantías. Impugnabilidad

7.1. Resoluciones dictadas durante el procedimiento sumario

Entre las atribuciones del Juez Correccional y de Garantías se encuentra la de emitir resoluciones durante el trámite del procedimiento sumario, como aquéllas que derivan de los arts. 358 y 359 del C.P.P.; ello así en cuanto, ese procedimiento se extiende hasta el decreto de citación a juicio, acto jurisdiccional que da inicio a la etapa del juicio correccional (arts. 410 y 360 bis, C.P.P.).

En base a lo indicado y conforme a la regla expresa de los arts. 24, inc. 1° y 459, 2do. párrafo del C.P.P., cabe concluir que las resoluciones dictadas por los jueces correccionales y de garantías en el procedimiento sumario son impugnables mediante el recurso de apelación ordinario, ante la Cámara de Acusación.

"Cuellar", Tomo 130:857

7.2. Resoluciones que versan sobre la libertad del imputado

El art. 351 del Código Procesal Penal, establece como principio y salvo disposición en contrario, que en las causas de procedimiento sumario el proceso debe tramitar con arreglo a las normas comunes; por otro lado, en el art. 356 se indica que cuando de ese tipo de causas se trata, las consideraciones acerca de la libertad del imputado deben efectuarse en el marco del instituto de exención de detención (art. 305, C.P.P.).

Cumplida la referida remisión a las disposiciones comunes, se constata que frente a las resoluciones sobre exención de detención, el art. 305, en su párrafo final, prevé específicamente la posibilidad de impugnarlas mediante apelación; por lo tanto, la decisión que al respecto adopte el Juez Correccional y de Garantías en cualquier etapa del proceso, podrán ser recurridas por dicha vía.

“Aylán”, Tomo 122:1075

8. Actividad requirente. Deber de motivación. Control judicial de razonabilidad

8.1. Discrepancia con la calificación jurídica

Cuando el juez discrepa con la calificación legal propuesta por el funcionario del Ministerio Público, corresponde que ese criterio se confronte mediante una declaración de inadmisibilidad del respectivo requerimiento fiscal, en razón de la existencia de un error o una falta en el deber de motivar que prescribe el art. 68 del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de ello, en tanto el “nomen iuris” no es inmutable, no puede suscitarse un conflicto de competencia a

partir de una discusión que se origina en la calificación legal de un hecho.

El conflicto de competencia se encuentra mal planteado si el Juez Correccional y de Garantías consideró superada su competencia material tomando en cuenta la aplicabilidad de la figura agravada del delito de apremios ilegales, sin afectar la validez de la promoción de acción.

“un tal Tortorici”, Tomo 111:983

Cuando en el estado inicial del proceso aparece como posible la configuración de un agravante que supere la competencia material del Juzgado Correccional y de Garantías, no puede perderse de vista la regla del art. 32 del C.P.P.; sin perjuicio de que, al avanzar la investigación, seguramente esa calificación primera se irá perfeccionando en mérito a las probanzas producidas determinándose de manera más concreta (propio de la instrucción), tarea que no se le puede exigir al juez correccional y de garantías, del mismo modo que no se puede obligar al juez de instrucción a elevar a juicio ante la Cámara en lo Criminal por delitos que no son de su competencia.

Si bien el art. 191 del C.P.P. confiere al juez de instrucción la atribución de rechazar el requerimiento y, de concretarse, habilita atribuciones impugnativas por parte del Ministerio Público Fiscal, que a su vez suscitan la competencia de la Cámara de Acusación; no obstante, el camino a desandar conducirá indefectiblemente en la atribución de la competencia a favor de uno de los titulares de los juzgados en conflicto. Si bien, “prima facie” encontraríamos como resuelta la cuestión originalmente planteada, es dable imaginar que una vez avocado al caso el Juzgado designado y liberado el proceso del letargo sufrido, la puesta en marcha del mismo develará, gra-

cias a las pruebas recolectadas y producidas, si aquella primigenia apreciación típica penal fue acertada, o por el contrario, no encontró pilares donde reposar su capitel jurídico. Esta circunstancia, producirá en más de una oportunidad, el surgimiento de un nuevo conflicto de competencia, también factible de ser resuelto conforme los parámetros que aquí se establecen, toda vez que este último será fruto de la labor y del esfuerzo del magistrado, reflejado en la evolución del proceso, y basado en elementos tangibles, los cuales no sólo servirán de fundamento cierto para el desplazamiento de su iudicatura, sino que además, por su firmeza e innegable inherencia con la realidad de los hechos, producirá seguramente, que el mismo no sea controvertido por su par a quien le sea remitida la causa en función a la pena del delito, lográndose, finalmente así, evitar la situación traída tempranamente a esta Corte, y asumiendo la conducción del proceso, su justo titular, merced a la decantación producida en base a elementos de hechos y estructuras jurídicas sólidas, fruto del avance hacia la resolución de la causa, fin superior e impostergable de todo proceso.

Entonces, el rechazo por parte del “a quo” del requerimiento de instrucción, de conformidad a la atribución otorgada por el art. 191 del C.P.P., conducirá al periplo relatado ut supra, camino notablemente distante al principio de resolución de las causas en tiempo oportuno (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.5; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.c; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 18).

“un tal Sonrisa Núñez”, Tomo 125:855

9. Trámite de la acción civil entablada en el procedimiento sumario

El procedimiento sumario, al igual que la instrucción formal, son etapas preparatorias del juicio, parte esencial del proceso penal que -desde la fase preliminar y hasta la sentencia- se caracteriza por asegurar el contradictorio, efectivizando plenamente el derecho de defensa. La estructura procedimental así establecida, impone que la etapa del plenario sólo puede iniciar válidamente con un objeto determinado y con la relación procesal perfectamente establecida; premisas que rigen tanto la cuestión principal como la civil accesoria.

Si la litis no es trabada antes de la etapa del juicio correccional, se alteraría el orden del proceso y se impediría -o en el mejor de los casos postergaría a un momento no previsto- el ofrecimiento de prueba y, entre otras importantes cuestiones que deben evitarse, se privaría al civilmente demandado de la eventual posibilidad de reconvenir.

A fin de asegurar la plena efectividad del contradictorio, en las causas de competencia correccional, de existir constitución de actor civil, la demanda debe ser concretada y contestada antes de que finalice el procedimiento sumario.

Exegéticamente, resultan de aplicación las normas comunes contenidas en el código adjetivo que regulan la cuestión, en virtud de la regla general establecida en su art. 351 y el expreso mandato del art. 358, que imperativamente ordena notificar a quien corresponda a los fines del ejercicio de la acción civil -y no sólo de la constitución de esa parte-.

El trámite a seguir, es el siguiente: avocado el Juez Correccional, notifica al damnificado a los fines del ejercicio de la acción civil y la querrela conjunta (art. 358); luego, siempre en el principal, ordena el traslado del art. 359 y, paralelamente, de

existir constitución de parte civil notifica ello al imputado en el correspondiente incidente sin que éste pueda oponerse.

Una vez integrada la defensa del imputado, contestado y resuelto el traslado o vencido el plazo del art. 359, pero siempre antes de citar a juicio, de existir actoría, en el incidente el juez notifica a la parte para que en cinco días concrete la demanda (art. 83); concretada, corre traslado a los demandados civiles por el término de seis días (art. 91).

Finalmente, contestada la demanda o su reconvencción, ordena el decreto previsto en el art. 360 bis, sin pasar por alto que, por regla, las cuestiones incidentales planteadas entre las partes civiles se deciden en la etapa preliminar del juicio y que, específicamente, la resolución de las excepciones -sin distinción- pueden ser diferidas para la sentencia por auto fundado (arts. 91 y 350).

“Décima”, Tomo 150:1057

CAPÍTULO XII

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD EN EL PROCESO

1. Procedencia

Tanto la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, como los tratados internacionales, consagran a la libertad y a la privación provisoria como regla y excepción. Entonces, lo segundo también posee jerarquía constitucional y no se encuentra prohibido, siendo que las específicas disposiciones que lo contemplan, mediante la imposición de distintos requisitos infranqueables, la limitan a su justo alcance y medida.

Hay en nuestro Código Procesal Penal, disposiciones que ofrecen claras señales acerca de la necesidad de reducir la aplicación del encarcelamiento preventivo a límites que impidan que tal coerción se ejercite con criterios de anticipo sancionatorio y en contravención con mandatos de orden constitucional.

En efecto, en la Exposición de Motivos de nuestra ley de enjuiciamiento, al tratar la situación del imputado, se dice que “la excarcelación es propuesta como regla”. A su vez, el art. 3º del mismo cuerpo normativo prescribe que “toda disposición

legal que coarte la libertad personal... debe ser interpretada restrictivamente”, y finalmente, su art. 270 dispone que “la libertad personal podrá ser restringida sólo de acuerdo con las disposiciones de este Código y en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y aplicación de la ley sustantiva”. Consiguientemente surge, de ese modo, patente que nuestro ordenamiento de forma privilegia la libertad individual derivada del estado de inocencia, de allí que no pueda soslayarse, en un análisis sistemático e integral del bloque de legalidad local aplicable al caso, a la hora de evaluar la procedencia de institutos como la exención de detención o la excarcelación.

Formalmente, sin perjuicio de las contadas excepciones regladas en el art. 19 de la Constitución Provincial, la privación provisoria de la libertad ambulatoria del imputado, en cualquiera de sus especies sólo puede ser ordenada por juez competente mediante resolución escrita debidamente motivada, con expresa alusión a sus razones fácticas y jurídicas y oportuna notificación.

Para ser válidamente dictada, además de la gravedad del delito, debe encontrar su causa en el posible daño al proceso, sea a la averiguación de la verdad o a la concreta actuación de la ley penal, valorado en cada caso y en atención a sus particularidades objetivas y subjetivas; asimismo, tratándose de una medida cautelar, únicamente procede ante la verosimilitud del derecho que se quiere proteger y el peligro en la demora y, principalmente, debe ser útil, razonable y proporcional al peligro que se quiere evitar.

De conformidad a esos lineamientos constitucionales y con especial énfasis en la regla de proporcionalidad aludida, la cautelar sólo se concibe cuando en el caso concreto al hecho investigado corresponda pena privativa de libertad de cum-

plimiento efectivo. Como lógica derivación, la magnitud de la amenaza penal indica en alto grado de probabilidad el peligro de daño al proceso, ya por evasión del imputado o por deliberado ocultamiento de pruebas.

“Plaza”, Tomo 134:327

2. Presupuestos, fundamento y fines

La privación de libertad no puede ser empleada como un fin en sí mismo, es decir, como una pena; su legitimidad sólo puede provenir de la invocación de una finalidad instrumental, en tanto se señale de manera concreta que es una cautela indispensable para resguardar la concreción del proceso y la consiguiente aplicación de la ley sustantiva. El fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad.

La verificación de tales circunstancias y la consecuente necesidad de acudir a la extrema afectación de derechos que implica el encarcelamiento provisional, debe ser establecida a partir de la evaluación de las específicas circunstancias de cada caso.

“Ringel”, Tomo 131:317

El derecho a gozar de libertad durante el proceso no es absoluto y el arresto, la detención y la prisión preventiva son medidas cautelares que cuentan con respaldo constitucional siempre y cuando sean necesarias para asegurar el éxito de la investigación o para garantizar, en casos graves, que no se siga cometiendo delito y que no se frustre la ejecución de la eventual condena.

Tienen naturaleza preventiva, provisoria y excepcional toda especie de restricciones de la libertad, y su procedencia tiende a evitar el daño al proceso, sea que: a) de encontrarse en libertad el imputado, resulte el peligro de que haga desaparecer rastros del delito o perjudique de algún otro modo la investigación, o; b) pueda eludir la acción de la justicia, frente a fuertes presunciones que se fugará o desaparecerá evitando la sustanciación del juicio o la imposición de una posible pena, en atención a sus antecedentes, condiciones personales y a la gravedad del delito.

Del estado de inocencia emerge, entre otras consecuencias, el derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso, pero esta regla no es absoluta sino que reconoce limitaciones específicas, entre las que se encuentra la necesidad de impedir que el imputado pueda eludir la acción de la justicia.

Para juzgar la razonabilidad del encarcelamiento preventivo también cuentan aquellas demoras atribuibles a la acción del propio imputado o su defensa.

"Ruiz", Tomo 138:851

De conformidad a la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados a ella, la Constitución Provincial y el Código Procesal Penal, la prisión preventiva posee naturaleza cautelar, provisoria y excepcional. Merced a esos caracteres, para ser válidamente dictada, amén de encontrar su causa en el posible daño jurídico al proceso -por obstrucción a la investigación o evasión-, debe atender a la gravedad del delito, esto es, si ante la provisoria calificación legal de los hechos investigados se estima que procederá condena de ejecución efectiva y no condicional.

Además, nuestra Constitución Provincial en el art. 19 establece que la ley regula la excarcelación de oficio, cuarto párrafo “in fine”, refiere entonces -de modo genérico- al derecho de todo individuo sometido al proceso penal a solicitar su libertad y como correlato lógico para el juzgador de atender a ella, aún de “motu proprio”, bajo la forma y condiciones que la disciplina la ley procesal.

La división de ese concepto genérico, conforme el Código Procesal Penal, se descomprime en tres clases, en orden progresivo según el estado del proceso, incluso la primera antes de iniciarse, ellos son: exención de detención (art. 305), libertad provisoria (art. 300) y excarcelación propiamente dicha (arts. 306 y cc). Además de otras proposiciones normativas que las rodean y resguardan, por citar las más importantes, a saber: interpretación restrictiva de toda disposición legal que coarte la libertad personal (art. 3º), términos continuos relativos a la libertad (art. 154), restricción de la libertad en los límites de lo absolutamente indispensable y que la detención se ejecutará de modo que perjudique lo menos posible a la persona y reputación de los afectados (art. 270), comparencia del imputado, salvo en los casos de flagrancia, por simple citación (art. 271).

Por encima de ellos, a su vez, son recludos y amparados por el referido art. 19 de la Constitución Provincial que restringe la libertad a sólo dos supuestos globales: el mentado daño jurídico -indispensable a la investigación del ilícito y evitar que eluda la acción de la justicia- y la gravedad de los hechos.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Posadas y Vittar)

“Tolaba”, Tomo 141:567

2.1. *Indicadores de riesgo procesal*

Existen circunstancias objetivas y subjetivas que, debidamente documentadas en el expediente, el juez debe valorar para imponer la medida coercitiva; entre las cuales cabe resaltar, a la par de la magnitud de la sanción conminada para el delito acusado y al estado y complejidad de la investigación, la situación familiar y patrimonial del imputado, si tiene arraigo, domicilio conocido, personas a cargo, medios de vida lícitos, vicios y, además -fundamentalmente para evitar que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores- la peligrosidad evidenciada, el riesgo de comisión de otros delitos, la proclividad a la delincuencia, la conducta, los antecedentes demostrados, la predisposición posterior al hecho, la posibilidad de reacción social o de disturbios de orden público y el tiempo de privación cumplido.

Los numerosos hechos imputados, la probable proclividad del acusado y los riesgos que deben evitarse en la marcha del proceso son circunstancias que sustentan la inconveniencia de otorgar el beneficio de condena condicional y, también, la estimación efectuada de acuerdo al inc. 2º del art. 306 del C.P.P. en función del art. 13 del Código Penal.

A la procedencia hipotética de condena de cumplimiento efectivo y de la actual exclusión de los institutos de remisión de la pena, se suma que en la causa sólo resta celebrar el juicio oral y público -amén de las medidas conducentes a tal fin- y que el tiempo de privación de la libertad sufrido cautelarmente es razonable ante la multiplicidad de imputaciones, lo cual -obviamente- repercutió en el desarrollo de la investigación. Entonces, a la luz de esos parámetros, se actualiza concretamente el peligro de fuga del acusado; ergo, la excepción encuentra fundamento y el planteo excarcelatorio no debe prosperar.

“Álvarez”, Tomo 152:759

3. Oportunidad para su dictado

Para los distintos grados y momentos del proceso y según el concreto peligro procesal, la ley adjetiva local regula, con distintas magnitudes, las posibles medidas restrictivas de la libertad ambulatoria que pueden imponerse y los institutos o remedios aptos para hacerlas cesar, los que deben ejecutarse en la medida de lo indispensable y de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación del afectado (art. 270).

“Plaza”, Tomo 134:327

3.1. *Arresto*

El arresto se encuentra reservado a los primeros momentos de la investigación, por un tiempo no mayor a 24 hs. y al efecto de individualizar al posible responsable (art. 271); no constituye en nuestro sistema, “*lato sensu*”, una medida cautelar coercitiva.

“Plaza”, Tomo 134:327

3.2. *Detención*

La detención procede contra el imputado, en principio, a fin de asegurar su comparencia, aunque, ante el peligro de daño al proceso, puede prolongarse hasta el procesamiento en los delitos graves e, inclusive, hasta la conclusión del juicio en los delitos leves (arts. 274 y cc.). Inversamente a lo que –como veremos– sucede en la prisión preventiva, la verosimilitud se presenta en menor magnitud pero, en contraposición, prevalece el peligro en la demora y la eventual obstaculización a la investigación. La exención de detención constituye su remedio,

puede ser solicitada por el imputado aún no privado de libertad y debe concederse si se estimare que corresponderá condena de ejecución condicional (art. 305).

“Plaza”, Tomo 134:327

3.3. *Prisión preventiva*

En la prisión preventiva, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora aparecen como condicionantes intrínsecos, ya que sólo procede contra imputado procesado, es decir, en contra de quien existen elementos de convicción suficientes para juzgar que es culpable como partícipe de un hecho delictivo específico (arts. 295 y 300 del C.P.) o, en términos de la doctrina, contra quien pesa presunción de culpabilidad. Por ello es que los arts. 300 y 306 del C.P.P. -que deben conjugarse imponen al juez, sea para dictarla o para conceder la excarcelación y en aras a verificar el peligro de daño -especialmente ante la posibilidad de fuga-, estrictamente considerar la magnitud de la pena y la eventual imposición de condena efectiva.

“Plaza”, Tomo 134:327

4. **Privación cautelar de la libertad ante una condena a pena de prisión efectiva recurrida**

El ejercicio de la jurisdicción no se agota con las actividades de dirección, cognición y decisión, sino que implica para los jueces naturales el deber de ejercer el poder coercitivo cuando sea necesario y, fundamentalmente, a efectos de concretar la justicia, el de ejecutar los fallos dictados como, también, asegurar que éstos sean cumplidos.

La actividad coercitiva “lato sensu” procede hasta tanto la sentencia definitiva se encuentre firme, y posee naturaleza

preventiva, provisoria y cautelar. La necesidad de dictar una medida de esta naturaleza encuentra fundamento constitucional y es patente, evidente e innegable ante una condena recurrida que no aplique el art. 26 del Código Penal.

Específicamente, el ejercicio del poder coercitivo cautelar ante el dictado de una sentencia no es excluido por los efectos de los recursos que puedan interponerse (art. 451 del C.P.P.) puesto que, asegurar el resultado de la decisión es un deber de cumplimiento obligatorio y la existencia real de un pronunciamiento condenatorio que implique soportar una pena privativa de libertad -aunque se encuentre recurrido- existe y otorga el convencimiento necesario sobre el probable daño jurídico y el peligro de evasión, lo que exige al juez imponer cautelarmente la medida restrictiva de la libertad; instituto procesal que procede con independencia y cuya regulación es autónoma en la ley instrumental.

*(del voto de los Dres. Posadas, Ayala, Catalano, Cornejo y Garros Martínez)
"Valdez", Tomo 152:979*

5. Resoluciones sobre la libertad. Impugnabilidad objetiva

5.1. Inadmisibilidad

Lo que habilita el remedio anticipado de la casación es la pretensión de hacer cesar un gravamen irreparable. Conforme a ello, y aún cuando la defensa cuestione en forma autónoma la prisión preventiva, sus argumentos no demuestran que en sus fundamentos el tribunal "a quo" haya incurrido en arbitrariedad o irrazonabilidad al confirmarla.

Cabe precisar además, que el acusado cuenta con la posibilidad de efectuar oportunamente, con la debida caución de ser necesario, el planteo excarcelatorio y, por lo tanto, no se observa que con lo resuelto se le cause un perjuicio no suscep-

tible de reparación ulterior mediante la resolución impugnada, la que no puede ser equiparada a sentencia definitiva en los términos del art. 467 del Código Procesal Penal.

“Márquez”, Tomo 130:179

En lo que hace a la casación interpuesta contra la confirmación de la prisión preventiva, la vía extraordinaria ante esta Corte sólo puede quedar habilitada cuando no se hallan expeditos mecanismos procesales ordinarios destinados a hacer cesar la afectación del derecho que invoca el recurrente.

No sería lógico interpretar las disposiciones legales en el sentido de conceder el “recurso de casación” en aquellos casos en los que la garantía de la doble instancia haya sido satisfecha a través del “recurso de apelación”, sin que medien circunstancias extraordinarias que así lo habiliten. Semejante solución podría alterar el delicado equilibrio que debe existir en un sistema de impugnaciones para llevar adelante un juicio rápido y a la vez respetuoso de los estándares constitucionales. Tanto el dictado de la prisión preventiva, como el resto de las decisiones en materia de libertad personal que se puedan dictar a lo largo del proceso, tienen previsto el recurso de apelación, al igual que las incidencias suscitadas en la etapa de ejecución. El derecho del imputado al recurso, por consiguiente, en todos estos casos ya se encontraría plenamente satisfecho a través de la apelación.

“Vázquez”, Tomo 142:225

5.2. *Admisibilidad*

Cabe equiparar a sentencia definitiva la denegatoria del pedido de excarcelación por la Cámara en lo Criminal, en vir-

tud del carácter irreparable del gravamen que la prolongación de la privación de la libertad del imputado podría irrogar. Habilita el remedio anticipado de la casación la pretensión de hacer cesar un gravamen irreparable, y debe aquí hacerse una precisión respecto de tal doctrina indicando que esa vía recursiva extraordinaria sólo puede quedar habilitada cuando no se hallan expeditos mecanismos procesales ordinarios destinados a hacer cesar la afectación del derecho que invoca el recurrente.

Así, la denegatoria de excarcelación es equiparable a sentencia definitiva por afectar un derecho que requiere tutela inmediata, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior y, en tanto no existe otro recurso en esta etapa que garantice la doble instancia, debe admitirse la casación interpuesta.

“Salto”, Tomo 145:1097

6. Excarcelación

6.1. Oportunidad para plantearla

Ante una situación de confirmación de condena, sin que el monto de pena impuesto se haya agotado por el tiempo de privación de libertad hasta el momento cumplido ni, tampoco, alcance para obtener la libertad condicional, el recurso planteado en contra de la denegación del pedido de excarcelación, remedio de naturaleza procesal previsto en los arts. 306 y concordantes del C.P.P. para hacer cesar la prisión preventiva, resulta abstracto o vacío de contenido y, por ende, no es posible avocarse a la resolución del fondo de la cuestión. Ello es así porque es deber de los tribunales pronunciar sus sentencias

atendiendo al estado de cosas existentes al momento de decidir.

“Choque”, Tomo 145:393

6.2. *Parámetros para considerar su procedencia*

Entre las garantías políticas que limitan la potestad represiva del Estado, cual estandarte infranqueable, se encuentra la de juicio previo o debido proceso legal. Su desarrollo se desenvuelve en constante conflicto entre dos intereses que comparten la cualidad de ser superiores: el colectivo por la búsqueda de la verdad y la actuación de la justicia y el del imputado porque sean respetados sus derechos, en especial, su libertad.

Dogmáticamente, esa confrontación dialéctica encuentra equilibrio razonable y concreta reglamentación en las concernientes disposiciones de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales incorporados a ella y de la Constitución Provincial. Sistemáticamente, realizándolas, el marco legal se completa con las previsiones de la ley adjetiva local.

La armónica aplicación de estos preceptos, precisamente, otorga la solución jurídica y justa protección de la libertad del imputado en el proceso y constituye el único camino apto para vulnerarla antes de la sentencia firme; *“contrario sensu”*, no es posible prescindir de alguno de dichos preceptos o atenderlos aisladamente, fundamentalmente, porque la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.

Los tratados internacionales incorporados al plexo constitucional complementan la parte dogmática de la Consti-

tución Nacional y sin derogar artículo alguno de ella (art. 75, inc. 22), ratifican a través de distintas disposiciones el estado de inocencia y la regla de libertad durante el proceso, y admiten, como excepción, el encierro provisorio.

A la par de reafirmar el carácter cautelar de la privación de la libertad durante el proceso, la reglamentan de modo más extenso que el art. 18 y establecen, con alcance imperativo e irrefragable, la protección contra toda especie de arbitrariedad. Específicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, a través de las locuciones “pero” y “en su caso” usadas en los arts. 9º y 11, supedita la medida al peligro de daño al proceso y a la efectiva actuación de la ley, otorgando sustento a la gravedad de la eventual sanción como válido parámetro para dictarla.

La Constitución Provincial contiene en sus arts. 19 y 20, de manera expresa las previsiones del art. 18 y con sustento en los arts. 31 y 121 de la Constitución Nacional instituyen en el derecho público local la naturaleza preventiva, provisoria y excepcional de toda especie de restricción de libertad cautelar y subordina su procedencia a evitar el daño al proceso, sea que: a) si de encontrarse en libertad el imputado, resulte el peligro de que haga desaparecer rastros del delito o perjudique de algún otro modo la investigación, o; b) pueda eludir la acción de la justicia, frente a fuertes presunciones que se fugará o desaparecerá evitando la sustanciación del juicio o la imposición de una posible pena, en atención a sus antecedentes, condiciones personales y a la gravedad del delito o; c) específicamente, con acento en esto último, si ante la provisorio calificación legal de los hechos investigados, se estima que procederá condena de ejecución efectiva.

Por consiguiente, para ser válidamente dictada, además de la gravedad del delito, la prisión preventiva debe encontrar

su causa en el posible daño al proceso, sea a la averiguación de la verdad o a la concreta actuación de la ley penal, valorado en cada caso y en atención a sus particularidades objetivas y subjetivas; asimismo, tratándose de una medida cautelar, únicamente procede ante la verosimilitud del derecho que se quiere proteger y el peligro en la demora y, principalmente, debe ser útil, razonable y proporcional al peligro que se quiere evitar.

Conforme los lineamientos constitucionales referidos y con especial énfasis en la regla de proporcionalidad aludida, la cautelar sólo se concibe cuando en el caso concreto, al hecho investigado le corresponda pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo.

Como lógica derivación, la magnitud de la amenaza penal indica en alto grado de probabilidad el peligro de daño al proceso, ya por evasión del imputado o por deliberado ocultamiento de pruebas. Desconocer ello implicaría desconocer la naturaleza humana, el conciente sentido de autoprotección y el franco impulso a preservar la libertad. Concepción del hombre ampliamente protegida por nuestro sistema penal liberal; adviértase sino la prohibición de forzar la auto incriminación (arts. 18 de la C.N. y 20 del C.P.).

Ello, siempre que a la par se verifiquen la verosimilitud y el peligro en la demora; extremos que surgirán de la merituación de los elementos atinentes al trámite de la causa y de las circunstancias personales del imputado.

En cuanto a los elementos atinentes a la causa, superado lo referente a la pena conminada y a la naturaleza del hecho, a modo enunciativo, deben valorarse: el estado de la investigación al momento de resolver, los elementos de convicción recolectados, su dificultad o complejidad, el estado procesal del imputado, la necesidad de producir pruebas o practicar actos en su presencia, el riesgo de que se ejerza presión sobre

testigos y, si ya se encuentra privado de libertad, la razonabilidad de la duración de la medida.

En lo que hace a las circunstancias personales del imputado, corresponde que entre otras cosas se amerite: su situación familiar y patrimonial, si tiene arraigo, domicilio conocido, personas a cargo, medios de vida lícitos, vicios y, además - fundamentalmente para evitar que el delito sea llevado a consecuencias ulteriores- la peligrosidad evidenciada, el riesgo de comisión de otros delitos, la proclividad a la delincuencia, la conducta, los antecedentes demostrados, la predisposición posterior al hecho y la posibilidad de reacción social o de disturbios de orden público.

Cabe advertir la utilidad que importa consultar los correspondientes exámenes ambientales que al efecto se practiquen y la planilla prontuarial del imputado, medios, por lo demás, absolutamente hábiles e idóneos para verificar tales extremos demostrativos de la verisimilitud y del peligro en la demora como requisitos de la medida cautelar coercitiva.

"Plaza", Tomo 134:327

6.3. Tiempo razonable de duración de la prisión preventiva

Es válida la resolución que deniega el pedido de excarcelación del imputado, a quien se acusa de la comisión de nueve hechos en concurso real, ya que la sumatoria de los máximos de pena previstos para los tipos penales atribuidos superaría ampliamente la pena dispuesta por el art. 55 del C.P.; además, el tiempo de privación provisoria de libertad sufrido - conforme su cómputo- no aparece como de extremada duración.

Para juzgar sobre la razonabilidad del tiempo de privación de libertad también cuentan aquellas demoras atribuibles a la acción del propio imputado o su defensa.

La “razonabilidad” de los plazos es un criterio que los tratados internacionales sobre derechos humanos simplemente agregan a los que ya poseía nuestra Constitución Nacional, sin que se haya limitado de modo expreso en qué consiste, lo que debe juzgarse es lo razonable de la detención prolongada en función de diversos parámetros, tales como la complejidad de la causa debido a la cantidad de imputados o a los hechos en investigación.

(del voto de los Dres. Vittar, Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Posadas y Ayala)

El derecho a ser juzgado en plazo razonable que proclama el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se opone ni deroga los arts. 18 de la Constitución Nacional, 19 de la Constitución Provincial, 270, 300 y cc. del Código Procesal Penal y, en realidad, debe ser aplicado en armonía con éstos. Al respecto, es dable resaltar que el texto original del art. 9º de la ley 24390 (hoy art. 10) fue modificado por ley 25430, y que -merced a la esclarecedora adición- prescribe expresamente que tal reglamentación del instrumento internacional integra el Código Procesal Penal de la Nación.

Por otro lado, siendo que la “razonabilidad” de los plazos es un concepto que no ha sido definido, lo que debe juzgarse es si la detención prolongada es razonable a la luz de las particularidades que presenta cada caso; examen que impone valorar diversos parámetros, entre los que se ubican la complejidad del asunto y la investigación.

La complejidad en el trámite de la causa puede surgir con claridad por el número de hechos delictivos investigados y

por la imputación de varias personas, de modo tal que puedan demostrar la razonabilidad de su duración.

Asimismo, la gravedad de la pena que podría corresponder por los delitos acusados y la circunstancia de que la causa se encuentre en estado de fijar audiencia de debate, coadyuva a la valoración de la probabilidad de fuga del imputado y aparece como un concreto peligro procesal, constituyendo un motivo atendible que impone mantener la prisión preventiva a fin de asegurar la concreta actuación de la justicia.

(del agregado de los Dres. Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Posadas y Ayala)
“Salas”, Tomo 151:277

CAPÍTULO XIII

ETAPA DE JUICIO

1. Juicio abreviado

1.1. Fundamentos. Antecedentes. Sujetos Procesales

El instituto incorporado al art. 360 de nuestra ley adjetiva, se aparta de los antecedentes nacionales y prohíbe al juez tomar como base de la sentencia todo elemento distinto al sustanciado al margen de la audiencia de Juicio Abreviado; así, la exposición de motivos de la ley 7262 expresa: “la sentencia dictada por el Juez del Tribunal del Juicio o Plenario, se basa en todo lo acaecido en su presencia durante la Audiencia Preliminar al Juicio”.

Congruente con tan esclarecedoras palabras y en respeto al principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, el primer párrafo del art. 360 del C.P.P., con meridiana claridad y bajo la forma gramatical disyuntiva, establece que la sentencia se dictará de conformidad al escrito de acusación que contenga expreso pedido de pena, o con el que presentara en ese acto -obviamente, a menester de la división funcional, el Fiscal de Cámara- que no podrá referirse a hecho distinto, ni

contener calificación -subsunción a otra figura- más grave que la del escrito de acusación.

Facultad que, en el caso, fue ejercida por el Fiscal de Cámara a fin de subsanar un error contenido en el requerimiento fiscal, puesto que tratándose de un robo agravado por el uso de armas de fuego apta pare el disparo en grado de tentativa, la pena de tres años de prisión efectiva solicitada en ese acto es inferior al mínimo de pena prevista para el delito imputado -cuatro años, cinco meses y diez días de reclusión o prisión-.

De ese modo, si la pena solicitada en uso de propias e innegables facultades del Fiscal de Cámara no fue consentida por el imputado ni por su defensor y la sentencia impone una pena menor al mínimo previsto legalmente para el hecho condenado, ésta resulta nula y debe ser dejada sin efecto.

(del voto de los Dres. Catalano, Ferraris, Posadas y Vittar)

El instituto del juicio abreviado está normado en el art. 360 del C.P.P., el cual opera merced al ingreso de la conformidad del imputado y su defensa técnica con la acusación fiscal, lo que involucra un acuerdo (en nuestra legislación ritual con neto corte adhesivo por parte de los primeros al pedido de pena), a partir de aquélla actuación del ministerio público.

Este sistema de resolución de conflictos busca el consenso entre la acusación, el imputado y la defensa sobre la base de acordar cuestiones formales o sobre el procedimiento y sustanciales. Las primeras hacen referencia a los requisitos de forma establecidos para que la abreviación del proceso sea posible; las segundas que interesan en el sub examine, al consenso al que han llegado las partes sobre la imposición de una pena, aunque menor dentro de la escala penal establecida para

el delito a la que probablemente se obtuviera de realizarse el juicio oral.

Asimismo se explica que en el juicio abreviado, tal como lo legislan los códigos de procedimiento locales no se efectúa una negociación sino que se llega a un “acuerdo” en el cual, frente al pedido fiscal de una pena más leve, el imputado presta su conformidad sobre la existencia del hecho y su participación, lo cual abre la instancia de un procedimiento abreviado en donde se omite la recepción de la prueba y la formulación de conclusiones de las partes sobre las mismas.

Si bien la condena que se dicta en el proceso abreviado debe basarse en lo acontecido en la audiencia preliminar y no en la lectura del sumario de la instrucción (conf. Exposición de Motivos de la ley 7262, que pretende otorgarle un cierto tinte “acusatorio” al instituto), el proceso de acuerdo, restringido y de neto corte adhesivo, se inicia sin hesitación con la estimación de pena que realiza el agente fiscal de conformidad al mandato del art. 341 del C.P.P.

Esta actuación previa del funcionario del Ministerio Público antes de la audiencia preliminar está referida expresamente en el art. 360 cuando enuncia que “se podrá pedir al Juez del Tribunal encargado del expediente, que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga expreso pedido de pena”, por lo que no puede dejar de correlacionarse ambos preceptos legales. Es decir que el Fiscal de Cámara, si bien actúa ante el juez unipersonal de la Cámara en la audiencia preliminar, no puede modificar en perjuicio del imputado la penalidad estimada en el acto acusatorio, sino que la pedirá “en su caso” (art. 360), esto es, cuando en aquélla actuación se haya omitido la solicitud de pena. Otra interpretación del articulado iría contra su literalidad y violentaría las expectativas del acusado y su defensa técnica y las

razones por las cuales aceptaron la imposición de pena: que ésta no fuera nunca más alta que la que le pidió el titular de la acción penal.

(del voto de las Dras. Ayala y Garros Martínez)

El juicio abreviado, por esencia, es una opción procesal que le permite al juez fallar sobre la base del requerimiento que condensa toda la actividad probatoria desplegada por el Juez de Instrucción Formal, a partir de la admisión del imputado, puesto que la clave para el funcionamiento de dicho instituto consiste en el acuerdo que el imputado presta para el dictado de una sentencia que tiene como hipótesis más gravosa la que surge de la petición formulada por el fiscal.

Es éste -a la sazón- el incentivo principal del instituto que, junto a la pronta solución de su situación procesal, puede impeler al imputado a consentir que a su respecto se proceda por juicio abreviado, pues es en ese marco donde se asegura que el fallo tenga un límite sancionatorio del que carece en el juicio oral y público, de modo que no deja librada su suerte al albur. Y esto es así, porque la actividad decisoria del juez que como titular de la respectiva sala unipersonal tiene a su cargo dictar sentencia se encuentra limitada y circunscripta por la ley; dado que su pronunciamiento sólo puede ajustarse a lo convenido en el acuerdo, o a la situación más favorable para el encartado.

Dentro de ese orden de ideas, debe recordarse que, en el derecho comparado, conviven dos modalidades de acuerdo entre imputado y fiscal sobre el juicio abreviado; una que limita dicha negociación a determinar el monto de la pena -como es el sistema del Código de Rito de nuestra provincia- y otra más amplia que permite la negociación tanto por el monto de la sanción, como la calificación que se hubiese hecho sobre el

hecho delictivo. El núcleo central del procedimiento abreviado es precisamente el acuerdo al que arriban tanto el imputado como el fiscal.

Ahora bien, lo ideal sería que, todo hecho presuntamente delictivo fuese investigado y juzgado, precisamente para evitar la impunidad que tanto preocupa a nuestra sociedad, ocurre, empero, que la realidad de nuestro sistema penal indica una creciente saturación, y como resultado de ello es que muchas situaciones quedan totalmente impunes, pese a haber sido detectadas y denunciadas; por ello la necesidad imperiosa de sincerar el sistema estableciendo criterios de selección de la persecución penal y formas procesales que abrevien el procedimiento.

No se trata de menguar la represión de la criminalidad, sino de buscar nuevos instrumentos que garanticen plenamente la eficacia de la persecución penal; tal cual como hoy opera el sistema penal argentino, un sinnúmero de causas penales no llegan a una resolución final, concluyendo con la prescripción de la acción penal.

Ante este sombrío panorama el procedimiento abreviado importa una alternativa para la simplificación del proceso penal, con la consiguiente economía de recursos humanos y técnicos; debido a que a través del trámite abreviado el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo, por el cual se evita una de las etapas fundamentales del proceso penal: el plenario.

Sin embargo, si no existe el acuerdo, o se frustró o el imputado se opone no puede imprimirse trámite abreviado al proceso penal, y este escollo resulta insalvable, debido a que de lo contrario se afectaría insanablemente la garantía fundamental del debido proceso adjetivo. Sobre el particular, no debe perderse de vista que el propio art. 360 del Código de Rito define al juicio abreviado como un procedimiento especial,

esto significa que se diferencia de lo común o particular, y en su último párrafo establece taxativamente que para que pueda llevarse adelante es necesario el acuerdo de los imputados en el proceso, pero, además, el segundo párrafo pone en cabeza de esta Corte el sistema de organización para la distribución de las causas entre los miembros de la Cámara, lo que apareja también el control de la legalidad del debido proceso, que allende que se abrevie, no por ello cede en su carácter garantista.

No puede perderse de vista, además, que la fuente directa del procedimiento abreviado es la “plea bargaining” del derecho procesal penal de los Estados Unidos, esto es la transacción o acuerdo al que arriban el fiscal con el acusado, sea para reconocer su culpabilidad y enmendar o atenuar de algún modo la gravedad de la pena o bien para que no se le formulen cargos (casos “Santobello v. New York” 404 U.S. 257; “United States v. Jackson” 390 U.S. 570; “Brady v. United States” 397 U.S. 742; “Corbitt v. New Jersey” 429 U.S. 212). En todos los casos la Suprema Corte de los EE.UU. dispuso que sin el acuerdo consentido previo la transacción o el acuerdo resultan nulos.

(del voto del Dr. Cornejo)
“Valdez”, Tomo 143:229

El juicio abreviado presupone como elemento constitutivo la conformidad entre el Ministerio Público Fiscal y el acusado, e incluso la ley procesal utiliza para señalar ello la voz “partes”. Los dos sujetos esenciales deben aceptar la identidad del hecho, su calificación legal y, particularmente, la pena que podría corresponder; amén de las potestades propias de la

jurisdicción que se encuentran previstas en otros apartados de la norma procesal.

A partir de ello, la hipótesis fáctica contenida en el requerimiento circunscribe el objeto procesal sometido a juzgamiento y por ende del acuerdo. Empero, a diferencia de lo que ocurre con el trámite ordinario, en atención a las notas propias del instituto, la misma ley 7313 especializó los requisitos del acto requirente al agregar en el último párrafo del art. 341 del C.P.P. al “pedido concreto de pena”, exigencia cuya omisión nulificadora ha sido limitada con las palabras “en su caso”, en lógica alusión a la posibilidad de celebrar el juicio abreviado. Tal extremo también resulta del primer párrafo del art. 360 de ese ordenamiento legal, que establece como presupuesto de la sentencia al “escrito de acusación que contenga expreso pedido de pena” cualificando su importancia a punto tal que permite al Fiscal de Cámara subsanar la omisión en ese acto, lo que constituye una manifestación particular de la norma general del art. 166.

Por lo tanto, aun comprendida otra modificación de la propia ley 7313, el Código Procesal Penal sistemáticamente establece la necesidad de circunscribir el instituto a la pena concreta solicitada en cada caso y esas disposiciones no han sido derogadas ni modificadas por la adición particular.

“Camacho”, Tomo 156:915

1.2. Límite a la aplicación del instituto: pedido concreto de pena

El 3er. párrafo del art. 360 del C.P.P. ya desde la ley 7262 cuantificaba la pena máxima a aplicar en seis años de privación de libertad. La modificación de la Ley 7313 conserva ese máximo y –sin otros agregados- éste no se opone con manda-

tos constitucionales. Muy por el contrario, define el carácter excepcional del instituto y precisa la necesidad de excluir de su trámite especial cierta gama de delitos cuya penalidad mínima supere ese tope y que, lógicamente, exigen llevar a cabo el juicio común.

De esa forma, de no ser remitido a la escala penal, el límite determina dos situaciones distintas que merecen también un dispar tratamiento: por un lado, quienes pueden ser sancionados con pena privativa de libertad que no supere los seis años, por otro, aquéllos que no. En esa justa dimensión, apartadas las segundas imputaciones, el juicio abreviado coadyuva a brindar un más eficiente servicio de justicia, sin lesionar derecho alguno y preservando los intereses en pugna dentro del proceso penal.

El problema se presenta en otra parte del precepto, en cuanto subordina su aplicación “al máximo conminado en abstracto”. Allí sí surge una desigualdad y ésta es de fácil comprobación, pues el deber de atender a las diferencias constitutivas de cada caso ya se encuentra reconocido por el Código de fondo como pilar infranqueable de la imposición penal (art. 41 del C.P.) que responde al principio “nulla poena sine culpa”.

La posible violación a la igualdad es de fácil asimilación ante una clarificadora premisa: resulta discordante negar la aplicación del instituto en un supuesto con pena máxima privativa de libertad mayor a seis años cuyo requerimiento fuere inferior -por ej. cuatro años- y concederlo en otro con un máximo legal que no supere el tope aunque el pedido concreto de pena fuere mayor al primer caso -por ej. cinco años-.

Por consiguiente, siendo que el resultado del juicio abreviado es el posible dictado de una sentencia condenatoria, el presupuesto para su viabilidad no puede alterar las reglas establecidas al efecto por el Código Penal y, en tanto ese pro-

nunciamiento debe partir de la conformidad prestada por las partes, razones de igualdad exigen que la procedencia del instituto sea supeditada a que el pedido concreto del Fiscal no supere los seis años de pena privativa de libertad.

De ese modo, la declaración de inconstitucionalidad del límite establecido para la aplicación del juicio abreviado -pena máxima de seis años de privación de libertad conminada en abstracto- sólo sería atendible cuando en el caso concreto la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal no supere ese monto.

En esos términos, si el pedido de pena es superior a seis años de prisión o reclusión, la exclusión es razonable y no se verifica una situación que ponga en pugna el 3er. párrafo del art. 360 del C.P.P. con la garantía de igualdad ante la ley o algún otro derecho constitucionalmente amparado; ergo, no cabe sustanciar el juicio abreviado.

"Camacho", Tomo 156:915

2. Decreto de citación a juicio

El decreto de citación a juicio es el acto jurisdiccional que da inicio a la etapa del juicio (art. 360 bis del C.P.P.). Se trata un acto procesal imprescindible, ubicado entre los preliminares de la etapa de Juicio, parte esencial de todo el procedimiento cuya característica, a la par de la oralidad y publicidad, es asegurar el contradictorio.

Precisamente mediante este decreto, entre otras relevantes cuestiones, se convoca al fiscal y a las partes a comparecer a juicio, examinar los autos, interponer recusaciones y, fundamentalmente, ofrecer la prueba de la que intentarán valerse en el debate. Tal es su importancia en el curso del proceso, que es uno de los taxativos actos con virtualidad para inte-

rrumpir la prescripción (art. 67, inc. d del C.P.); trascendencia que fuera puesta de manifiesto con especial énfasis, y en contraposición a la fijación de audiencia, en el Dictamen de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación sobre la Ley 25990 (ver Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Tomo 2005–A, pág. 225/226).

La etapa de juicio depende de su dictado y, consecutivamente, la designación de audiencia de debate sólo puede existir válidamente, vencido el término de citación a juicio, en tanto, el juez “fija, luego de cumplidos los términos legales, el día y hora del debate” (Informe de la Comisión Redactora con la Exposición de Motivos de la Ley 3645 del C.P.P., Primera Edición Oficial, Salta 1967, p. LVIII).

“Ramírez”, Tomo 135:697

2.1. *Efectos sobre la prescripción de la acción*

La citación a juicio actúa como causal interruptiva de la prescripción, tal como lo prevé el artículo 67, inciso d) del Código Penal, borrando por completo el tiempo transcurrido, de suerte que la acción penal derivada del delito que se trate renace al día siguiente.

“Mansilla”, Tomo 144:255

3. **Ampliación de la acusación**

La facultad otorgada por el artículo 386 del Código Procesal Penal al representante del Ministerio Público Fiscal para llevar adelante la acusación tal como fuera formulada en la requisitoria de elevación a juicio, o ampliarla, debe interpretarse dentro de los márgenes previstos por el mencionado artículo, es decir, que existiera un nuevo hecho que integre el

delito atribuido, su reiteración o circunstancias agravantes no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión.

No encuadra en las circunstancias previstas en el art. 386 del C.P.P. la solicitud de ampliación formulada por el fiscal en el debate, si el acusado venía requerido por el delito de homicidio simple, reprochándosele haber dado muerte a la víctima mediante la utilización de un revólver con el que provocó la herida de gravedad que ocasionó el inmediato deceso, y el agente fiscal, en el acto procesal de requerimiento, no desatendió la circunstancia del uso del arma de fuego, por lo que la base fáctica de la acusación se mantuvo a lo largo de todo el proceso.

“Chávez”, Tomo 128:635

La ampliación de acusación resulta viable en todos los casos en que el agente fiscal ha desatendido una circunstancia del hecho que tornaba aplicable una causal de agravamiento de la figura por la que se formuló el requerimiento de juicio.

“Villagra”, Tomo 143:1019

4. Hecho distinto resultante del debate (art. 406, 2º párrafo, del C.P.P.)

La interrupción de la continuidad del proceso hacia el estado de definición tiene en el art. 406 del Código Procesal Penal el específico sentido de preservación del derecho de defensa cuando se advierte que las diferencias en el modo de ocurrencia del hecho a juzgar son de tal entidad que justifican una reedición de la labor requirente que “active ex novo” las facultades de refutación que asisten al imputado.

La víctima, en su momento, formuló una atribución de ataques sexuales al imputado que derivó en la tramitación de actuaciones instructorias; sin embargo, respecto a tales imputaciones no se progresó hacia el estado de sentencia, a raíz de advertirse que los hechos que constaban en la requisitoria presentaban notas diferenciales que justificaban proceder conforme a lo indicado en el art. 406, párrafo segundo.

Esta situación, la de retrogradación a la etapa instructoria no implicó ni la renuncia a perseguir tales hechos, ni un antecedente idóneo para afirmar que su persecución estuvo en condiciones de agotarse, a los fines de la aplicación de la garantía que proscribe el doble juzgamiento.

Esta, requiere que el tribunal que intervino en un proceso previo se haya encontrado en condiciones de emitir un pronunciamiento respecto del hecho que luego se pretende volver a incluir como objeto de una nueva causa, lo que no ocurre cuando el empleo de las atribuciones del art. 406 del C.P.P., implica precisamente la admisión de la imposibilidad de agotar el trámite de las actuaciones en razón de limitaciones emergentes del principio de congruencia.

"Hoyos", Tomo 114:295

5. Actividad probatoria

5.1. Principio de libertad probatoria

El sistema de libertad probatoria y de sana crítica racional, implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación alguna.

La facultad del juez de seleccionar la prueba relevante no sobrepasa los márgenes legales, si no se advierte afectación alguna de la razonabilidad en esta opción selectiva de parte del órgano de juzgamiento, o preeminencia arbitraria de elementos de prueba que afectaran el derecho de defensa del acusado.

“Ventura”, Tomo 141:313

5.2. *Derecho de la defensa a incorporar elementos de prueba al juicio*

La reticencia del juzgado a proveer oportunamente los distintos pedidos de la defensa, que se tradujeron en un ulterior rechazo, no se condicen con las garantías de las que goza el imputado; máxime en el momento procesal en que ello sucedió (art. 360 bis del C.P.P.). Dicha etapa preliminar al juicio debe asegurar que las partes y el fiscal examinen las constancias de la causa y con arreglo a las mismas ofrezcan las pruebas de las que intenten valerse en el debate oral, y el juez no puede limitar o cercenar dicha actividad sin razones que, debidamente fundadas, así lo justifiquen.

La garantía de la defensa en juicio requiere de especial protección en el proceso penal. El principio de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, se realiza en el juicio criminal con la exigencia rigurosa de la defensa efectiva, real y no ficta del procesado como presupuesto esencial de la sentencia.

Asimismo, sabido es que en un proceso penal, el derecho a probar y controlar la prueba es uno de los pilares sobre los que descansa el principio de contradicción, entendido éste como el marco dentro del cual un ciudadano perseguido penalmente puede oponer resistencia a la imputación que se erige en su contra, o bien, relativizarla o atemperarla, siendo tal

una de las implicancias más relevantes de las que derivan del derecho a la defensa en juicio.

A la vez, y en lo que respecta a la reconstrucción judicial de la verdad, dicha máxima pretende establecer un balance entre las facultades de la defensa y las del Ministerio Público Fiscal como órgano encargado de la persecución penal estatal, efectivizando el contradictorio.

Está claro entonces, que cuando no es posible ejercer ese contenido mínimo de derechos que garantiza nuestro texto constitucional, se está frente a un supuesto que vulnera la efectiva defensa en juicio y el debido proceso.

“Videla”, Tomo 150:617

5.3. *Incorporación por lectura de declaraciones testimoniales*

La incorporación por lectura de declaraciones de testigos incomparecientes, que se dispone no obstante la negativa de la defensa, constituye un proceder arbitrario y lesivo al derecho de examinación o confrontación de la evidencia incriminante que establecen los tratados internacionales de rango constitucional.

“Ventura”, Tomo 141:313

6. Intervención del Asesor de Incapaces por la víctima. Legitimación procesal

La participación necesaria del Asesor de Menores e Incapaces se encuentra prevista en el art. 59 del Código Civil y, en el mismo sentido, en la Ley Orgánica del Ministerio Público, particularmente en la norma del art. 56 inc. 1º. En materia penal, no se presentan dudas en el caso de menores denunciados como autores o partícipes de un delito: el Ministerio Pupilar es

siempre parte esencial de los procesos penales y su intervención no cesa aun cuando sea designado un defensor oficial (art. 57 de la ley 7328).

La representación del Asesor de Menores debe ser, tanto en el proceso civil como penal, de carácter promiscuo, es decir que el Ministerio Pupilar actúa conjuntamente o complementariamente con los representantes necesarios del menor (ej. padre, tutor, etc.), sin desplazarlos. Sin embargo, hay situaciones de excepción en que la función puede ser ejercida autónomamente, como las contempladas en el art. 56 inc. 5º de la mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público.

En esos casos de excepción, el Ministerio Pupilar actúa con las facultades previstas en el art. 81 tercer párrafo del C.P.P., sin necesidad de constituirse previamente como parte querellante conjunto. En primer lugar porque la manda del Código Civil es categórica cuando expresa que “es parte legítima y esencial” (art. 59) es decir que no resulta ser un sujeto o parte eventual como lo es el querellante conjunto; en segundo término porque al menor o incapaz, a más de que en su carácter de víctima el sistema jurídico le otorga el derecho a lo que se ha dado en llamar la “tutela judicial efectiva”, en particular “se le dará oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional” (art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño); y en tercer lugar por haberse impuesto la “prioridad” en la exigibilidad de la protección jurídica cuando los derechos de las niñas, niños y adolescentes colisionen con los intereses de los adultos, o de las personas jurídicas privadas o públicas (art. 5º de la ley 26061).

(del voto de los Dres. Ayala, Posadas, Cornejo, Ferraris y Garros Martínez)

El Asesor de Menores no es parte legítima en el proceso penal y el hecho de que aparezca como supuesta víctima un menor, no autoriza su intervención ni, tampoco, la superposición de funciones con el Fiscal Penal de la causa.

Es un deber del Estado -no de un órgano- proteger los derechos del niño, asegurar las garantías mínimas del procedimiento, proveer a su protección jurídica cuando exista colisión con los intereses de los adultos y efectivizar toda otra disposición establecida en la normativa supra legal, federal y provincial vigente. El Fiscal y el Asesor de Menores son, ambos, representantes del Estado, incluso de un mismo órgano: el Ministerio Público. Cada uno posee ámbitos de incumbencia y funciones distintas, y sin lugar a dudas, es el primero quien debe intervenir en el proceso penal y ejercer, en representación de toda la sociedad -incluida la víctima-, la pretensión punitiva de conformidad a la ley penal y a la ley procesal penal.

La cuestión penal no es asunto de jurisdicción contenciosa o voluntaria (art. 59 del C.C.) y, por ende, la promiscua representación del incapaz de hecho no funciona en el proceso penal con el rigor previsto en la ley civil. Idénticas consideraciones caben para las normas realizadoras del derecho público local y, en especial, para los arts. 54 y ss. de la ley 7328.

El propio Código Penal para el caso de acción dependiente de instancia privada y ante el supuesto de intereses gravemente contrapuestos entre la víctima menor y sus padres, tutor, guardador o representantes legales, ordena al Fiscal ejercer de oficio la acción cuando resultare más conveniente para el interés superior de aquél (art. 72, último párrafo). De tal modo, en solución de continuidad, evitando toda duda y erradicando cualquier interpretación en contrario, la ley sustantiva penal establece categóricamente que es el órgano acusador -

por sí sólo y sin la intervención de otro representante estatal- quien vela por los intereses del niño en la causa penal.

*(del voto de los Dres. Vittar y Catalano)
"Fronda", Tomo 144:827*

7. Principios que rigen el debate. Lectura de fundamentos. Nulidad

El art. 416 del C.P.P., al igual que el art. 405, disponen las solemnidades necesarias para que el acto procesal de la sentencia sea instrumentado en un documento y, con ello, exista como tal dentro del proceso penal. Los preceptos son de importancia cardinal y, tanto en la regla prevista como en su excepción, sintetizan la máxima formal que establece la unidad entre el debate y la sentencia.

La excepción apuntada, a su vez, procede ante la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, y únicamente autoriza a diferir la lectura de fundamentos por un plazo nunca mayor a los cinco días. Contiene dos normas fundamentales cuya violación es sancionada expresamente con nulidad; primero, en garantía a los principios de concentración y continuidad, la prohibición de redactar los fundamentos fuera de ese tiempo excepcional; segundo, en amparo a la publicidad del juicio oral, a la forma republicana de gobierno y al derecho de defensa, la exigencia de darlos a conocer, en audiencia celebrada al efecto y previa convocatoria de las partes y el fiscal, también, dentro del plazo fatal.

Las disposiciones bajo examen, entonces, bajo estrictas formas que deben ser respetadas invariablemente, garantizan los principios fundamentales a que está sometido el debate y, su correlato, la sentencia. La falta de acatamiento de tan importantes premisas genera una afectación del debido proceso que

ponen en juego no sólo la aplicación de las pautas sobre nulidades genéricas contempladas en el art. 162 del C.P.P, sino la observancia de un aspecto que hace a la justificación misma de la existencia del juicio oral y público, como modo de definición del proceso penal que se estima más adecuada a la consecución del valor justicia.

Con arreglo a ellas, las dos normas que contiene la excepción -redacción y lectura- supeditan su validez a un requisito temporal improrrogable, de tal relevancia, que junto a la situación extraordinaria del pronto despacho, constituyen los dos únicos supuestos de plazos perentorios para el juez previstos en la ley adjetiva. Por su lado, la audiencia en que debe ocurrir el acto no puede presentar visos que pongan en duda su regularidad y, en todo caso, la solemnidad debe reflejar la debida transparencia que debe preceder a toda actuación judicial.

Se produce la nulidad insanable de la sentencia si la lectura de los fundamentos se produjo una vez excedido el plazo de cinco días fijado por el artículo 405, segundo párrafo del Código Procesal Penal, pues al tribunal de sentencia ya no le resulta posible reasumir su condición de intérprete de la prueba conforme a su memoria de lo acontecido en el juicio, de un modo mínimamente aceptable para el cumplimiento del buen servicio de justicia.

(del voto de los Dres. Ferraris, Garros Martínez, Posadas, Vittar y Catalano)

Existen vicios procesales que conllevan inexorablemente la nulidad del fallo condenatorio, debido a que las formas procesales son una garantía constitucional, cuya inobservancia afecta la del debido proceso. En tal sentido es diáfana la norma del art. 405 del C.P.P. cuando dispone que: redactada la sentencia, cuyo original se agregará al proceso, el tribunal se cons-

tituirá nuevamente en la sala de audiencias, luego de ser convocados el fiscal y las partes, sin perjuicio de los requisitos formales que enumera el art. 404. Pero lo esencial, según el art. 403, es que al concluir el debate, el juez o tribunal debe dictar sentencia.

(del voto del Dr. Cornejo)

Corresponde distinguir en esta materia lo que resulta ser la "lectura" del fallo de su "redacción". Sólo la ausencia de esta última en el plazo legal exhorbita el término y viola los principios de concentración y continuidad ideológica que debe existir entre el debate y la redacción de los fundamentos.

Cabe declarar exclusivamente la nulidad del acta de lectura de fundamentos, por haberse impetrado a instancia temporánea de parte interesada, respecto de una nulidad relativa, y por no haberse procedido conforme la especial forma - "audiencia pública"-, prevista por el Código Procesal para esta importante etapa del procedimiento, que consiste en la publicidad de los fundamentos de la sentencia.

En cotejo con las previsiones del segundo párrafo del art. 416 del Código de rito, surge patente que no fue suficiente la constancia de uno de los secretarios del tribunal de haberse procedido a la lectura de los fundamentos de la sentencia, si se tiene en cuenta que a la misma hora estaba la Sra. Juez de Sentencia ocupada en la realización de otro juicio, deviniendo materialmente imposible haber satisfecho la necesidad de que aquél acto sea efectuado mediante audiencia pública.

Ante los vicios en la notificación de los fundamentos de la sentencia, que según la norma se logra únicamente a través de un especial medio de comunicación obligatorio: su lectura, ha mediado una efectiva conculcación de los derechos recursi-

vos del imputado, los cuales empiezan a correr recién desde dicho acto.

Habiéndose realizado la notificación de los fundamentos de la sentencia por un medio improcedente, debe declararse su nulidad, correspondiendo se fije un nuevo plazo para el cumplimiento del acto establecido en el art. 416 segundo párrafo del Código Procesal Penal.

(del voto de la Dra. Ayala)
“Zuleta”, Tomo 155:507

8. Recursos durante el juicio. Revocatoria. Protesta

La resolución que rechaza la excepción de desistimiento o caducidad del derecho es controvertible por el recurrente mediante el único remedio disponible durante el juicio, la reposición; si ese medio de impugnación no se usa la resolución relativa a la excepción queda consentida, lo que impide que luego pueda proponerse la cuestión en casación.

Un recaudo de procedencia del recurso de casación es la formulación de la reserva y la reposición durante el juicio equivale a la protesta de recurrir en casación, para el caso de que el tribunal no decida la cuestión de conformidad con el recurso interpuesto.

“Celedón”, Tomo 102:173

Provoca un gravamen de imposible reparación ulterior la negativa del juzgado de cursar las cédulas de notificación a los testigos propuestos por el fiscal correccional, puesto que la prueba de cargo que no hubo posibilidad de analizar en el debate no podrá ser luego introducida en una etapa ulterior, por aplicación del principio de preclusión y por ello la sentencia

recurrida debe equipararse a definitiva, aunque no sea de las previstas en el art. 467 del C.P.P., debiendo admitirse la queja y declararse formalmente admisible el recurso de casación.

Revistiendo la sentencia recurrida el carácter mencionado, no resulta válido frustrar el derecho a recurrir considerándose que sólo es aplicable al caso lo previsto en el art. 452 del C.P.P., por lo que corresponde concluir que el recurso ha sido indebidamente denegado y por ende debe hacerse lugar a la queja.

“Tolaba”, Tomo 124:1057

CAPÍTULO XIV

JUICIO DE MENORES

1. Principio de especialidad, competencia del Juez de Menores

Conforme la Convención de los Derechos del Niño, los menores de edad tienen los mismos derechos que los adultos y además gozan de una protección especial por ser sujetos en desarrollo.

Frente a la comisión de delitos por parte de personas no punibles, cobran especial dimensión las diversas medidas y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, las que tienden a la reintegración social del menor.

En virtud del principio de especialidad, los menores de edad deben estar sometidos a procesos penales y a un sistema judicial y penitenciario específicos, y a la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales o a una sanción penal.

La ley 22278 debe interpretarse en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie

con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

"Pinto", Tomo 138:107

2. Garantía de imparcialidad del tribunal

Según el art. 28, segundo párrafo del Código Procesal Penal, existe la imposibilidad de que el juez de menores que investiga integre el tribunal de juzgamiento, para no afectar la garantía de imparcialidad.

Se afecta la garantía de imparcialidad del tribunal interviniente si antes y después de la requisitoria fiscal de elevación a juicio han intervenido los dos juzgados de menores del distrito centro, por lo que correspondía su apartamiento y que se diera intervención a un tercer magistrado para la realización del debate.

No corresponde que el tribunal de Menores que dictó el auto de procesamiento, para lo cual tomó posición sobre la posible participación del acusado en el ilícito, sea quien luego dicte sentencia, porque tiene una idea preconcebida respecto de la culpabilidad del imputado, por la cual es legítimo temer que, comenzado el debate, el magistrado no disponga de una entera libertad de juicio y no ofrezca, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas. Ello conduce a declarar la nulidad de la sentencia por aplicación del artículo 162 inciso 3º del Código Procesal Penal, en tanto se trata de una sanción que puede ser declarada en cualquier estado y grado del proceso.

"Rojas Alanes", Tomo 140:813

3. Intervención del Asesor de Incapaces. Carácter, naturaleza y funciones. Nulidad

El art. 59 del Código Civil establece que: “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”.

La representación aludida es de asistencia y control. La omisión de tal intervención es sancionada con nulidad, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden que se trata de una nulidad relativa. Esto porque el asesor de menores puede confirmar expresa o tácitamente lo actuado sin su intervención. A lo dicho debe agregarse, que el asesor de menores integra la representación del incapaz, pero no sustituye procesalmente a su representante necesario.

En materia penal, el art. 57 de la ley 7328 dispone: “El Ministerio Pupilar será siempre parte esencial de los procesos penales en los cuales intervengan menores y su intervención no cesará aún cuando sea designado un defensor oficial integrante del Ministerio Público para la defensa técnica del menor”.

Asimismo debe señalarse que la asistencia del asesor de menores sólo es exigible de acuerdo al art. 422 inc. 2º del C.P.P. en la audiencia de debate, contando en esa etapa procesal, con las facultades atribuidas al defensor.

En cuanto a la exigencia de la presencia efectiva del defensor, ésta resulta de rigor, pero el juez de instrucción sólo queda obligado de proveer su presencia si el acusado manifies-

ta expresamente la necesidad de contar con dicho asesoramiento técnico en ese acto (art. 283 del C.P.P.).

Debe distinguirse entre dos etapas claramente diferenciadas a lo largo del proceso, la instructoria y la del juicio propiamente dicho, en las cuales la asistencia conjunta del menor por el defensor y el asesor de menores, tienen relevancia.

En la primera etapa, ya se señaló lo relativo a la asistencia del defensor y en cuanto a la participación del asesor de menores es facultativa, ya que no existe ni en la ley de forma ni en la ley penal de la minoridad, disposición alguna que sancione con nulidad la no asistencia de dicho funcionario en la instrucción. Dar intervención significa, hacer conocer, a fin de que dicho funcionario pueda ejercer el debido control y cumplir con las funciones que la ley le impone, y ello no implica que necesariamente deba estar presente en cada acto de la instrucción porque ello sería de imposible cumplimiento en la práctica. Ello no obsta a que sea posible posteriormente tomar conocimiento de los diversos actos procesales llevados a cabo y realizar los planteos que considere oportunos.

En nuestro derecho prevalece el principio restrictivo en materia de nulidad porque no hay nulidad por la nulidad misma, por ello sólo puede declararse la sanción penal que expresamente la ley determine.

Respecto del “menor relativamente imputable”.-en los términos del art. 1º de la ley 22278-, cabe sostener que tiene en principio capacidad para defenderse, puesto que, siendo imputable, se puede presumir un desarrollo mental a ese fin suficiente sin perjuicio de que el padre o tutor ejerzan el derecho de intervenir en el proceso, caso en que al actuante le corresponderán los derechos del imputado.

Se advierte claramente cuál ha sido la intención del legislador al reglamentar la participación del asesor de meno-

res en el proceso penal, exigida por la ley civil, entendible en razón de que la fase instructoria es limitadamente pública y contradictoria, y por ello es que en esta etapa es el propio imputado quien tiene la facultad de solicitar la presencia del asesor de menores, e incluso también el Juez, cuando considere ésta necesaria para el adecuado resguardo de las garantías y derechos del menor imputado.

Por el contrario, al ser el debate esencialmente público y contradictorio, donde ya existe una relación jurídica perfecta, una acusación firme, donde se producen los alegatos, en esta etapa el legislador sí ha entendido como indispensable la presencia del asesor de menores.

De conformidad con lo señalado, en el caso de no intervención del asesor de menores, esta nulidad es relativa, y ello en razón de que puede comparecer posteriormente y confirmar expresa o tácitamente todo lo actuado sin su intervención, siempre que de dicha falta no resulte perjuicio para el menor.

(del voto de los Dres. Ferraris, Catalano, Cornejo, Vittar y Ayala)

Respecto del régimen de las nulidades, cabe precisar que mediante el art. 162 del C.P.P. se ha previsto uno de carácter genérico que incluye en el inc. 3º aquella situación en la cual se detecta que a lo largo del proceso se inobservó o se dejaron de lado las disposiciones concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece. A su vez, el art. 422 inc. 2º de ese código establece una específica previsión que debe cumplirse, bajo pena de nulidad, cuando exige la asistencia del asesor de menores en la audiencia de debate.

Corresponde ordenar la nulidad de lo actuado si el menor de edad imputado prestó declaración indagatoria, sin con-

tar con la presencia de su padre o tutor, ni el asesoramiento técnico del defensor, ni asistencia del asesor de menores.

La asistencia hace al aspecto técnico de la defensa, al nombramiento e intervención del defensor; se trata de la intervención legal del imputado en el proceso. Es por eso que la expresión representación, debe entenderse en la norma como referida a la legalmente necesaria para el imputado a lo largo de todo el proceso.

El incapaz, además de su asistencia técnica, se encuentra en una situación de inferioridad, por ello el art. 59 del Código Civil y las normas procesales apuntan a equilibrarla por medio de la intervención de funcionarios cuya actuación no tiene otro motivo que la integración de la personalidad. En este aspecto, cabe destacar la notable diferencia existente entre los cometidos asignados al defensor oficial y al defensor de menores e incapaces por el art. 55 de la ley 7328, y la imposibilidad de tener por cumplimentados los requerimientos legales de actuación de este último mediante la sola intervención del primero, lo que excluye la posibilidad de soslayar su asistencia en el juicio con la notificación y puesta en conocimiento del expediente, pues a más de configurar la asistencia de aquéllos un imperativo legal, tiende a la preservación del derecho de defensa de los menores.

En esa afirmación se pone de manifiesto que el tratamiento igualitario de los menores sólo puede cumplirse con la conjunción de la defensa material, a cargo de un defensor oficial o de confianza, y la simultánea intervención del funcionario al que alude el art. 59 del Código Civil.

El menor también cuenta con el derecho a ser oído, consagrado en el art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y directamente entroncado en la garantía del debido proceso, derivada del art. 18 de la Constitución Nacional, lo que

no sólo se cumple con la debida asistencia técnica sino también mediante las instancias y expresiones que el menor, con la necesaria integración de personalidad a que aluden las leyes, tiene derecho a formular. Entonces, mayor será la exigencia del cumplimiento de las previsiones mencionadas cuando los menores prestan sus declaraciones indagatorias con total ausencia de la asistencia legal exigible, haciéndose responsables de los hechos que se les imputa. Dicha privación de asistencia no es posible reemplazarla por las simples notificaciones tardías a la defensa, al asesor de menores o a los progenitores.

*(del voto de los Dres. Garros Martínez y Posadas)
"Sarapura", Tomo 131:261*

4. Competencia del Juez de Menores. Medidas tutelares

Los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles, deben dictar, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y los tratados internacionales que rigen la materia.

Nada impide que en un caso concreto se considere inconstitucional la aplicación de facultades de disposición tutelar cuando en la práctica se traduzca en la privación de la libertad del imputado por un tiempo indeterminado, basada exclusivamente en su protección y sin dar otros fundamentos suficientes y adecuados.

Si bien se debe propender a que, por aplicación de la ley 26061, las medidas de protección sobre los menores no punibles sean dispuestas por las autoridades administrativas para evitar en lo posible su judicialización, es ajustada a derecho

y debe confirmarse la internación ordenada por la Juez de Menores cuando en el caso concreto la continuación de su intervención resulta plausible, ya que el sobreseimiento dispuesto no lo es en razón de que menor no cometiera el hecho, sino por su carácter de persona no punible y además, los fundamentos de la necesidad de internación para su tratamiento encuentra adecuado justificativo por el estado de salud mental del menor y la imposibilidad material de que parientes cercanos puedan hacerse cargo de él.

Es acertada la continuación de la internación del menor cuando cualquier otra medida menos gravosa, en el caso atentaría contra el interés superior del niño, ya que los efectos negativos de esa privación de libertad son de una magnitud menor que la desprotección o abandono que puede significar su soltura sin apoyo familiar ni terapéutico alguno.

Por la situación de privación de libertad que implica la medida tutelar y a los fines de fijar parámetros de duración en el tiempo, se hace indispensable un control jurisdiccional periódico para establecer la vigencia de la necesidad del tratamiento, verificar su progreso y el cumplimiento de las fases para que oportunamente pueda tornarse ambulatorio.

(del voto de los Dres. Ayala, Catalano, Ferraris, Garros Martínez, Posadas, Cornejo y Vittar)

Corresponde la continuidad de la medida tendiente a la protección del menor, con intervención del Asesor de Menores e Incapaces, quien debe, por la vía y forma pertinentes, requerir de manera inmediata y sin solución de continuidad, una protección de personas en forma definitiva ante el Juzgado de Personas y Familia que por turno corresponda, que es quien resulta competente cuando ha concluido la intervención del Juzgado de Menores, a fin de continuar resguardando la inte-

gritud del menor por las problemáticas de adicciones y familia que padece y de dar cumplimiento con lo normado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

*(del agregado de los Dres. Cornejo y Vittar)
"Pinto", Tomo 138:107*

5. Reducción y absolución de pena

Corresponde disminuir la pena impuesta al menor, si los elementos subjetivos consignados en el fallo atinentes a la falta de contención de su hogar y a las adicciones, no constituyen bajo ninguna óptica agravantes punitivos, sino, por el contrario, aminoran su culpabilidad, porque esas circunstancias padecidas por el imputado inciden directamente en su moral y disminuyen la criminalidad de sus actos, en tanto la esfera del albedrío fue más restringida, o porque se vio más perturbada su función intelectual.

Constituyen agravantes al momento de imponer la pena, con especial atención a lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 4º de la ley 22278 y modificatorias, la falta de arrepentimiento y de evolución del menor en orden a adquirir la capacidad de comprensión y respeto por la ley, como asimismo, la inexistencia de mejoras en aras de su reinserción social.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)

No se configuran los presupuestos necesarios para la imposición de pena al menor, cuando el tratamiento tutelar no se cumplió de manera efectiva, porque el proceso se limitó a recibir informes acerca de su personalidad o comportamiento en la unidad de encierro en la que se encuentra alojado.

Corresponde declarar la nulidad de la imposición de pena al menor, frente a la ausencia del estricto cumplimiento

de los recaudos exigidos por la ley minoril (22278), para aplicar una sanción punitiva en los términos de su artículo 4º.

(del voto de las Dras. Ayala y Garros Martínez)

“Domínguez”, Tomo 138:301

CAPÍTULO XV

JUICIO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

1. Caducidad de instancia

1.1. *Actos de impulso procesal. Desistimiento tácito*

En los delitos de acción privada el ofendido tiene el derecho y la carga de promover y ejercitar la acción penal y, siendo su ejercicio voluntario, una vez ejercida puede renunciarse. La parte que querrela debe mantener viva la acción, ya que de lo contrario, transcurrido el plazo legal, procede la declaración de caducidad.

A los fines de la interrupción del plazo de caducidad tienen eficacia no sólo los actos de las partes sino también los del tribunal y sus auxiliares, en tanto se revelen para demostrar que el proceso continúa vivo.

“Bordón”, Tomo 146:929

El instituto de la caducidad de instancia en los delitos de acción privada debe apreciarse siempre con carácter restrictivo conforme la expresa prescripción del artículo 3º del Código Procesal Penal. No basta el simple transcurrir de los sesenta

días que marca la ley para fulminar la pretensión que lleva la acción penal de ejercicio privado; es menester una inactividad evidente de quien la ejerce.

Poco importa que el último acto de impulso del querellante hubiera sido una petición concreta de instar el procedimiento, de producir la prueba ofrecida, de concretar la audiencia del juicio o cualquier otro que tuviera esa significación, pues el desistimiento tácito se produce siempre que él no hubiese “instado”, es decir, no se hubiera presentado con las mínimas formas al efecto, como simples escritos en los que reclamara llevar adelante el proceso. En este sentido, el más sencillo escrito de impulso del proceso (“Solicito se libre oficio X”; “Pido se designe la audiencia de debate” o cualquier otro por el estilo) tiene efectos interruptivos del plazo del desistimiento tácito y hace comenzar un nuevo término al efecto.

No corresponde declarar la caducidad de instancia si la querellante solicitó que se incorporara un acta donde se ponía en conocimiento que la documentación necesaria para el traslado de la querella se encontraba en los estrados del tribunal, y también solicitó que se librara oficio requiriendo la remisión del incidente de beneficio de litigar sin gastos, porque ello constituye una actividad que lejos está de revelar desidia o desinterés de la parte y resulta suficiente para significar un acto de impulso procesal, apto para contradecir cualquier presunción de abandono o tácito desistimiento por el titular de la acción penal privada y por ende, para interrumpir el término previsto por el artículo 433 inciso 1º del Código Procesal Penal.

(del voto de los Dres. Ayala, Catalano, Ferraris, Garros Martínez y Posadas)

Los juicios que se promueven por delitos de acción privada, son también de naturaleza pública, pero sólo la titularidad de su ejercicio está reservada al agraviado por el delito. Y

ello es así, porque el ejercicio de la acción depende de su interés en accionar o no en contra del ofensor o, en caso de su incapacidad, de la apreciación de sus padres, tutor, curador, guardador o representante legal.

La falta de instancia determina la invalidez del proceso, por ello se la ha considerado condición objetiva de punibilidad o condición suspensiva de procesabilidad. La instancia debe ser un acto con significación procesal por sí, esto es, debe estar debidamente documentado, su omisión no puede suplirse, en consecuencia, por otros medios probatorios.

Instar el procedimiento, para la correcta exégesis del art. 433 inc. 1º del Código de rito es impulsar la acción para llegar a la audiencia de conciliación en tiempo y forma, que es la oportunidad en la que por sus características, el proceso por injurias y calumnias comienza su etapa de plenario. Corresponde confirmar el auto que declara la caducidad de la acción privada, pues entre otras diligencias, la parte querellante pudo haber solicitado expresamente la suspensión de los plazos procesales, ya que en los procesos donde se ventilan delitos de acción privada suele ser usual hasta tanto se integra definitivamente la litis entre acusadores y acusados.

En un proceso penal por delito de acción privada, el impulso procesal que se debe computar para comprobar si el plazo de caducidad por falta de impulso se produjo o no, es el de la acción de fondo, por cuanto el incidente de beneficio para litigar sin gastos, nada tiene que ver con el objeto principal de la acción, más cuando lo accesorio sigue la suerte de lo principal; de aceptarse ese criterio se vulneraría insanablemente la garantía de la defensa en juicio y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Máxime, cuando el beneficio lo solicitó la parte querellante, que es, además, la única interesada en el impulso del

proceso. Por su propia naturaleza, el beneficio de litigar sin gastos apunta a la morigeración o exoneración de las costas del proceso, pero no a la dilucidación de la verdad de lo realmente sucedido.

(del voto de los Dres. Cornejo y Vittar)
"El Tribuno y Nuevo Diario", Tomo 141:95

1.1.1. *Falta de impulso injustificado*

El art. 433 inc. 1º del C.P.P., establece que la caducidad de instancia en los juicios por delitos de acción privada se produce cuando el querellante o su mandatario no inste el procedimiento durante dos meses, sin justa causa. La mencionada disposición resulta clara en cuanto a expresar que el decaimiento del derecho a continuar ejerciendo la acción en el mismo proceso, se encuentra asociada a la circunstancia de no instar el procedimiento, de modo injustificado.

La cuestión indicada resulta principal, dado que la caducidad constituye una grave sanción procesal que, como tal se encuentra sujeta a una interpretación restrictiva por expreso mandato del art. 3º del Código Procesal Penal.

Rige plenamente la disponibilidad del particular respecto a la actividad persecutoria del delito por el que se dice ofendido, ello se traduce en que la instancia es facultativa, lo que significa no sólo que puede o no instaurar la querrela, hacerlo en el tiempo que estime oportuno, sino también desistirla expresa o tácitamente.

"Cruz", Tomo 147:459

1.2. *Impugnabilidad objetiva*

Las resoluciones que declaran la caducidad de instancia son objetables por vía de casación, pues impiden que la pre-

tensión continúe en el proceso en que viene ejercitándose, por lo cual resulta posible incluir estos supuestos en las previsiones del art. 467 del Código Procesal Penal.

“Carrizo”, Tomo 142:745

La resolución que se limita a otorgar continuidad a la causa desechando la concurrencia de la sanción de caducidad de instancia, no puede ser tomada como constitutiva de un perjuicio que lleve a la equiparación de la misma a sentencia definitiva, que por vía pretoriana ha llevado a equiparar resoluciones que irrogan gravamen irreparable a las específicas que contempla el art. 467 del C.P.P.

“Gareca”, Tomo 142:841

2. Prescripción de la acción

2.1. Actos interruptivos

En los procesos por delitos de acción privada los actos que se identifican con los señalados taxativamente por el Código Penal y que interrumpen el curso de la prescripción de la acción penal son: la interposición de la querrela en la forma prescripta por el art. 427 del C.P.P. y la citación a juicio prevista en el art. 437 de ese ordenamiento adjetivo (art. 67, incs. c y d del C.P.). A los que deben sumarse, lógicamente, la comisión de un delito y la sentencia condenatoria en el proceso en cuestión, aun cuando no se encontrare firme.

“Colque”, Tomo 158:1097

Las causales de interrupción de la prescripción de la acción penal contenidas en el art. 67 del C.P., según ley 25990 -

de mayor benignidad a los fines de su aplicación retroactiva, tienen plena aplicación respecto de los procesos por delitos de acción privada, aún cuando tal aplicación exija un mayor esfuerzo interpretativo, en función de que dicho régimen ha sido claramente diseñado sin tomar precisamente en cuenta la estructura de la querella.

A partir de esos presupuestos, es menester señalar que las causas por delitos contra el honor se inician exclusivamente mediante el ingreso en sede judicial del escrito de acusación por parte del querellante. La naturaleza y contenido de este escrito, en el que se promueve la acción penal privada, permiten tener a su presentación como constitutiva de la causal de interrupción indicada en el apartado “c” del cuarto párrafo del art. 67 del C.P., lo que atípicamente le confiere una prioridad temporal dada la peculiaridad de la mecánica procedimental de la querella.

El siguiente acto al que corresponde asignar entidad interruptiva en los procesos por delitos de acción privada, conforme a lo dispuesto en el art. 67 párrafo cuarto, apartado “d” es el auto de citación a juicio, previsto en el art. 437 del C.P.P. En este aspecto es la propia ley de fondo la que otorga una base concreta para una amplia interpretación, al aludir a los actos procesales equivalentes.

“Romero”, Tomo 142:37

El escrito de interposición de la querella tiene especial importancia desde el punto de vista de su formulación, dado que constituye un requerimiento acusatorio de apertura de juicio que deviene de la aplicación de la nueva formulación que al art. 67 del C.P. le asigna la ley 25990.

“Banco Macro S.A.”, Tomo 130:569

2.1.1. *La fijación de audiencia de debate no interrumpe la prescripción*

Resulta de complicada exégesis la determinación de los actos que de acuerdo al art. 67 del C.P. interrumpen la prescripción de la acción en el proceso por delitos de acción privada. La tarea, en ese caso, requiere de un mayor esfuerzo interpretativo y debe realizarse sin incurrir en analogía o la extensión vedada en materia penal, pero sin caer tampoco en una limitación de los efectos de la norma que la derogue respecto de esta clase de causas, con el consiguiente perjuicio para el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a la parte querellante.

Al determinar la actividad procesal que interrumpe la prescripción, la ley 25990 adoptó la tesis amplia que durante la vigencia de la ley 13569 identificaba la voz “juicio” con el “proceso”, comprendidas las dos etapas que lo conforman y todo acto procesal. Así lo demuestran los distintos proyectos de ley examinados por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, que invariablemente modifican el término e implementan fórmulas generales cuyo significado alcanza a la instrucción o, al establecer específicas causales, enumeran actos de esa etapa procesal.

Del análisis de los distintos proyectos presentados, se advierte que el legislador tuvo en cuenta para incluir a la primera citación a indagatoria, además de la taxatividad que rige la norma, precisamente su carácter de acto procesal propio de la fase preparatoria, previa a la actividad que se desarrolla en el juicio y, especialmente, a la que determina el momento decisivo del proceso, etapa para la que reservó otro acto diferente que, en nuestro ordenamiento procesal, se encuentra expresamente previsto (art. 437 del C.P.P.).

Por otro lado, es sabido que los actos procesales con capacidad para mantener en vigencia la acción deben dirigirse contra el imputado a que perjudican, impulsar la causa y otorgar carácter dinámico al proceso. En base a esa proposición general, la fuente mediata de la enumeración del art. 67 del C.P. no es otra que la cuantiosa doctrina anterior a su vigencia.

En ese contexto, de los supuestos finalmente contemplados por la ley 25990, el del inc. b) es sin dudas el más cuestionado. La crítica fundamental a la causal radica en que un acto propio de defensa como es la indagatoria, no debe interrumpir el curso de un instituto cuyos efectos favorecen al imputado y que la decisión jurisdiccional que habilita la declaración comparte su naturaleza y no puede, por ende, perjudicarlo.

El debate es arduo, y sin que importe pronunciamiento sobre el particular, en lo que aquí interesa, devela dudas y oposiciones que deben ser consideradas también en lo referido a los procesos de acción privada y a la oportunidad en que el imputado puede declarar; máxime cuando la fijación de la audiencia de debate no es el acto expresamente previsto por la ley y produce efectos e implicancias que exceden esa posibilidad.

Amén de lo expresado, lo cierto es que el legislador adoptó la segunda posición aunque, para decidirse por la primera citación a indagatoria y no por otros actos de impulso, tuvo especialmente en cuenta su ubicación progresiva dentro del proceso, a punto tal que descartó el avocamiento del juez de instrucción en cuanto no importa necesariamente una actividad dirigida contra persona determinada.

En ese sentido, en el informe acompañado por la Comisión de Legislación Penal se señala que “la citación a prestar declaración indagatoria tiene como presupuesto un mérito -si

bien provisional- con franco carácter incriminante para el citado, y exterioriza la primera aceptación judicial de la viabilidad de la imputación inicial derivada de la denuncia, o prevención policial o requerimiento de instrucción, según el tipo de procedimiento penal que rijan el caso (federal o de cada provincia)" (Antecedentes Parlamentarios, La Ley, Tomo 2005-A, pág. 226).

Esos motivos -repetidos, muy cuestionados- en el proceso especial bajo examen -al igual que en el proceso mixto- se actualizan en los momentos iniciales del trámite y con bastante anterioridad a la fijación de audiencia de debate; por lo tanto, obstan a la equiparación. Basta al respecto recordar la forma y el contenido que debe guardar la querrela (art. 427 del C.P.P.) dejando a salvo, claro está, el supuesto de investigación preliminar (art. 428 del C.P.P.).

En íntima relación con esos motivos, el llamado a indagatoria -como actividad inicial del proceso- implica convocar al "sospechado" para identificarlo, hacerle conocer la imputación y los elementos de cargo existentes en su contra, recibir su descargo o aclaración de los hechos e indicar la prueba que estime oportuna y que, por regla, serán evacuadas en la investigación posterior (arts. 282, 293 y cc. del C.P.P.). La declaración es un derecho que puede o no ejercer, tanto sólo como acompañado por su defensor y la convocatoria es un presupuesto ineludible para el juicio provisional del procesamiento.

A diferencia de aquello, la fijación de audiencia alcanza a un "acusado" ya identificado y en absoluto conocimiento de las constancias de la causa, se dirige a asegurar su presencia en los actos del debate siempre acompañado -y hasta en un caso representado- por su defensor; a su vez, el núcleo del desarrollo de la audiencia, en pleno contradictorio, excede su potestad material, atañe más bien a la asistencia técnica, salvo fundada

excepción no implica investigación ulterior y persigue el control y ponderación de la comunidad de la prueba, dando base al juicio definitivo del juzgador (arts. 369, 372 y cc. del C.P.P.).

En definitiva, la realización procesal de ambos actos también difiere en cuanto a sus presupuestos como a sus finalidades; no sólo por ubicación sino -lo que es más importante- por sus efectos, exigencias y consecuencias procesales.

Las razones expuestas demuestran en conjunto que, en el proceso especial regulado por el Libro III, Título II, Capítulo III del Código Procesal Penal la causal prevista en el inc. b) del art. 67 del C.P. no tiene aplicación directa ni, tampoco, encuentra otra actividad procesal similar que satisfaga en su totalidad a los presupuestos y fundamentos que inspiraron su instauración.

Por eso, las causales interruptivas de la prescripción son las previstas en los incs. "a", "c", "d" y "e" del art. 67 del Código Penal.

"Colque", Tomo 158:1097

2.2. Aplicación retroactiva de la ley 26551 como más benigna

Mediante ley 26551 promulgada el 26 de noviembre de 2009, se reformaron entre otros los artículos 109 y 110 del C.P., modificando las penas allí establecidas por la de multa de \$ 3.000 (pesos tres mil) a \$ 30.000 (pesos treinta mil) y \$ 1.500 (pesos mil quinientos) a \$ 20.000 (pesos veinte mil) respectivamente, -arts. 1º y 2º de la ley 26551-.

Si bien esta norma no se hallaba vigente al momento del suceso denunciado, debe aplicarse retroactivamente en el caso ya que se trata de una ley más benigna (art. 2º del C.P.). La regla general es la irretroactividad de la ley penal, en atención al principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Na-

cional) “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Su excepción en el derecho penal, donde rige la tesis de la irretroactividad relativa, se verifica cuando la nueva ley al momento del fallo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando normas cuya existencia ha dejado de ser necesaria. En síntesis, la ley posterior se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones son más beneficiosas.

En consecuencia, si los delitos reprimidos con pena de multa prescriben por el transcurso de dos años conforme inc. 5º del art. 62 del C.P., es ese el plazo que debe computarse.

“Marquillas”, Tomo 155:569

2.3. *Declaración de oficio*

La declaración de prescripción sin petición de parte en las causas por delitos de acción privada no afecta el principio de imparcialidad, porque la necesidad de que en tales procesos se actúe mediante el impulso de las partes no impide que el juez, de oficio, evalúe la vigencia de la acción penal, lo que constituye un presupuesto indispensable para cualquier análisis adicional que deba cumplirse en el marco de una causa penal. En este aspecto, es claro que lo que no puede hacer el tribunal es asumir por propia iniciativa el avance de la causa hacia el estado de definición, pero nada le impide que, aún sin mediar petición de parte y basándose en razones de economía procesal, declare la finalización definitiva de las actuaciones por la causa prevista en el art. 326 inc. 1º del Código Procesal Penal.

La falta de precisión sobre la fecha de comisión del hecho no impide que se compute el término de prescripción, pues ese instituto, como es lógico, no se evalúa en función de la versión del hecho que se reconoce en la sentencia, sino tomando como punto de referencia la hipótesis que emerge de la acusación.

“Banco Macro S.A.”, Tomo 130:569

CAPÍTULO XVI

SENTENCIA

1. Motivación

La sentencia es plenamente válida, si mantiene una congruente relación entre las premisas que establece y las conclusiones a las que arriba, la prueba producida y el derecho aplicado; ello desautoriza la acusación de trasgresión de las pautas de razonabilidad en la formación del juicio e impide su descalificación como acto jurisdiccional válido por el razonamiento del tribunal de mérito.

No se patentiza el vicio de omisión de valoración de prueba, si el juzgador ha ponderado los elementos de convicción esenciales confrontando entre sí los colectados en la causa.

Corresponde al tribunal de juicio apreciar el valor de convicción de los distintos elementos probatorios recolectados durante dicha etapa y del grado de convencimiento que aquéllos puedan producir, conforme las reglas de la sana crítica racional.

“Aguirre”, Tomo 143:559

El sistema de la sana crítica racional y el deber de motivación de la sentencia imponen al tribunal de juicio una apreciación integral y equilibrada de la prueba, lo que demanda que ante la discrepancia entre los diversos elementos de convicción reunidos en la causa, la decisión de hacer prevalecer aquellos que se consideran de mayor valor para la demostración del hecho, deba ir necesariamente acompañada de la exposición de las razones de esa prevalencia.

“Alarcón”, Tomo 146:441

1.1. *Distinción entre ausencia e insuficiencia de motivación*

La sentencia, en relación a la plataforma fáctica de la condena, cuenta con una estructura lógica adecuada al método de evaluación de prueba legalmente establecido que es el de la sana crítica racional, si nada hay en los fundamentos expuestos en el fallo que permita establecer que se han transgredido los límites de las atribuciones discrecionales de apreciación de prueba propias del tribunal de juicio, o que para llegar al estado de certeza sobre los hechos en los que se basa la acusación, se haya producido de un modo arbitrario o solo arraigado en la íntima convicción del juez.

El vicio de arbitrariedad debe descartarse, si los aspectos más relevantes del plexo probatorio han sido relacionados con arreglo a las normas de la lógica para determinar la autoría del hecho, sus motivos y circunstancias. Es preciso distinguir entre la falta de motivación y la insuficiencia de motivación. La primera se asimila a la omisión de expresión de las razones que fundamentan la decisión judicial, en tanto la segunda implica la existencia de una motivación que puede no alcanzar los requerimientos legales de fundamentación. Las consecuencias de ambas situaciones difieren, pues mientras la primera

irrefragablemente conduce a la nulidad, la segunda sólo produce ese efecto cuando la deficiencia es de tal magnitud que importa su omisión lisa y llana.

"Itabarbo", Tomo 145:31

1.2. Principio de libre convicción o sana crítica racional

En el proceso penal rige el principio de libre convicción o sana crítica racional, por lo que el tribunal no está sometido a las limitaciones o reglas del régimen de prueba legal, sino simplemente a los elementos que aquel método refiere, es decir la lógica, la psicología y la experiencia común, principio que necesariamente debe iluminar la motivación de toda resolución judicial, a la luz de las constancias de la causa.

"Navarro", Tomo 135:267

En el proceso penal rige el sistema de libertad probatoria y de sana crítica racional. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descritos por la ley y que, sean cuales fueren los que se arriemen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación alguna.

"Aguirre", Tomo 143:559

La libre apreciación de las pruebas reconoce en nuestro ordenamiento procesal el marco legal de la sana crítica, expresión que comprende la necesidad de valorar los distintos elementos de prueba, explicando las razones que ha tenido el

juzgador para formar su convicción al ponderar su variedad. De esta manera, se regula la actividad intelectual del juez frente a la prueba, al impedir resoluciones fundadas en el capricho de éste, por ello no actúa completamente libre en sus apreciaciones, pues se encuentra sometido a determinadas reglas legales.

“Latorre”, Tomo 146:223

1.2.1. *Valoración integral de la prueba*

La falta de valoración de la prueba pericial en el contexto de todo lo actuado, conforma un defecto que repercute en la fundamentación de la sentencia ya que la función jurisdiccional exige el deber de apreciar todos los elementos de prueba agregados al proceso que sean conducentes, de acuerdo a las pautas de un razonamiento que si bien se basa en la libre convicción o sana crítica racional, exige que esas conclusiones sean el fruto del análisis certero de las pruebas en que se apoya.

Si el tribunal hizo apreciaciones generales sobre las pruebas colectadas, sin especificar por qué no consideró la pericia realizada, incurrió en un mecanismo de selección arbitrario de pruebas, ya que básicamente fundamentó el fallo en los testimonios de los acusados, lo que no se compadece con el deber de motivación de las sentencias.

Son sentencias arbitrarias aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado de la causa.

La motivación no se halla completa si solo se enuncian, aún describiéndolas, todas las pruebas arrimadas al debate, pues la operación lógica exigida al juez comprende, también, la

evaluación pormenorizada de los elementos mencionados y la incidencia que razonablemente tienen en el contexto de las restantes evidencias.

“Matorras”, Tomo 124:219

1.2.1.1. *Ausencia de secuestro*

El cuestionamiento de la suficiencia de la prueba para la adquisición del estado de certeza, no puede intentarse efectuando un análisis aislado de cada uno de los elementos de cargo, pues el deber de motivación impone que tanto aquéllos como los que tienen significado desincriminante sean evaluados de manera conjunta para extraer una conclusión acorde a los dictados de la sana crítica racional.

La ausencia de secuestro no puede ser argumentada de forma tal que ello implique elevar ese procedimiento a la categoría de prueba legal, siendo que en un sistema de libre convicción imperante, al tribunal le es dable y exigible comprobar los hechos a través de todos los elementos a su alcance; de ello se infiere que es probable que el secuestro hubiera generado un aumento de la convicción del juzgador, pero en ausencia de ese procedimiento, nada le impedía derivar las conclusiones lógicas que sacó analizando los testimonios e informes disponibles.

“Cortez”, Tomo 123:601

1.2.2. *Prueba de indicios*

El sistema de la sana crítica racional permite reconstruir un determinado acontecer mediante inferencias que descansan en indicios, y estos sólo tienen valor probatorio cuando no pueden dar lugar a ninguna otra conclusión.

Está fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de prueba indirecta, con la condición que ésta sea unívoca y no anfibológica, para poder cuestionar la fundamentación en tales casos, se hace necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria pues, es probable que los indicios individualmente considerados sean ambivalentes, imponiéndose su análisis en conjunto, a los efectos de verificar que no sean equívocos, esto es que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas.

Serán unívocos y no anfibológicos, los indicios si los hechos conocidos, debidamente acreditados, no puedan relacionarse con otro hecho que no sea el desconocido, cuya existencia se pretende demostrar y, en tales casos, para poder cuestionar la fundamentación es necesario el análisis en conjunto de todos los indicios y no aisladamente.

“Rodríguez”, Tomo 122:773

La razón del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él, a través de la lógica y de la experiencia, el “factum” desconocido que investiga; es decir que a partir del hecho base o indicio, luego de un razonamiento lógico y jurídico, se debe llegar a la presunción, todo ello entrelazado y visto desde una perspectiva conjunta, pues lo contrario conduce a una decisión arbitraria o absurda.

En el sistema de la libre convicción no puede negarse siquiera que los jueces se basen únicamente en prueba indiciaria para obtener una decisión que exija certeza, siendo extremo el rigor empírico al que tal decisión se somete. El juicio oral y público se ha instaurado para la plena vigencia de los principios de libertad probatoria y de libre convicción, según los

cuales al tribunal le es dable formar su noción sobre la responsabilidad del acusado sin sujeción a parámetros de suficiencia probatoria o de tasación determinados por la ley, sino ateniéndose a otro marco de razonamiento que es la sana crítica racional.

El tribunal de juicio, puede perfectamente edificar una versión de la verdad sobre la base de indicios.

“Santana”, Tomo 140:289

En el juego del principio de libertad probatoria, la combinación razonada de evidencias impide sostener que la sentencia sea producto de la íntima convicción de los juzgadores. Es válida la condena si los elementos probatorios unívocamente apuntan a que el imputado tuvo participación en la realización del hecho, no habiendo nada en el método de la sana crítica racional que impida que se los tenga como base fundante de la certeza necesaria requerida para dicho pronunciamiento.

“Pedroza”, Tomo 144:977

2. Estados intelectuales del juez

2.1. Certeza

Los requisitos que exige la ley sustantiva para dar base a la concreta responsabilidad penal, deben, concatenada e indisolublemente, concurrir en cada caso para arribar a una sentencia condenatoria. El juzgador debe basarse en todos los elementos probatorios que, reflejados en su conciencia y conforme las reglas de la libre convicción, resulten aptos para originar el estado de certeza.

“Martínez”, Tomo 133:679

Conforme al sistema de la sana crítica racional y al principio de libertad probatoria le es dable al tribunal fundar su certeza a partir de aquellos elementos conducentes para el esclarecimiento de la verdad. Por ello, nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente en el testimonio de la víctima, siempre y cuando éste sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinarán que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado.

“Almada”, Tomo 128:663

La certeza necesaria para condenar no debe insoslayablemente surgir de un panorama totalmente desprovisto de elementos favorables a la posición del acusado, como en el caso sería su negación del hecho; es claro, que una exigencia de tal naturaleza determinaría que prácticamente cualquier movimiento defensivo en el plano de la prueba, o cualquier debilidad de la evidencia, aún de la incorporada de oficio o a pedido de la parte acusadora, frustran la posibilidad de una condena. Sin embargo, la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado.

“Cortez”, Tomo 123:601

2.2. *Duda*

Si bien el principio “*in dubio pro reo*” presupone un especial estado de ánimo del juez, por el cual no alcanza la convicción de certidumbre sobre los hechos, dicho estado no

puede sustentarse en una pura subjetividad sino que debe derivarse racional y objetivamente de la valoración de las constancias del proceso.

Una valoración así consumada excluye la existencia de otros elementos de juicio que pudieron conducir a la solución contraria; toda vez que tal incertidumbre no exige convicción sobre la inocencia del imputado, sino que presume respuestas positivas y negativas en torno a uno de los elementos esenciales de la imputación penal, que resultan de un análisis de mérito vinculado exclusivamente a las pruebas producidas. En tal hipótesis, basta la duda para fundar la absolucón; y ello de ningún modo exige la convicción de inocencia, pues en materia criminal se debe aplicar en toda su extensión la máxima “onus probandi incumbit actori” exigiéndose al acusador una demostración plena y completa de la culpabilidad del acusado.

“Méndez”, Tomo 136: 521

No resulta posible efectuar un análisis sobre la suficiencia probatoria si el fallo ha dejado sin precisar la exacta plataforma fáctica sobre la que hace recaer la aplicación legal, lo que empaña de duda la situación jurídica planteada.

Corresponde absolver a la acusada si los escasos elementos de convicción producidos y la falta de pruebas en la audiencia de debate no alcanzan para adquirir la certeza necesaria que requiere una sentencia condenatoria.

Resulta necesario salvaguardar el estado de inocencia del que goza el acusado si no ha logrado ser revertido, y del cual el beneficio de la duda es consecuencia directa y necesaria.

Cuando la verificación de que el juicio, tal y como se llevó a cabo, produjo una acumulación de evidencia que no

podía servir para condenar al acusado, no puede tener otra consecuencia que el pronunciamiento liberatorio.

“Estévez Arce”, Tomo 143:259

La viabilidad de un pronunciamiento condenatorio requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al acusado. Si ello no ocurre, resulta necesario salvaguardar el estado de inocencia, que no ha logrado ser revertido y del cual el beneficio de la duda es consecuencia directa y necesaria; principio que además de estar previsto en el art. 4º del C.P.P. encuentra expreso amparo constitucional en el art. 20 de nuestra Constitución Provincial, y surge de las garantías establecidas por el art. 18 de la C.N. y demás instrumentos internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 de ese cuerpo normativo.

“Zerpa”, Tomo 144:223

3. Principio de congruencia (necesaria correlación entre acusación y sentencia)

La necesaria correlación entre la acusación y sentencia resulta un corolario elemental del derecho de defensa, que impide que los pronunciamientos jurisdiccionales en materia penal difieran de los aspectos concretamente delimitados en los dictámenes del órgano requirente. Así se cumple con la posibilidad de conocer el hecho imputado y permitir el desarrollo de una controversia útil, por lo que su alteración sorpresiva elimina el sentido de una actividad defensiva desplegada respecto de un hecho distinto, privándola de efectividad y desequilibrando la igualdad entre las partes.

“Guanca”, Tomo 125:165

Las garantías constitucionales que asisten al imputado, demandan una precisión en la fundamentación de la sentencia, que empieza por establecer con toda claridad cuál es el hecho del que pretende derivarse una consecuencia jurídico-penal; se trata ésta de una exigencia elemental del derecho de defensa que no sólo permite determinar la necesaria congruencia entre la acusación y el fallo, sino también cuestionar al pronunciamiento desde el punto de vista de la atribución lógica de la conducta, aspecto este último que hace al análisis de la prueba.

"Paniagua", Tomo 125:957

3.1. *Correlación fáctica*

El debido proceso exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. A su vez - manifestación específica de ello- la exigencia de acusación eleva a rango constitucional la regla que exige correlación entre ésta y el fallo, pues, garantizando el derecho a ser oído, el pronunciamiento jurisdiccional sólo puede referirse al hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en el concreto ejercicio requirente.

Tal imperativo constitucional -categórico por cierto- no admite duda o excepción y se resume en el axioma "ne procedat iudex ultra petita partium" merced al cual, la hipótesis fáctica sometida a consideración del juez por el actor penal determina el objeto procesal concreto, el hipotético asunto de la vida en torno del cual gira el proceso; la sentencia debe referirse al mismo hecho imputado, al mismo acontecimiento histórico que el actor propone, a la concreta conducta humana puesta en tela de juicio.

La razón de ello es simple, ya que sólo un concreto conocimiento del hecho imputado permite el desarrollo de una controversia útil, por lo que su alteración sorpresiva elimina el sentido de una actividad defensiva desplegada respecto de un hecho distinto, privándola de efectividad.

(del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Cornejo y Ferraris)
"Coria", Tomo 145:01

3.2. Modificación de la calificación jurídica

Si de acuerdo con el requerimiento de elevación a juicio, la Fiscal Correccional, al explicitar los hechos que lo motivaran, señaló que la víctima fue interceptada por un sujeto de sexo masculino quien pretendió abusar sexualmente de ella y resultó lesionada, destacando además los pormenores del hecho narrado por la menor atacada, quien también manifestó haber sido lesionada en uno de sus brazos y, en tal sentido ofreció como prueba el certificado médico pertinente, lo que se informó al imputado en la primer audiencia de debate, quien hizo uso de su derecho a declarar, dándose lectura a las pruebas ofrecidas por las partes, entre ellas, al contenido del certificado médico que quedó incorporado como prueba sin que el recurrente se hubiese opuesto a ello, debe concluirse que la condena por el delito de lesiones leves no importó una mutación del objeto procesal fijado por el requerimiento fiscal que pudiese vulnerar el derecho de defensa, como así tampoco una variación brusca de la calificación jurídica de aquel, pues no se atribuyó ni condenó al encartado por un hecho no contenido en dicho requerimiento.

No medió una alteración de los aspectos esenciales de la plataforma fáctica plasmada en el requerimiento fiscal, sino un cambio de la calificación jurídica de un mismo hecho histó-

rico dada en la requisitoria que habilita el art. 406 del C.P.P. Ello es así, pues, al tribunal sólo le cabe calificar y juzgar los hechos objeto de debate probados que la parte acusadora atribuye al imputado, no así acerca de la exactitud del juicio de mérito jurídico-penal efectuado por aquélla.

Es que no cabe confundir el cambio de calificación jurídica con la existencia de incongruencia si la condena versó sobre los mismos hechos que fueron objeto de debate manteniéndose una identidad fáctica, sin que el acusado se hubiese visto impedido de contradecir, probar y alegar respecto de las lesiones cuya autoría se le imputaban, no configurando dicho cambio un agravio constitucional.

(del voto de los Dres. Catalano, Garros Martínez, Ferraris y Posadas)

El tribunal de juicio alteró al emitir el fallo la imputación fáctica, sustituyéndola por una nueva calificación. Este tipo de modificaciones vulnera el derecho de defensa en juicio del acusado, tanto por un defecto del conocimiento cabal de la imputación, como por un desbaratamiento de la estrategia defensiva, pues no existió una advertencia que permita desplegar oportuna y efectivamente las facultades de refutación de la parte. Ello así por cuanto 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.

Para evaluar el alcance del gravamen generado por la alteración de la base del reproche penal, cabe tener en cuenta que en el alegato final la defensa se orientó, sobre la base de la imputación surgida del requerimiento, a puntualizar que no se había comprobado la existencia de la intención libidinosa, tanto que la calificó, en todo caso, como una posible tentativa. Si

bien en ciertos casos es posible la modificación de la calificación legal, ello importa un agravio constitucional cuando el cambio provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos.

Aún cuando la sentencia verse sobre los mismos hechos que fueron objeto del debate en el juicio, el cambio de calificación instrumentado en la sentencia condenatoria viola la garantía de la defensa en juicio, cuando implicó desbaratar la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos.

La necesaria correlación entre acusación y sentencia resulta un corolario elemental del derecho de defensa, que impide que los pronunciamientos jurisdiccionales en materia penal difieran de los aspectos concretamente delimitados en los dictámenes del órgano requirente. La razón de ello es simple, ya que sólo un concreto conocimiento del hecho imputado permite el desarrollo de una controversia útil, por lo que su alteración imprevista elimina el sentido de una actividad defensiva desplegada respecto de un hecho distinto, privándola de efectividad.

El principio de congruencia no sólo encuentra una raíz supralegal en el art. 18 de la Constitución Nacional sino que se halla directamente avalado por disposiciones específicas del bloque de constitucionalidad tales como el art. 8.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que de manera inequívoca, refieren la necesidad de un detalle en la acusación, que lógicamente condiciona la decisión jurisdiccional en materia penal. Debe además recordarse que si se admitiera la posibilidad de condenar por un hecho distinto al contenido en el requerimiento de elevación a juicio, se arribaría a la inadmisibles consecuencia de dejar en manos del tribunal la

determinación del objeto de la acusación, vulnerando el principio acusatorio, el cual establece que el juez queda ligado a la acusación en el sentido de su imposibilidad de condenar a persona distinta de la acusada y por hechos diversos de los imputados en el requerimiento de elevación a juicio.

Esa característica del sistema acusatorio guarda, a su vez, estricta correspondencia con la garantía de imparcialidad del tribunal, consagrada en los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La plena satisfacción de dicha garantía necesariamente coloca a los jueces en una posición externa, con relación a las partes, y supone que los pronunciamientos jurisdiccionales encuentren una limitación en las postulaciones de la acusación, sin que le sea dable que en pretenso resguardo de la legalidad, el juzgador invada la atribución requirente.

La plataforma fáctica contenida en el requerimiento de juicio del Fiscal Correccional no es, sin embargo, inalterable, pero supone que se adopten los correspondientes recaudos concretamente descriptos en la ley. Así, según el art. 386 del C.P.P., si la situación verificada en el juicio se refiere al mismo hecho, puede en los términos de dicha norma, subsanarse la cuestión por vía de ampliación de la acusación. En cambio, conforme al párrafo segundo del art. 406, cuando se verifica un hecho distinto, corresponde que el tribunal disponga la remisión de los antecedentes al Fiscal interviniente.

(del voto de los Dres. Ayala y Cornejo)
"Matorras", Tomo 126:857

4. Delimitación de la plataforma fáctica. Deber de pronunciamiento completo

Conforme surge del acto acusatorio, “prima facie” se materializaron dos hechos delictivos, puesto que la acusada habría exteriorizado dos acciones que naturalmente son distintas y que se adecuan, respectivamente, a dos supuestos reprimidos por el Código Penal (arts. 89 y 149, 2do párrafo), produciendo dos resultados en el mundo real también distintos que constituyen lesiones independientes a bienes jurídicos penalmente protegidos: a la integridad física, en un caso, y a la libertad psíquica en el otro.

Definido de ese modo el objeto a decidir por el titular de la acción penal, al absolver -únicamente- a la acusada del delito de lesiones leves por aplicación del art. 4º del C.P.P., la sentencia se limitó a juzgar uno de los hechos delictivos llevados a conocimiento. Por defecto, los hechos que -acusados- configurarían la coacción no fueron tratados y, al constituir un concurso real (art. 55 del C.P.), el vicio no se circunscribe a una cuestión de calificación o subsunción.

El error es esencial en orden a la validez del fallo y aparentemente parte de confundir el significado jurídico de “plataforma fáctica” y de “hecho delictivo”. Lo primero, es el evento histórico rodeado de circunstancias de esa índole que sitúan en tiempo y lugar determinado a la única conducta o a las conductas delictivas independientes que fueran materia de imputación; lo segundo, también ubicado en el plano óptico, se traduce en una fórmula legal que indica la trasgresión a la norma penal, cuyo significado -idéntico al de “delito”- es armónicamente asignado por el Código Penal (por ej. arts. 34 inc. 1º, 45, 54, 55 y 63) y por la ley adjetiva local, muy especialmente, al establecer los requisitos de la acusación (arts. 341 inc. 2º, 354 inc. 2º y 386) y de la sentencia (arts. 403 y 404).

En particular, la última de las normas instrumentales citadas (art. 404) clarifica en extremo el panorama y evidencia la violación del fallo impugnado al disponer, mediante nexo conjuntivo, que la sentencia debe contener la enunciación del hecho -delito- y las circunstancias que sean materia de acusación -plataforma fáctica-. Por su parte, es deber del juez resolver todas -no alguna o algunas- las cuestiones que hayan sido objeto del juicio y, lógico es decirlo, de acusación (art. 403).

Al omitir juzgar uno de los hechos delictivos requeridos, el fallo no cumple la necesaria correlación entre acusación y sentencia que exige el principio de congruencia, cuya satisfacción coloca a los jueces en una posición externa, con relación a las partes, y supone que los pronunciamientos jurisdiccionales encuentren una limitación en las postulaciones de la acusación, sin que le sea dable que en pretenso resguardo de la legalidad, el juzgador invada la atribución requirente.

De acuerdo a lo establecido en los arts. 409, inc. 2º y 480 del C.P.P., corresponde declarar la nulidad de la sentencia recurrida con alcance a la audiencia de debate y, en su mérito, ordenar que bajen los autos al Juzgado que sigue en orden de nominación, a fin de que realice un nuevo juicio.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)

Conforme la hipótesis contenida en el requerimiento de juicio, la encartada habría atacado dos bienes jurídicos diferentes y por tanto concursan las figuras en forma real a tenor del art. 55 del Código Penal.

A partir de ello, es indudable que, efectuado el juicio oral la Sra. Juez de Sentencia no se ha pronunciado respecto de la acusación por el delito de coacción, la cual y dado el tipo de concurso señalado, no debe considerarse comprendida en la absolución dispuesta. Si bien, esta decisión judicial ha sido

estimada como ajustada frente al escaso material convictivo reunido, comprende exclusivamente la hipótesis de un accionar lesivo en los términos del art. 89 del Código Penal.

Corresponde ordenar que el tribunal “a quo” cumpla los actos necesarios para decidir la situación procesal de la imputada respecto de la acusación por el delito de coacción.

*(del voto de las Dras. Garros Martínez y Ayala)
“Jaime”, Tomo 145:39*

5. Imposibilidad de absolver y condenar sobre el mismo hecho

No resulta posible la condena y absolución simultáneas respecto de un mismo hecho en supuestos de concurso ideal, en razón del carácter inseparable de la conducta.

Un pronunciamiento contradictorio que absolviera y condenara respecto de un mismo “factum” constituiría una anomalía susceptible de comprometer la vigencia de la sentencia como pronunciamiento judicial válido, y la convertiría en arbitraria al violar las formas sustanciales del juicio.

La sentencia debe contener un pronunciamiento unívoco, sin que sea dable que se señale al caso como comprendido dentro de la órbita de licitud y al mismo tiempo se condene incluyéndolo en el marco de las conductas punibles, ya que la unidad del hecho impide que la decisión se multiplique en forma intolerable con sentidos inversos respecto de distintos títulos jurídicos en concurso ideal, lo que comportaría una nulidad absoluta por constitutiva de doble juzgamiento.

Se ajusta a derecho la sentencia en la que el tribunal absuelve al imputado al considerar que no se había formulado acusación en su contra, por haber solicitado la fiscalía condena

y absolución al mismo tiempo, lo que implicó la violación de los principios de congruencia y “ne bis in idem”.

“Morizzio”, Tomo 141:635

6. Imposición de pena superior a la pedida por el Fiscal

La potestad del órgano jurisdiccional al ejercer las atribuciones de los arts. 40 y 41 del C.P. no se encuentra limitada por el concreto pedido de pena efectuado por el Ministerio Público Fiscal (cfr. “Amodio”, CSJN, Fallos: 330:2658).

La imposición de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal, no constituye agravio constitucional y, por ende, no viola las exigencias de esa índole sobre las formas sustanciales del juicio relativo a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)

En el fallo “Amodio” el Alto Tribunal por mayoría se manifestó por la inadmisibilidad de la queja deducida, sin entrar al análisis de la cuestión de fondo, sobre la que sí se expidió el voto en minoría de los ministros Ricardo Lorenzetti y Raúl Zaffaroni, que desarrollaron y ampliaron la línea jurisprudencial seguida en los precedentes “Tarifeño”, “García”, “Cattonar”, “Caseres” y “Mostaccio”, donde se reconociera al acusador la facultad impulsora del proceso, y se entendiera que la falta de acusación implicaba vulnerar las formas sustanciales del juicio.

La declaración de inadmisibilidad en “Amodio” por no resultar una cuestión federal suficiente que habilite la vía del recurso extraordinario, carece de entidad para modificar la afirmación de que el sistema de procedimiento penal que más se adapta al bloque normativo constitucional es el acusatorio.

En razón de ello, cabe disminuir la pena de inhabilitación impuesta, a los términos del requerimiento fiscal formulado en el alegato final.

(del voto de las Dras. Ayala y Garros Martínez)
"Romero Parra", Tomo 142:99

En un todo de acuerdo a la garantía de legalidad y de judicialidad, consagradas en el art. 18 de la C.N., arts. 14.1 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y arts. 8.1 y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pilares fundamentales del derecho penal liberal, la pena debe encontrarse previamente establecida en la ley y sólo puede ser impuesta por el juez competente.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Posadas y Vittar)
"Romero Parra", Tomo 142:99

7. Cómputo del plazo para interponer recurso de casación

El plazo para interponer el recurso de casación debe contarse desde el acto de lectura de fundamentos de la sentencia, pues de acuerdo a lo prescripto por el art. 405 del C.P.P., tal acto vale como notificación suficiente de las partes, lo que equivale a decir que no será necesaria ninguna otra forma de notificación.

(del voto de los Dres. Ferraris, Ayala, Catalano, Garros Martínez, Posadas y Vittar)

En los casos de sentencias condenatorias, el plazo para deducir el recurso de casación debe computarse a partir de la notificación personal al imputado, pues de lo contrario la sola notificación al defensor podría frustrar la eventual voluntad del imputado de impugnar la decisión que le impone una con-

dena, lo que atentaría contra la efectiva vigencia de la garantía de defensa en juicio.

Si el acusado no fue notificado personalmente, no tuvo la oportunidad de manifestar su propósito de recurrir la sentencia, tal como expresamente lo prevé el art. 405 del Código de Rito.

El acto de lectura de fundamentos de la sentencia no es válido para tener por notificado al imputado si no se encontraba presente, y no hay constancia de que haya sido convocado al efecto.

El verdadero titular del derecho a recurrir, reconocido en los arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es el acusado; por lo que, no habiendo sido notificado personalmente, no pueden hacerse reparos formales en torno a la temporaneidad del planteo efectuado por su defensor; máxime cuando se hallaba detenido, y por lo tanto se encuentra en juego el derecho esencial a la libertad.

(del voto del Dr. Cornejo)
"Montes", 134:315

8. Carácter declarativo de la sentencia. Cómputo de la prescripción

Para computar el plazo de prescripción de la acción penal a partir de la comisión de otro delito, debe partirse de la fecha del hecho y no de la fecha de la sentencia que así lo declara.

La sentencia penal es de carácter declarativa, no en el sentido civilista en cuanto se la distingue de la de condena y la constitutiva, sino en cuanto declara la inocencia o la culpabilidad del imputado.

"Ocampo", Tomo 143:931

CAPÍTULO XVII

RECURSOS

A - REGLAS GENERALES

1. Interés

Es requisito ineludible de todo recurso la subsistencia de un interés directo (art. 443 del C.P.P.).

"Camisay", Tomo 147:727

No se cumple ese presupuesto ineludible, entre otras cosas, si el impugnante pretende revocar la absolución del imputado y la acción penal no se encuentre vigente.

"Leal", Tomo 133:645

El defecto alegado en el recurso no constituye una nulidad absoluta y ha sido subsanado.

"Ocampo", Tomo 158:299

La presentación recursiva es intempestiva, carece de todo fundamento jurídico y constituye una contradicción con la propia actuación del recurrente.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Garros Martínez y Posadas)
"Tapia", Tomo 150:539

El contenido sustancial de la impugnación no resulta apropiado para la obtención de una resolución que, por vía de reforma, ampliación o anulación, pueda sustituir a la impugnada.

"Guerrero", Tomo 148:829

Por imperio del art. 443 del C.P.P., las resoluciones judiciales sólo son recurribles por los medios y en los casos establecidos por la ley. En virtud de esa regla general, al interponer apelación en un proceso ajeno a tal remedio -juicio de acción privada- la defensa intentó un medio que no es idóneo para revertir la decisión atacada y que, por tanto, no cumple con uno de los requisitos objetivos para instar el pronunciamiento judicial que pretende.

"Sosa", Tomo 149:205

2. Adhesión

2.1. Tiempo

El instituto de la adhesión y el emplazamiento fueron incluidos en una disposición general de los recursos por la ley 6345 (art. 482) pero, expresamente se preveía la oportunidad del mencionado emplazamiento: luego de concedido el recurso de casación por el tribunal "a quo" y por el término de cinco días (arts. 504 y 409, este último por expresa remisión).

La ley 6345 lo suprimió (art. 473) y, como quedó redactado, el texto fue mantenido por las leyes posteriores, encuen-

tra razón en la forma de interposición del recurso -en un solo acto-, no prescinde del doble examen de admisibilidad y, en lo que interesa, aun cuando implique abandonar la referencia expresa sobre el momento del emplazamiento, exige notificar a todos los interesados la concesión de un recurso. Por consiguiente, la resolución fundada prevista en el art. 473 del C.P.P. siempre debe ser notificada a todas las partes por el tribunal "a quo", en lo atinente a la adhesión permite conocer la interposición de un recurso por otro de los sujetos procesales y, a ese respecto, cumple iguales efectos que el emplazamiento.

De ese modo, si bien el código no contempla en otro lugar dicho emplazamiento, al regular el trámite de la casación, en su art. 474 prevé expresamente que la adhesión junto a otros supuestos legislados de manera alternativa -procedencia del recurso original y, a contrario, inexistencia de desistimiento- son presupuestos de la primera resolución de la Corte luego de recibido el expediente, es decir la declaración de admisibilidad de la impugnación a la que se adhiere. Ese acto, entonces, importa la preclusión de la oportunidad de la adhesión, y ésta debe ser formulada necesariamente antes que el expediente quede a despacho para su dictado.

"Zenardo", Tomo 158:789

2.2. *Forma*

La disposición general de los recursos del art. 449 del C.P.P. ordena que en el acto de interposición se expresen los motivos en que se funda la adhesión bajo pena de inadmisibilidad. De lo expuesto surgen dos consecuencias: si el escrito de adhesión contiene una mera remisión al recurso al que pretende adherir, sin fundamentos, debe ser declarado improcedente sin más trámite, incluso, mediante un decreto del director del

proceso; en cambio, si se expresan los motivos de la adhesión - al igual que sucede con el recurso de casación- deben ser sometidos al examen previsto en el art. 474 del C.P.P.

Ello es así, porque el instituto constituye una excepción a los requisitos de tiempo -no de forma- del recurso. Su fundamento es la igualdad procesal y su consecuencia la de otorgar a la parte legitimada una segunda oportunidad para recurrir, no por ello irrestricta o incondicionada.

Por lo tanto, la adhesión debe cumplir con los mismos requisitos de forma que el recurso de casación -tanto subjetivos como objetivos- y deben ser controlados por este Tribunal previamente a resolver el fondo de la cuestión; siendo precisamente el momento aludido la oportunidad específicamente prevista para ello.

“Zenardo”, Tomo 158:789

3. Efecto extensivo

Debe otorgársele efecto extensivo al recurso, favoreciendo al coimputado, toda vez que desde su situación procesal, sin distinciones con el recurrente, comparte y le afecta el error en la aplicación de la ley sustantiva evidenciado, para mantener la congruencia necesaria que exige el derecho. Ello, en consideración a que, por idénticos motivos, sin que exista ninguna diferencia fáctica o jurídica en las circunstancias valoradas para ambos, también al coimputado se le atribuye, junto a otro, incorrectamente el agravante de encubrimiento.

(del voto de los Dres. Ayala, Catalano, Garros Martínez, Ferraris y Posadas)

“Dottori”, Tomo 126:841

4. Reconducción

La “reconducción”, es excepcional y sólo procede cuando el tribunal de alzada entiende necesario, por cuestiones

fundadas y jurídicamente justificadas, sanear la presentación de la parte, sea mediante su intervención directa u ordenando al “a quo” que imprima el trámite correspondiente.

“Cruz”, Tomo 147:209

B - RECURSOS EN PARTICULAR

5. Revocatoria o reposición

El recurso de reposición o revocatoria tiene por finalidad que el mismo juez o tribunal que dictó la resolución la revoque o enmiende, dictando en su lugar una nueva por contrario imperio, siempre que quien lo presenta tenga un interés que lo justifique, el que se halla determinado por el perjuicio o gravamen que la providencia le ocasiona, y ese interés debe tenerse por configurado cuando el recurso se articula como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado.

Corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria interpuesto por el defensor del imputado, si se encontraba de licencia en la fecha fijada para la audiencia de informe del recurso de casación, y ello le impidió presentar el escrito pertinente, lo que resulta relevante para el ejercicio del derecho de defensa de su asistido.

Si el representante del demandado civil manifestó que su parte efectuaría por escrito el informe del recurso de casación, en la fecha que le fuera notificada con antelación suficiente como para haber tomado los recaudos necesarios a fin de

que el escrito pertinente ingresara a las actuaciones en tiempo oportuno y en la fecha establecida, es improcedente el pedido de que se justifique su presentación extemporánea fundada en hechos que no pueden ser considerados sorprendivos o fortuitos.

“Benavidez”, Tomo 136:633

El recurso de reposición o revocatoria debe ser desestimado si quien lo interpone no evidencia un interés que lo justifique, el que se halla determinado por el perjuicio o gravamen que la providencia le ocasiona.

“Ríos”, Tomo 132:41

Si mientras tramitaba el recurso de reposición se sustituyó el art. 477 del C.P.P., mediante Decreto de Necesidad y Urgencia nº 5023/09 (hoy ley 7605), el cual, en su nueva redacción establece que “vencido el plazo del art. 474, se correrá vista a cada uno de los interesados para que en el término de diez días presenten, por escrito, el informe final...”, ello priva de sustento a buena parte de los agravios del recurrente

El informe sobre el recurso de casación debe realizarse por escrito según lo dispuesto en el nuevo art. 477 del C.P.P.; no se trata de un acto necesario sino de carácter contingente, no constituye una carga pues la incomparecencia no genera perjuicio para las partes, en tanto su objeto se reduce a la mera posibilidad de desarrollar o sostener los agravios expuestos en el escrito de interposición del recurso, aún cuando éste se concrete por la mera remisión a los escritos ya presentados, sin que se puedan ampliar introduciendo nuevos motivos.

(del voto de los Dres. Posadas, Vittar, Catalano, Cornejo y Ferraris)

La revisión judicial de la pena impuesta, a través de un recurso al tribunal de alzada, se ve particularmente limitada porque la percepción y conocimiento de las circunstancias objetivas y subjetivas -que no sólo comprenden el examen “de visu” del imputado sino también el de otros eventos y particularidades del caso-, las posee casi con exclusividad el juzgado de sentencia; y además porque resultaría difícil reproducirlas nuevamente, so riesgo de obtener una reedición inapropiada de aquéllas (duplicación).

*(del voto de las Dras. Ayala y Garros)
“Buitrago”, Tomo 145:685*

Es improcedente la interposición del recurso de casación en forma subsidiaria al de revocatoria, pues dicho remedio se ha estructurado en el Código Procesal Penal para ser planteado en forma independiente y no en subsidio de ningún otro remedio procesal .

“Soria”, Tomo 137:617

6. Recurso de apelación

6.1. Garantía del contradictorio en el trámite del recurso

Si no surge de las constancias de la causa que el querellante conjunto haya sido notificado del trámite apelativo, la resolución que revoca el procesamiento y en su reemplazo dispone el sobreseimiento de los imputados fue dictada sin el debido conocimiento previo de esa parte.

En efecto, formulado el recurso de apelación y siendo que la decisión que recaiga puede alterar la situación jurídica del imputado, el estadio o un capítulo esencial del proceso, no

puede dejar de conferirse debida y previa intervención a la parte no impugnante que pueda resultar directamente afectada en sus intereses por el pronunciamiento de la alzada.

Ello es así ya que, en virtud de exigencias supralegales, en el proceso penal debe respetarse el principio de bilateralidad; lo cual se efectiviza en el ordenamiento adjetivo vigente, en especial, en lo referente a las disposiciones que regulan la apelación.

Al respecto, no debe conferirse -por prohibida extensión- un alcance derogatorio a las modificaciones introducidas por la ley 7262 a los arts. 461, 463 y 464 del Código Procesal Penal. Tal reforma, únicamente, establece la unificación de la interposición y la expresión de agravios del recurso que -con notoria mayor simplicidad- deben cumplirse en un solo acto y ante el juez "a quo"; excluye, así, por supresión y oposición, la exigencia de mantener la apelación y los trámites de emplazamiento anteriormente previstos a dichos efectos y, congruente con ello, los relativos a la deserción del recurso y a la opción para informar.

Por el contrario, el deber de notificar a las partes de la interposición del recurso no ha sufrido cambios y surge de la previsión del art. 462 del C.P.P., cuyo texto ordena que las actuaciones sean remitidas al tribunal "ad quem" una vez practicada "la última notificación", norma que debe ser aplicada sistemáticamente con la regla general del art. 134 que, categóricamente, dispone que las resoluciones, comprendidas las sentencias, autos y decretos, y entre estos últimos lógicamente el que concede la apelación, se harán conocer cuando y a quienes corresponda, esto es, a los sujetos que intervienen en el proceso y poseen interés en el resultado del recurso: el apelante, al otro sujeto esencial y las partes eventuales constituidas.

La observancia de esas previsiones, entonces, evita situaciones tales como cuando uno de los sujetos eventuales (querellante conjunto), constituido precisamente en defensa de un interés penal, fue ajeno a la impugnación y, a la postre, sin participar, se anotició del auto liberatorio, recién, luego de dictado.

(del voto de los Dres. Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Posadas, Vittar y Catalano)

"Segura", Tomo 154:05

6.2. Impugnabilidad objetiva. Casos particulares

6.2.2. Resoluciones de Jueces Correccionales y de Garantías

Entre las atribuciones del juez correccional y de garantías se encuentra la de emitir resoluciones durante el trámite del procedimiento sumario, como aquéllas que derivan de los arts. 358 y 359 del C.P.P.; ello así en cuanto, ese procedimiento se extiende hasta el decreto de citación a juicio, acto jurisdiccional que da inicio a la etapa del juicio correccional (arts. 410 y 360 bis del C.P.P.).

En base a lo indicado y conforme a la regla expresa de los arts. 24 inc. 1º y 459, 2do. párrafo del C.P.P., cabe concluir que las resoluciones dictadas por los jueces correccionales y de garantías en el procedimiento sumario son impugnables mediante el recurso de apelación ordinario ante la Cámara de Acusación.

"Manito", Tomo 145:775

7. Recurso de casación

7.1. Contenido

Todo recurso se halla supeditado a dos tipos de requisitos de admisibilidad y fundabilidad. Conforme a tal distinción puede señalarse que un recurso es admisible, cuando posibilita el examen de los agravios invocados por el recurrente y, por consiguiente, la emisión de un pronunciamiento acerca del fondo o mérito de las cuestiones sobre que aquéllos versan; y que es fundado cuando, en virtud de su contenido sustancial, resulta apropiado para la obtención de una resolución que, por vía de reforma, ampliación o anulación, sustituya a la impugnada.

“Delgado”, Tomo 131:529

7.2. Concesión

La casación, según lo establece el Código Procesal Penal, se interpone en la sede en que se dictó la resolución impugnada (art. 472). En el trámite, el tribunal “a quo” ha sido autorizado por la ley exclusivamente a efectuar un primer examen de los requisitos formales y, de conceder el recurso, siendo éste de competencia del tribunal de alzada -inclusive en lo que hace a su admisibilidad- debe elevar de inmediato el expediente a la Corte (art. 473).

El tribunal “a quo”, entonces, únicamente participa de la habilitación de la instancia superior en la medida en que el código prevé, no en la de convertirlo en juez de sus propios fallos; su competencia sobre la casación es, por tanto, excepcional, taxativa y limitada.

“Barutti”, Tomo 144:1057

7.3. *Admisibilidad*

Los requisitos de admisibilidad de los recursos atienden -como sucede en todo acto procesal- a los sujetos que intervienen en su interposición, sustanciación y resolución, al objeto sobre el que versan y a la actividad que involucran, debiendo esta última analizarse en sus dimensiones de lugar, tiempo y forma.

“Alberto”, Tomo 128:875

El derecho impugnativo de las partes en el proceso penal no es ilimitado, sino que se encuentra concretamente condicionado por un conjunto de pautas relacionadas a la formal interposición y a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, cuya falta de acatamiento produce la inadmisibilidad del planteo.

“Burgener”, Tomo: 147:213

7.4. *Doble instancia*

Revisado y confirmado el sobreseimiento por la Cámara de Acusación, la exigencia de la doble instancia se encuentra cumplida de acuerdo a lo establecido en los arts. 24 inc. 1º, 443, 444, 459 y cc. del C.P.P. Máxime cuando el recurso de apelación, por su propia naturaleza procesal, habilitó a dicho tribunal a revisar los hechos, la prueba y la viabilidad jurídica del sobreseimiento dictado.

Las disposiciones que regulan al recurso de casación carecen de efectos abrogatorios o derogatorios de los restantes preceptos del Código y deben ser objeto de una armoniosa aplicación. Su alcance, entonces, no puede ser entendido como una tercera instancia no prevista y su admisibilidad debe responder a la existencia de agravios y motivos que “prima facie”

revelen vicios, falencias o errores notorios y manifiestos, concretamente individualizados por el recurrente.

No resulta procedente si no se advierten vicios, falencias o errores notorios y manifiestos que viabilicen dar trámite al nuevo recurso intentado, o que la sentencia sea insostenible, o irregular, o anómala, o carente de fundamentos suficientes para sustentarla, o desprovista de todo apoyo legal y fundada tan sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben.

"Iacuzzi", Tomo 143:1109

7.5. *Examen. Alcance*

La teoría del máximo rendimiento del recurso fue expresamente adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Casal" de fecha 20/09/2005 y exige al tribunal competente en materia de casación agotar su capacidad revisora, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho; todo ello en aplicación de la jurisprudencia internacional, basada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la regla de la sana crítica.

Lo único que los jueces de casación no pueden valorar es aquello que surge directa y únicamente de la inmediación propia del juicio oral, es decir, que se trata de una limitación fáctica puesto que no es posible valorar lo que no se conoce.

(del voto de los Dres. Garros Martínez, Posadas y Ayala)

La sistemática inclusión del precepto contenido en el art. 466, inc. 3º del C.P.P. y sus legítimos alcances se encuentran precisados con claridad en el texto del proyecto de ley originario sancionado por la Cámara de Senadores, según el

cual consiste en la inobservancia de la construcción racional en la formación de la convicción en las “sentencias definitivas”, agregado que resulta por la expresa remisión a los instrumentos internacionales antes citados. Entonces la fórmula vigente no se aparta de los fines del proyecto, mantiene su significado y, lejos de ello, responde a una observación -quizás gramatical- vertida en una reunión de las Comisiones de Justicia y Legislación General de la Cámara de Diputados sobre la que nunca se expusieron sus razones.

(del voto de los Dres. Catalano, Ferraris y Vittar)

La fórmula para la procedencia de la casación de un fallo puede comprender: el error acerca de la existencia de la norma; el error en la interpretación de la norma; el error en la aplicación, cuando se aplica a un hecho no correspondiente con la norma o el error en la deducción de las consecuencias de la norma, cuando no obstante ser correcta la interpretación y la subsunción del hecho, se avizoran consecuencias inconvenientes con la norma interpretada.

Mediante la casación sólo se puede intentar una revalorización jurídica del material fáctico establecido en la sentencia, pero a diferencia del recurso de apelación, la casación no provoca -de ningún modo- un nuevo examen del caso por parte del tribunal “ad quem”, tanto bajo el aspecto fáctico como por la óptica jurídica; es decir, únicamente admite la posibilidad de que se realice un nuevo examen del objeto procesal bajo el segundo aspecto, o sea, una revisión estrictamente jurídica de la sentencia, pues al tribunal competente en la casación sólo le compete el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito, y su misión se agota en la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia. Todo lo que se

refiera a la determinación del hecho y al ejercicio de poderes discrecionales queda fuera de su ámbito.

No cualquier interpretación de la norma penal abre la vía del recurso casatorio, sino que debe tratarse de una aplicación determinada de la norma a un hecho concreto, con efectiva repercusión en el contenido de la sentencia.

(del voto del Dr. Cornejo)

“Colparis”, Tomo 144:97

7.5.1. Los límites de la inmediación

El Tribunal de casación no debe subrogar al de juicio, avasallando los beneficios de la inmediación que da razón de ser a la etapa plenaria del proceso penal, y le está vedado a la Corte asignar crédito o restárselo a una prueba producida en la audiencia de debate que la Cámara conoció de manera directa, salvo que su apreciación aparezca dotada de un sustento arbitrario por contrariar las normas de la sana crítica racional, o que no se halle acompañada de fundamento alguno.

“Pereyra”, Tomo 137:47

7.6. Límite de la facultad recursiva del actor civil

Las facultades recursivas conferidas al actor civil por los arts. 446 y 471 del C.P.P., tienen un límite insuperable en la materia concerniente a la acción destinada a obtener la reparación del daño irrogado por el delito (art. 85 del C.P.P.) y en modo alguno pueden traducirse en la afectación de decisiones que se refieren a la conveniencia de dar continuidad al ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.

“Miranda”, Tomo 124:257

7.7. Ejecución

La ejecución del fallo es esencial e inmanente al ejercicio de la jurisdicción pues, mediante esa actividad se realiza efectivamente el derecho en el caso concreto. Su procedencia ocurre con la sentencia firme, esto es cuando la decisión definitiva -sobre el fondo- no es impugnada por los medios extraordinarios previstos en la ley procesal pertinente (casación e inconstitucionalidad) o cuando los recursos son resueltos por el tribunal superior de la causa -en el caso de Salta, la Corte de Justicia.

En el segundo supuesto y dejando a salvo los juicios de reenvío o de nulidad, el tribunal de casación se limita a emitir su declaración sobre el recurso correspondiendo la ejecución al tribunal que pronunció la sentencia de mérito. Ello es así porque el Superior conoce y decide por vía recursiva contra decisiones definitivas de otros magistrados y el resultado del recurso no hace más que dejar expedita la eficacia de la sentencia confirmada o integrarla con la declaración que se efectúe (conf. el primer autor citado, págs. 260 y 261). La competencia de esta Corte es, por ende, limitada, taxativa y restringida, y no excluye la del juez de grado sobre aquellas cuestiones propias y privativas de la causa.

La regla, al igual que en la mayoría de las legislaciones, es adoptada por nuestro Código Procesal Penal (arts. 455, 479 y cc) que además, especialmente dispone que en caso de que se imponga una pena privativa de libertad, y sin perjuicio de la ulterior intervención del juez de ejecución, el alojamiento debe ser ordenado por el juez o tribunal de sentencia (art. 503) mientras, a su vez, contempla una única excepción de intervención directa que es lógica y atiende a la libertad (art. 482).

"Valdez", Tomo 152:979

8. Inconstitucionalidad

Los recursos de casación e inconstitucionalidad proceden contra idénticas resoluciones y les son aplicables las mismas disposiciones relativas al procedimiento y forma de dictar sentencia, constituyendo la diferencia específica en el de inconstitucionalidad que se haya cuestionado la constitucionalidad de una norma que estatuya sobre materia regida por la Constitución (arts. 483, 484 y cc. del C.P.P).

"Witte", Tomo 159:519

9. Revisión

La vía del recurso de revisión ha sido dotada de la excepcional virtualidad de conmovier los efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, lo cual se traduce en la necesidad de que las disposiciones legales que la rigen sean interpretadas en forma especialmente restrictiva.

Corresponde el rechazo del recurso de revisión si los argumentos expuestos constituyen una reiteración de los planteos ya resueltos en la causa que tramitó en la Corte, oportunidad en que la defensora del acusado interpuso recurso de casación contra la sentencia, con argumentos similares a los traídos a análisis por la vía del recurso de revisión, y los agravios allí desarrollados fueron analizados y resueltos con aplicación de la doctrina del máximo rendimiento a fin de garantizar el derecho de acceso a la doble instancia.

Los vicios que autorizan la revisión de la cosa juzgada son aquellos de tipo sustancial que se cuelan en el pleito, y que se descubren, por regla, luego que el fallo quedó firme, pues si se advierten antes deben ser atacados por las vías normales.

(del voto de los Dres. Posadas, Catalano, Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Vittar y Ayala)

El recurso de revisión permite que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada pueda, a las resultas de un proceso penal, en circunstancias excepcionales, ser objeto de una nueva consideración con el fin de favorecer la situación del condenado.

Los tribunales de sentencia tienen una competencia excepcional para conocer en el recurso de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna.

Resulta de competencia de la Corte entender en el recurso de revisión que se funda en artículo 488 inciso 2º del Código Procesal Penal dado el carácter vertical y de hecho de ese medio de impugnación.

(del voto de los Dres. Catalano, Cornejo, Ferraris, Garros Martínez, Vittar y Ayala)
“Dezalot de Landívar”, Tomo 145:717

El recurso de revisión es inadmisibile si el impugnante trae a consideración del Tribunal motivos que resultan ajenos a la vía excepcional y restrictiva intentada

La procedencia del recurso de revisión fundado en el supuesto de falsedad testimonial, previsto en el artículo 488, inciso 3º del Código Procesal Penal exige, de manera insoslayable, que la existencia de aquel vicio se declare en fallo posterior al pronunciamiento que se pretende revisar, extremo que no puede ser suplido con el simple aporte de documentos.

“Iriarte”, Tomo 144:147

10. Queja por recurso de casación denegado

La queja constituye un remedio por el cual, cuando sea indebidamente denegado un recurso que procede ante otro

tribunal, puede la impugnación presentarse directamente ante éste, a fin de que se deje sin efecto dicha denegatoria.

Corresponde el rechazo de la queja, si el objeto de la presentación examinada no es la denegación de un recurso que compete conocer al Tribunal de Casación sino la resolución de la Cámara de Acusación que como tribunal de alzada declaró erróneamente concedida una apelación.

"Farjat D'Alessandro", Tomo 147:879

La queja debe rechazarse, si la resolución que se pretende revertir declara inadmisibile el recurso de casación, por que no encuadra en los tipos previstos en el artículo 467 del Código Procesal Penal, ni resulta equiparable a sentencia definitiva; ello en virtud del principio de taxatividad de los recursos consagrado por el artículo 433 del Código Procesal Penal.

Las resoluciones que obligan a continuar sometido a proceso no resultan equiparables a sentencia definitiva.

"Ocampo", Tomo 143:937

Debe rechazarse la queja, si la resolución contra la que el quejoso dedujo casación no hace lugar a un recurso de apelación desestimando un planteo de nulidad contra actos iniciales del proceso, pues no es sentencia definitiva ni puede equipararse a ella.

La necesaria autosuficiencia de la queja sólo se satisface cuando, quien la deduce, se hace cargo puntualmente de los argumentos contenidos en el auto que deniega el recurso, por ello debe rechazarse la vía directa si el quejoso no ha rebatido de modo convincente las razones que expresamente invocara el sentenciante al caracterizar a la impugnación como un re-

curso que desborda los parámetros de la casación, y se limita a enunciar la existencia de un gravamen insusceptible de reparación ulterior sin la determinación y fundamentación de dicho gravamen.

La resolución que dispone que no se compute como plazo de cumplimiento de la sentencia condenatoria el tiempo transcurrido desde dicho acto hasta el momento de incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al impugnante no es susceptible de recurso de casación, en tanto no concurre ninguna circunstancia que permita establecer que ocasiona un gravamen irreparable, toda vez que esa decisión no trae aparejada la revocación del beneficio otorgado y no se puede considerar a la decisión equiparable a sentencia definitiva.

No existe agravio constitucional si la resolución dictada por el tribunal, además de subsumirse en la norma penal, no violenta ninguna garantía constitucional ni causa gravamen irreparable, en tanto no importa la revocación del beneficio otorgado.

“Figueroa”, Tomo 136:321

11. Recurso extraordinario federal

El recurso extraordinario, en tanto vía impugnaticia especial, está dirigido a un objetivo concreto y restringido: reparar agravios constitucionales; por eso, la existencia de una cuestión federal o constitucional resulta la base del recurso.

Constituye carga procesal del recurrente demostrar que existe una relación directa entre la materia del pleito y la invocada cuestión constitucional, extremo que no se satisface con la simple alegación de que el fallo cuestionado lesiona determinadas garantías de la Constitución, si el recurrente no precisa

ni demuestra en concreto cómo se ha efectivamente operado tal violación en la sentencia.

La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en la decisión de cuestiones que les son privativas, como así tampoco abrir una nueva instancia ordinaria para debatir temas ajenos a la competencia específica de la Corte Suprema, cuando no se demuestra que el pronunciamiento impugnado contenga, en estos aspectos, graves defectos de fundamentación o de razonamiento que lo hagan inválido como acto jurisdiccional.

Corresponde denegar el recurso extraordinario federal si se funda en agravios que constituyen una reedición de los ya expuestos en oportunidad de articular el recurso de casación, los cuales remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, y han sido tratados y resueltos con sustento en una profunda interpretación de las normas aplicables al caso, aspectos cuyo conocimiento y decisión constituye materia reservada a los jueces de la causa, extraña, por su naturaleza, a la órbita del recurso previsto en el artículo 14 de la Ley 48.

“Valdez”, Tomo 152:991

La arbitrariedad debe caracterizarse por omisiones o desaciertos de gravedad extrema, lo que confiere a la cuestión un carácter excepcional, e impide la apertura de una tercera instancia ordinaria donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas.

No hay sentencia arbitraria si los agravios del recurrente sólo manifiestan su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa. La tacha de arbitrariedad es excepcional, y no procura sustituir a los jueces en asuntos que les son privativos, ni

revisar el acierto con que ponderaron tal prueba, aunque se alegue error en la solución del caso.

Corresponde denegar el recurso extraordinario federal, si al resolver el planteo de casación el tribunal efectuó un análisis puntual de la prueba reunida con el método de máximo rendimiento y estableció, con la debida fundamentación, que el aspecto alevoso de la conducta homicida del acusado surge de la correlación de elementos suficientes para acreditarlo con el grado de certeza necesario.

“Tula”, Tomo 132:315

INDICE

Presentación7

I - DERECHO PENAL. PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Efectividad de las garantías penales11

2. Estado de inocencia 12

 2.1. In dubio pro reo..... 14

 2.2. Exclusión de la carga probatoria 14

 2.3. Interpretación restrictiva 15

3. Nullum poena sine culpa..... 15

4. Defensa en juicio 16

 4.1. Principio de congruencia..... 17

 4.2. Precisión del hecho reprochado en la condena 18

5. Prohibición de doble juzgamiento (“ne bis in idem”)..... 18

 5.1. Presupuestos 18

 5.2. Delito continuado 21

6. Juez natural..... 22

7. Imparcialidad del juzgador 24

8. Derecho a ser juzgado en plazo razonable 31

CAPÍTULO II

VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

1. Sucesión de Leyes35

2. Ultractividad36

3. Aplicación de la ley más benigna36

 3.1. Régimen inconstitucional.....36

 3.2. Efectos prácticos37

 3.3. Cumplimiento de la pena.....37

CAPÍTULO III

TENTATIVA

1. Elementos 39

1.2. Impunidad de la tentativa.....	40
1.3. Aplicación a determinadas figuras	40
1.3.1. Homicidio	40
1.3.2. Abuso sexual con acceso carnal	42
1.3.3. Hurto y robo	43
1.4. Exclusiones.....	44
1.4.1. Regla general.....	44
1.4.2. Robo seguido de muerte	44
2. La pena de la tentativa (art. 44 del C.P.).....	45

CAPÍTULO IV
PARTICIPACIÓN CRIMINAL

1. Coautoría	55
1.1. Coautoría necesaria. Banda y asociación ilícita	56
2. Participación.....	57
2.1. Grados: complicidad primaria y secundaria	58
2.2. Límite subjetivo	58
2.3. Pena.....	59

CAPÍTULO V
CONCURSO DE DELITOS

1. Unidad de tipo o figura	61
2. Unidad de hecho. Concurso ideal	62
2.1. "Ne bis in idem"	63
2.2. Individualización judicial de la pena.....	64
2.3. Prescripción.....	64
3. Pluralidad de hechos. Concurso real.....	64
3.1. Unidad de la personalidad del autor.....	64
3.2. Relación entre los hechos de la sentencia y la acusación	65
3.3. Prisión preventiva. Cómputo	66
4. Delito Continuado (art. 63 del C.P.).....	66
5. Unificación.....	67
5.1. Fundamento	67
5.2. Reglas.....	68
5.3. Hipótesis.....	69

CAPÍTULO VI
PENA

1. Individualización de la pena.....	71
1.1. Legal.....	71
1.2. Judicial.....	73
2. Agravantes genéricos.....	75
2.1. Armas de fuego.....	75
2.2. Intervención de menores de edad.....	75
3. Prohibición de doble valoración.....	79
4. Condena condicional.....	80
4.1. Fundamentación.....	80
4.2. Reglas de conducta.....	81
4.2.1. Naturaleza.....	82
4.2.2. Incumplimiento.....	83
4.3. Efecto.....	83
5. Reincidencia.....	84
5.1. Requisitos para su declaración.....	85
5.2. Inconstitucionalidad del régimen de reclusión por tiempo inde- terminado en supuestos de reincidencia múltiple.....	86

CAPÍTULO VII
ACCIÓN PENAL

A - Ejercicio de la acción

1. Acción pública.....	91
1.1. Instancia habilitante.....	91
2. Acción pública dependiente de instancia privada.....	92
2.1. Instancia habilitante.....	92
2.1.1. Nulidad. Interés. “Strepitus fori”.....	93
2.2. Sujetos habilitados para instar la acción.....	94
2.2.1. Representantes legales.....	94
2.2.2. Guardador.....	96
2.3. Razones de seguridad e interés público (art. 72 inc. 2º, C.P.).....	97
3. Acción privada.....	98
3.1. Instancia.....	98
3.2. Muerte del imputado.....	99

B - Prescripción de la acción penal

4. Caracteres	99
5. Fundamento	100
6. Suspensión. Causales	100
6.1. Cuestiones previas y prejudiciales.....	100
6.2. Delitos cometidos en ejercicio de la función pública	101
7. Interrupción del plazo. Causales	102
7.1. Comisión de otro delito	104
7.1.1. Verificación de la causal.....	104
7.1.2. Excepción en atención al plazo razonable del proceso...	105
7.2. Actos procesales interruptivos	106
7.2.1. Interpretación en delitos de acción privada	107
7.2.2. Primer llamado a indagatoria.....	111
7.2.3. Decreto de citación a juicio	111
8. Casos particulares.....	112
8.1. Funcionario público	112
8.2. Policía.....	112
8.3. Delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar.....	113
8.4. Delito de usurpación de propiedad	114
8.5. Derecho Penal de menores.....	114

CAPÍTULO VIII

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

1. Naturaleza. Fines y fundamentos.....	115
2. Imputaciones comprendidas.....	117
2.1. Pena privativa de libertad	117
2.2. Delitos con pena de inhabilitación	117
2.3. Concurso de delitos.....	125
2.4. Cuestionamiento parcial de la resolución	126
3. Funcionario público.....	127
3.1. Carácter.....	127
3.2. En el ejercicio de la función pública.....	129
3.3. Escribanos.....	129
4. Trámite	130
4.1. Oportunidad	130
4.3. Ofrecimiento de reparación de los daños.....	131

II - DERECHO PROCESAL PENAL

CAPÍTULO IX
NULIDADES

1. Clasificación	135
2. Interés y oportunidad para plantearla	135

CAPÍTULO X
INSTRUCCIÓN FORMAL

1. Instrucción formal	139
1.1. Plazo para concluir la instrucción. Carácter	139
1.2. Cómputo del plazo ante multiplicidad de imputados	140
2. Auto de procesamiento	140
2.1. Naturaleza	140
2.2. Carácter de los plazos	141
2.3. Impugnabilidad objetiva	141
3. Sobreseimiento	142
3.1. Estado de convicción requerido. Motivación	142
3.2. Objeto	144
3.3. Efectos	144
3.4. Impugnabilidad objetiva	144
4. Imposibilidad de sobreseer y procesar por un mismo hecho	145
5. Archivo	146
6. Medios de prueba	146
6.1. Reconocimiento de personas	146
6.2. Pericia psiquiátrica	148
6.3. Actos definitivos e irreproductibles. Derecho de asistencia	148

CAPÍTULO XI
PROCEDIMIENTO SUMARIO

1. Características	149
2. Excepciones al procedimiento sumario (art. 353, C.P.P.)	151
2.1. Por procedencia de una medida de seguridad de carácter provisional	151

2.2. Por la constitución de actor civil	151
2.3. Carácter de las actuaciones del procedimiento sumario ante una excepción	152
3. Incompatibilidad por la participación de menores de edad	153
4. Extensión del procedimiento sumario	154
4.1. Perfeccionamiento de la relación procesal. Inicio de la etapa de juicio.....	155
4.2. Trámite irregular. Nulidad, interés.....	156
5. Cuestiones de conexidad	157
6. Causales de sobreseimiento admitidas	158
7. Resoluciones del Juez Correccional y de Garantías. Impugnabilidad	159
7.1. Resoluciones dictadas durante el procedimiento sumario	159
7.2. Resoluciones que versan sobre la libertad del imputado.....	160
8. Actividad requirente. Deber de motivación. Control judicial de razonabili- dad.....	160
8.1. Discrepancia con la calificación jurídica.....	160
9. Trámite de la acción civil entablada en el procedimiento sumario.....	163

CAPÍTULO XII

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD EN EL PROCESO

1. Procedencia.....	165
2. Presupuestos, fundamento y fines	167
2.1. Indicadores de riesgo procesal	170
3. Oportunidad para su dictado.....	171
3.1. Arresto	171
3.2. Detención.....	171
3.3. Prisión preventiva	172
4. Privación cautelar de la libertad ante una condena a pena de prisión efec- tiva recurrida.....	172
5. Resoluciones sobre la libertad. Impugnabilidad objetiva.....	173
5.1. Inadmisibilidad	173
5.2. Admisibilidad	174
6. Excarcelación.....	175
6.1. Oportunidad para plantearla.....	175
6.2. Parámetros para considerar su procedencia.....	176
6.3. Tiempo razonable de duración de la prisión preventiva	179

CAPÍTULO XIII
ETAPA DE JUICIO

1. Juicio abreviado	183
1.1. Fundamentos. Antecedentes. Sujetos Procesales	183
1.2. Límite a la aplicación del instituto: pedido concreto de pena	189
2. Decreto de citación a juicio.....	191
2.1. Efectos sobre la prescripción de la acción	192
3. Ampliación de la acusación.....	192
4. Hecho distinto resultante del debate (art. 406, 2º párrafo, C.P.P.).....	193
5. Actividad probatoria	194
5.1. Principio de libertad probatoria	194
5.2. Derecho de la defensa a incorporar elementos de prueba al juicio..	195
5.3. Incorporación por lectura de declaraciones testimoniales.....	196
6. Intervención del Asesor de Incapaces por la víctima. Legitimación procesal	196
7. Principios que rigen el debate. Lectura de fundamentos. Nulidad	199
8. Recursos durante el juicio. Revocatoria. Protesta.....	202

CAPÍTULO XIV
JUICIO DE MENORES

1. Principio de especialidad, competencia del Juez de Menores	205
2. Garantía de imparcialidad del tribunal	206
3. Intervención del Asesor de Incapaces. Carácter, naturaleza y funciones. Nulidad	207
4. Competencia del Juez de Menores. Medidas tutelares.....	211
5. Reducción y absolución de pena	213

CAPÍTULO XV
JUICIO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

1. Caducidad de instancia.....	215
1.1. Actos de impulso procesal. Desistimiento tácito.....	215
1.1.1. Falta de impulso injustificado	218
1.2. Impugnabilidad objetiva	218
2. Prescripción de la acción.....	219

2.1. Actos interruptivos	219
2.1.1. La fijación de audiencia de debate no interrumpe la prescripción.....	221
2.2. Aplicación retroactiva de la ley 26551 como más benigna.....	224
2.3. Declaración de oficio.....	225

CAPÍTULO XVI
SENTENCIA

1. Motivación.....	227
1.1. Distinción entre ausencia e insuficiencia de motivación.....	228
1.2. Principio de libre convicción o sana crítica racional.....	229
1.2.1. Valoración integral de la prueba.....	230
1.2.1.1. Ausencia de secuestro.....	231
1.2.2. Prueba de indicios.....	231
2. Estados intelectuales del juez.....	233
2.1. Certeza.....	233
2.2. Duda.....	234
3. Principio de congruencia (necesaria correlación entre acusación y sentencia)	236
3.1. Correlación fáctica.....	237
3.2. Modificación de la calificación jurídica	238
4. Delimitación de la plataforma fáctica. Deber de pronunciamiento completo	242
5. Imposibilidad de absolver y condenar sobre el mismo hecho.....	244
6. Imposición de pena superior a la pedida por el Fiscal	245
7. Cómputo del plazo para interponer recurso de casación.....	246
8. Carácter declarativo de la sentencia. Cómputo de la prescripción	247

CAPÍTULO XVII
RECURSOS

A - Reglas Generales

1. Interés.....	249
2. Adhesión.....	250
2.1. Tiempo.....	250

2. 2 Forma	251
3. Efecto extensivo	252
4. Reconducción	252

B - Recursos en particular

5. Revocatoria o reposición.....	253
6. Recurso de apelación.....	255
6.1. Garantía del contradictorio en el trámite del recurso.....	255
6.2 Impugnabilidad objetiva. Casos particulares	257
6.2.2. Resoluciones de Jueces Correccionales y de Garantías.....	257
7. Recurso de casación.....	258
7.1. Contenido	258
7.2. Concesión	258
7.3. Admisibilidad	259
7.4. Doble instancia	259
7.5. Examen. Alcance	260
7.5.1. Los límites de la intermediación	262
7.6. Límite de la facultad recursiva del actor civil.....	262
7.7. Ejecución.....	263
8. Inconstitucionalidad.....	264
9. Revisión.....	264
10. Queja por recurso de casación denegado	265
11. Recurso extraordinario federal	267

Este libro, con una tirada de 1000 ejemplares
se terminó de imprimir en el mes de mayo de 2013
en los talleres de Artes Gráficas Crivelli
www.agcrivelli.com.ar

