Tomo I

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES COMENTADO

Directores: Gonzalo Segundo Rua y Juan Manuel Neumann

DOCTRINA

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES EDITORIAL

Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentado

Tomo I

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires : comentado : tomo I / Gonzalo Berecochea ... [et al.] ; Dirigido por Gonzalo S. Rua ; Juan Manuel Neumann. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2024.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-358-5

1. Derecho Procesal. I. Berecochea, Gonzalo II. Rua, Gonzalo S., dir. III. Neumann, Juan Manuel, dir.
CDD 347.00982

© Editorial Jusbaires, 2024
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidente:
Luis Duacastella Arbizu

Miembros:
María Julia Correa
Karina Leguizamón
Javier Alejandro Buján
Laura Perugini
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Débora Tatiana Marhaba Mezzabotta

Revisión de contenidos: Daiana Fernández, Martha Barsuglia, María del Carmen Calvo y Analía V. Córdoba

Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Pablo Leboeuf y Mariana Palomino

Diseño: Gonzalo M. Cardozo

Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidenta

María Julia Correa

Vicepresidenta 1ª

Karina Leguizamón

Vicepresidente 2°

Luis Duacastella Arbizu

Consejeros

Rodolfo Ariza Clerici
Lorena Clienti
Javier Concepción
Manuel Izura
Jorge Rizzo
Fabiana Haydeé Schafrik

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO

Gonzalo Berecochea, Enzo Finocchiaro y María Antonela Mandolesi
Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15,16, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 343, 344, 345 y 346

María Victoria López, Silvia Mihovilcevic, Juan Manuel Neumann y Juan Manuel Silveira
Artículos 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319 y 320

Matías Martínez del Cerro y Florencia Romero
Artículos 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341 y 342

Juan Pablo Chiappe, Soledad Diez, Santiago Erdozain y Sebastián Ferrares
Artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238 y 239

Giorgina Dutto, Daniel Fariña y Sandra Fligeltaub
Artículos 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 260, 261, 262, 263 y 264

Juan Manuel Belluscio, Matías Pistone y José Sylvié
Artículos 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277 y 278

Daiana Biassotti, Carla Encina, Jimena Pérez y Julián Pistone
Artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258 y 259

Lucas Kaski Fullone, Paula Núñez Gélvez y Octavio Paganelli
Artículos 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 304, 305, 306, 307, 308 y 309

Miguel Bellocq, Mariano Camblong, Mariano Díaz Bo y Alejandro Gargano
Artículos 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302 y 303

Francisca Baquerizas, Sandra Bruballa, Sabrina Giannotti y Camila Goldfarb
Artículos 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 321, 322, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359 y 360

María Sol Maldonado, Natalia Mansutti, Daniela Romero, Milagros Sundblad y Ailén Suzaya
Jurisprudencia sumariada

Índice

TOMO I

PRESENTACIÓN
Gonzalo Segundo Rua y Juan Manuel Neumann 39

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 45

LIBRO I
DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I
EJERCICIO DE LA ACCIÓN

CAPÍTULO 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY
(Artículos 1 al 3) 49

Introducción 50

Principios procesales y garantías presentes en el CPPCABA 56

El principio acusatorio derivado de la CCABA 57

Los principios y garantías del artículo 3 del CPP 60

La igualdad entre las partes 60

Buena fe 62

Publicidad 62

Contradicción 65

Concentración 67

Inmediación 69

La oralidad como principio general y rector del planteo y la resolución de todas las cuestiones 70

CAPÍTULO 2. PROMOCIÓN Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR
EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (Artículos 4 al 10) 73

Inicio de la acción. Ejercicio 75

Tipos de acción penal 75

Injerencia de la víctima en la persecución penal 76
Modos de dirigir la investigación. Sistemas acusatorios y mixtos 77
Garantías y principios procesales 78
Deber de objetividad y roles de las partes 80
Excusación y recusación 82
Control de la competencia 83
Contienda entre fiscales 85
CAPÍTULO 3. EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR EL PARTICULAR DAMNIFICADO. QUERELLA (Artículos 11 al 16) 85
Consideraciones generales. La expropiación del conflicto penal y el restablecimiento de la víctima 88
El restablecimiento del rol protagónico de la víctima en el proceso 89
Las facultades del querellante 93
Legitimación activa 97
Personas legitimadas 97
Ofendido y damnificado 100
Sujetos alcanzados 104
Exclusión de los organismos del Estado 105
Prohibición del Estado querellante. Alcance e interpretación 105
El tercero coadyuvante 110
Organizaciones y asociaciones 112
Requisitos formales y oportunidad 115
Modalidad, plazo y exigencia de mandato 115
Facultades del letrado patrocinante. Sanción de inadmisibilidad 116
Asistencia jurídica de la víctima 118
Evaluación de la legitimación para intervenir en el proceso 118
Pluralidad de actores 119
Desistimiento y abandono de la acción 120
Ejercicio de la acción civil 125

Generalidades 125
Efectos 126

TÍTULO II
EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN

CAPÍTULO 1. COMPETENCIA (Artículos 17 al 21) 129
Introducción. Tipos de competencia 130
Competencia material 131
Competencia territorial 133
La Acordada Nº 3/2019 de la Cámara de Apelaciones 135
Conexidad. Criterios de la CSJN 138
Después de "Bazán" 140
Trámite del planteo de incompetencia 141
Contiendas de competencia. Órganos que resuelven y particularidades 142
Contiendas de competencia resueltas por la Presidencia de la Cámara de Apelaciones PPJCyF 144
Nueva denuncia con causa anterior archivada 144
Qué debe entenderse por "denuncia" a los efectos de la competencia 145
Causa originada por extracción de testimonios 146
Domicilio del denunciante 147
Algunas consideraciones de la Presidencia de la Cámara del Fuero respecto del fallo "Israel" y casos análogos referidos a delitos contra el patrimonio cometidos por medios electrónicos 148
Vencimiento o no del plazo de 24 horas 152
Casos denunciados ante organismos judiciales que no pertenecen a la justicia de la CABA 154
Justicia nacional y justicia local: misma jurisdicción ordinaria 155
Importancia del "historial de radicación" del sistema EJE 156

CAPÍTULO 2. RECUSACIÓN Y EXCUSACIÓN DE LOS/AS JUECES/ZAS (Artículos 22 al 28) 157

Introducción y generalidades 160

Causales 163

Interés del/la juez/a o sus familiares en el pleito o sociedad o comunidad del juez con alguno de los interesados (art. 22, inc. 2) 163

Tener el/la juez/a pleito pendiente con alguno de los interesados (art. 22, inc. 3) 164

Ser o haber sido el/la juez/a actor/a, querellante o denunciante contra alguno de los interesados o haber sido denunciado/a o querellado/a por ellos con anterioridad al inicio del pleito (art. 22, inc. 5) 164

Haber sido el/la juez/a defensor/a de alguno de los interesados, haber emitido opinión o dictamen o haber dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de que este comience (art. 22, inc. 6) 165

Haber recibido o recibir el/la juez/a, su cónyuge, padres, hijos u otras personas a su cargo beneficios de importancia de parte de alguno de los interesados (art. 22, inc. 7) 168

Tener el/la juez/a amistad con alguno de los interesados (art. 22, inc. 8) 169

Tener el/la juez/a enemistad, odio o resentimiento hacia alguno de los interesados, que se manifieste por hechos conocidos (art. 22, inc. 9) 169

Haber intervenido como juez o jueza en la investigación preparatoria, pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia; haber intervenido como miembro del Ministerio Público o defensor/a; haber actuado como perito, o conocido el hecho como testigo o si en otras actuaciones judiciales o administrativas hubiere actuado profesionalmente con intereses contrapuestos con algunas de las partes involucradas (art. 22, inc. 12) 170

Violencia moral 170

Trámite de la excusación 171

Recusación. Oportunidad y trámite 171

Actos procesales cumplidos por el/la juez/a apartado/a. Intervención del/la nuevo/a juez/a 172
Compensación 173

TÍTULO III
SUJETOS PASIVOS DEL PROCESO

CAPÍTULO 1. DERECHOS DEL/LA IMPUTADO/A (Artículos 29 al 33) 175
Introducción 177
Dos facetas de la defensa 177
Análisis de los derechos del/la imputado/a 179
Derecho a conocer los motivos de su detención 179
Derecho a guardar silencio 181
Derecho a comunicarse con quien desee 183
Derecho a proponer defensor y a entrevistarse con él 184
Derecho a ser informado de la imputación que se le dirige 187
Derecho a no ser sometido a prácticas que alteren o induzcan su voluntad 189
Derecho a la libertad de movimientos 190
Derecho a acceder a información sobre el proceso 191
Defensa técnica 192
El examen del caso por el defensor. La aceptación del cargo 195
Abandono de la defensa 195
CAPÍTULO 2. CAPACIDAD DEL/LA IMPUTADO/A (Artículos 34 al 36) 198
Introducción 199
Personas intoxicadas 199
Incapacidad. Declaración. Efectos 200
Exámenes médicos 201
CAPÍTULO 3. DEMANDADO CIVIL - TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE (Artículo 37) 202
Demanda civil. Trámite 202

TÍTULO IV
DERECHOS DE LA VÍCTIMA Y TESTIGOS

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 38 al 44)..... 203

Introducción..... 206

Derechos comunes a víctimas y testigos..... 207

Derecho a un trato digno y respetuoso..... 207

Restitución de gastos..... 208

Derecho a requerir protección..... 208

Derecho a recibir información acerca de los actos en los que participa..... 210

Derecho de ciertas personas de cumplir actos en su lugar de residencia..... 211

Derecho a ser informado de sus derechos al momento de su primera intervención en el proceso..... 213

Patrocinio jurídico..... 213

Derechos exclusivos de las víctimas..... 215

Derecho a ser informado sobre las facultades que puede ejercer en el proceso..... 216

Derecho a la información sobre el estado del proceso..... 216

Derecho a aportar información..... 217

Acompañamiento de personas menores o con discapacidad..... 217

Derecho a informarse sobre el resultado del proceso..... 218

Derecho a pedir la revisión del archivo del caso, aun sin ser parte..... 218

Derecho a denunciar..... 220

Derecho al respeto de la intimidad..... 220

Derecho a la asistencia profesional..... 220

Derecho a ser oído antes de que se tomen decisiones trascendentales en el proceso..... 221

Derecho a ser anoticiado de cualquier posible restricción a su derecho a ser oído..... 223

Derecho a recuperar bienes sustraídos 223
Víctimas vulnerables 223
Medidas para evitar molestias excesivas hacia las víctimas 225
Facultades de la víctima en la etapa de ejecución de la pena 226
Obligaciones del MPF 227

TÍTULO V
ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES (Artículos 45 al 47) 229
Introducción 229
Las formas en el CPPCABA 231
La exigencia de idioma nacional 232
Realización de actos procesales en días hábiles 236
Concentración de los actos procesales 236
CAPÍTULO 2. DECISIONES JURISDICCIONALES (Artículos 48 al 52) 238
Clasificación de las decisiones jurisdiccionales 239
Notificación de los actos jurisdiccionales 242
Corrección de errores materiales 243
Pronto despacho 243
CAPÍTULO 3. EXHORTOS, MANDAMIENTOS Y VISTAS (Artículos 53 al 55) 244
Generalidades 245
Comunicaciones entre organismos de distinta competencia territorial 245
Cooperación requerida por autoridades extranjeras 247
CAPÍTULO 4. ACTAS Y OTRAS FORMAS DE DOCUMENTACIÓN (Artículos 56 al 59) 248
Registro de los actos procesales. Resguardo de las formas 249
Formalidades de las actas. Cadena de custodia 251
Actos defectuosos. Efectos 252

CAPÍTULO 5. NOTIFICACIONES, CITACIONES, EMPLAZAMIENTOS Y PRÉSTAMOS (Artículos 60 al 73) 255
Notificaciones, citaciones y emplazamientos 259
Personas habilitadas para realizar notificaciones 260
Notificación a domicilio legal y electrónico. Variantes 261
Lugar de la notificación 262
Notificación personal 263
Entrega de copia de la notificación 263
Notificación en domicilio. Entrega de la cédula al/la interesado/a 264
Entrega de la cédula a personas distintas 264
Constancia de las notificaciones por medios electrónicos 265
Notificación por edictos 266
Nulidad de la notificación 268
Apercibimiento de la citación 269
Vistas 270
Falta de devolución de las actuaciones 272
CAPÍTULO 6. PLAZOS (Artículos 74 al 76) 272
Plazos 273
Cómputo 274
Carácter de los términos 276
CAPÍTULO 7. NULIDADES PROCESALES (Artículos 77 al 82) 279
Aproximación al concepto de nulidad 280
Carácter restrictivo y lesión constitucional 284
Distintos supuestos de procedibilidad de la anulación de actos defectuosos 286
Oportunidad y forma de resolver la cuestión 292
Legitimación. Control del procedimiento 292
Efectos de la declaración de nulidad 293
Potestad de apartar a los magistrados de instancias inferiores 294

CAPÍTULO 8. AUDIENCIAS (Artículo 83)..... 295
Comentario..... 295

LIBRO II
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

TÍTULO I
INICIO DE LAS ACTUACIONES

CAPÍTULO 1. INICIO (Artículos 84 al 85)..... 299
CAPÍTULO 2. DENUNCIA (Artículos 86 al 92)..... 300
La denuncia penal..... 302
Concepto. La instancia de la acción penal..... 302
Limitaciones a la recepción de denuncias por parte de la autoridad de prevención..... 306
El simple denunciante..... 309
Cómo se formula la denuncia y qué debe contener. La llamada "denuncia anónima"..... 310
La "denuncia anónima"..... 310
Contenido de la denuncia y canales dispuestos para su formulación..... 317
Personas que se encontrarían impedidas de denunciar y quiénes deben hacerlo..... 318
CAPÍTULO 3. ACTUACIONES DE PREVENCIÓN. ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD (Artículos 93 al 97)..... 321
Relación funcional entre el MPF y las fuerzas de seguridad..... 323
Deberes específicos de las fuerzas de seguridad..... 328
Prohibición de las fuerzas de seguridad de recibir declaración a la persona imputada..... 331
Prohibición de las fuerzas de seguridad de abrir correspondencia o inspeccionar datos privados..... 338

TÍTULO II
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

CAPÍTULO 1. FINALIDAD Y OBJETO (Artículo 98) 345

La solución del conflicto como concepto fundamental del nuevo sistema y la teoría del proceso composicional 345

El principio de *ultima ratio* y los límites a la actuación del Ministerio Público Fiscal 349

El carácter preparatorio de los actos de investigación 356

CAPÍTULO 2. DETERMINACIÓN DEL OBJETO Y ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (Artículos 99 al 102) 359

Aspectos generales 360

La actividad de investigación del Ministerio Público Fiscal 368

Principios que gobiernan la actividad de los acusadores 371

El principio de desformalización 371

Delegación de funciones 376

CAPÍTULO 3. INTERVENCIÓN DE LAS OTRAS PARTES (Artículos 103 al 104) 381

Fundamentos constitucionales de los poderes probatorios del defensor 382

Los modelos de proposición de diligencias al fiscal y de investigación autónoma del defensor 387

El carácter reservado de la investigación de la defensa 392

CAPÍTULO 4. ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCIBLES (Artículos 105 al 107) 397

Aspectos generales 398

Procedimiento y violación de recaudos 401

CAPÍTULO 5. PUBLICIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA (Artículos 108 al 112) 407

Contenido del legajo de investigación y el principio de desformalización 410

Publicidad y secreto de la investigación fiscal 414

Plazo de la IPP 419
Introducción 419
La forma de contabilizar los plazos 421
Consecuencias del incumplimiento de los plazos 423
Primer supuesto (art. 111, inc. 1) 428
Segundo supuesto (art. 111, inc. 2) 435
El plazo máximo de duración de la investigación preparatoria (dos años) 440
El criterio regresivo del fallo "Price" de la Corte Suprema 441

TÍTULO III
PRUEBA

CAPÍTULO 1. REGLAS GENERALES (Artículos 113 al 114) 455
Reglas generales en materia de prueba. Amplitud y libertad probatoria 455
Criterios de admisibilidad 458
Los hechos notorios 461
Acuerdos probatorios 462
Prohibiciones probatorias 463
CAPÍTULO 2. REGISTRO DOMICILIARIO Y REQUISA PERSONAL (Artículos 115 al 121) 464
Allanamiento 468
Los casos de allanamiento sin orden 476
Aplicación de la doctrina *Plain view* 488
Requisa personal 490
Secuestro 505
CAPÍTULO 3. INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES (Artículos 122 a 125) 509
Intervención de comunicaciones 511
CAPÍTULO 4. PRUEBA TESTIMONIAL (Artículos 126 al 135) 522
Generalidades. Desformalización. Situaciones especiales 526

Facultad y deber de abstención ... 529
CAPÍTULO 5. PRUEBA PERICIAL (Artículos 136 al 144) ... 533
Introducción ... 535
Especialidad del perito ... 536
El perito en el sistema inquisitivo y en el acusatorio ... 536
Diferencia entre opinión pericial y decisión judicial ... 539
Participación de la defensa en el examen pericial ... 541
Prueba pericial respetuosa de la garantía contra la no autoincriminación ... 542
Honorarios ... 545
CAPÍTULO 6. RECONOCIMIENTOS (Artículos 145 al 150) ... 547
El reconocimiento como modalidad de información que ingresa a través del testigo ... 549
El reconocimiento como acto definitivo e irreproducible ... 552
Requisitos para la validez del procedimiento ... 553
Reconocimiento por fotografías ... 555
Reconocimiento impropio ... 557
Reconocimiento inducido ... 558
Necesidad de la creación de un protocolo de buenas prácticas para el reconocimiento de personas ... 558
Reconocimiento de cosas ... 560
CAPÍTULO 7. CAREO (Artículos 151 al 152) ... 561
Concepto. Incompatibilidades ... 561
Personas intervinientes ... 564
Derechos del/la imputado/a ... 565
CAPÍTULO 8. MEDIDAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN (Artículos 153 al 156) ... 567
Introducción. Ámbito de aplicación ... 570
Implicancias constitucionales ... 574

Implementación: cuestiones generales ... 580
Tipos de medidas ... 583
Agente encubierto ... 583
Agente revelador ... 590
Informante ... 592
Entrega vigilada ... 595
Integridad de los agentes vs. Contradictorio ... 596
CAPÍTULO 9. OTROS MEDIOS DE PRUEBA (Artículo 157) ... 605
Introducción ... 606
Concepto. Pertinencia ... 607
Procedimiento y garantías constitucionales ... 608
Análisis jurisprudencial ... 610

TÍTULO IV
SITUACIÓN DEL/LA IMPUTADO/A

CAPÍTULO 1. PRESENTACIÓN Y COMPARECENCIA (Artículos 158 al 172) ... 615
Introducción y aspectos generales ... 619
Presentación espontánea ... 619
Citación y comparendo forzoso ... 621
Demora de personas ... 622
Procedimiento en flagrancia ... 623
La ¿definición? de flagrancia ... 624
El procedimiento de detención ... 628
Niños, niñas y adolescentes ... 631
Rebeldía ... 632
CAPÍTULO 2. VINCULACIÓN DEL/LA IMPUTADO/A AL PROCESO. INTERROGATORIO DEL/LA IMPUTADO/A (Artículos 173 al 180) ... 635
Introducción y aspectos generales ... 637
La intimación de los hechos ... 639

Trámite del acto..... 639

Algunos breves aspectos a considerar..... 641

TÍTULO V
MEDIDAS PRECAUTORIAS Y CAUTELARES.
AUDIENCIA ANTE EL/LA JUEZ/A

CAPÍTULO 1. DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA
(Artículos 181 al 185)..... 645

Medidas cautelares..... 648

Peligro de fuga..... 654

Arraigo..... 655

Magnitud de la pena..... 656

Comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso..... 660

Presunciones posteriores a la producción de la prueba o al juicio oral y público..... 662

Riesgo de entorpecimiento del proceso..... 663

Detención por peligro de fuga..... 666

Trámite de la prisión preventiva y audiencias de los artículos 185 y 190..... 671

Plazo de duración de la prisión preventiva..... 677

Prisión preventiva por peligro de fuga..... 678

Prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento del proceso por recolección de prueba..... 678

Prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento del proceso por amedrentamiento de testigos y/o víctima..... 679

CAPÍTULO 2. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES (Artículos 186 al 190)..... 680

Medidas restrictivas en general..... 682

Medidas restrictivas en particular..... 685

Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución. Obligación de comparecer (incs. 1 y 2)..... 685

Prohibición de salir de un territorio; de concurrir a ciertos lugares o de comunicarse con ciertas personas y abandono del domicilio (incs. 3, 4 y 5)..... 686

Suspensión para detentar cargos e inhabilitación para conducir (incs. 6 y 8)..... 689

Arresto domiciliario (inc. 7)..... 695

Medidas restrictivas impuestas en contexto de violencia de género..... 698

Embargo..... 702

TÍTULO VI
CAUCIONES

CAPÍTULO 1. (Artículos 191 al 198)..... 707

Introducción..... 709

Tipos de caución..... 711

Otorgamiento y cese..... 712

Parámetros para su imposición. Jurisprudencia..... 712

CAPÍTULO 2. CESE DE MEDIDAS CAUTELARES (Artículos 199 al 203)..... 714

Oralidad, principio rector..... 716

Excarcelación. Supuestos. Libertad durante el proceso como principio rector..... 717

Cese de motivos..... 718

Cumplimiento del máximo de la pena..... 718

Cumplimiento de pena solicitada por el Fiscal..... 718

Cumplimiento de tiempo que permitiría libertad condicional..... 719

Cumplimiento de la pena impuesta en sentencia no firme..... 719

Cumplimiento de dos años en prisión preventiva..... 720

Requisitos y obligaciones..... 721

Intimación al imputado..... 722

Ejecución de la fianza..... 722

CAPÍTULO 3. EXENCIÓN DE PRISIÓN (Artículos 204 al 207)..... 722

Generalidades..... 723

Concepto y regulación ... 724
Audiencia ante el juzgado ... 727

TÍTULO VII
EXCEPCIONES

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 208 al 211) ... 731
Cuestiones preliminares ... 732
Excepciones dilatorias y perentorias ... 734
Interposición. Oportunidad ... 735
De las excepciones en particular ... 736
a) Falta de jurisdicción o competencia ... 736
b) Falta de acción ... 740
c) Manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho o falta de participación criminal del imputado respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio ... 741
d) Cosa juzgada ... 750
e) Amnistía ... 751
f) Litispendencia ... 752
g) Prescripción ... 753
Apelación ... 754

TÍTULO VIII
ARCHIVO

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 212 al 216) ... 754
Introducción ... 757
Mecanismos de control sobre el ejercicio de la acción penal ... 761
Sobre los supuestos de archivo en particular ... 764
A) Acción penal extinguida ... 764
B) Persecución injustificada ... 765
C) La inclusión de la figura del arrepentido ... 767
El nuevo rol de la víctima ... 772

Archivo por proceso injustificado ... 775
Archivo por autor desconocido ... 777
Archivo por falta de pruebas ... 778
Efectos del archivo ... 779

TÍTULO IX
CLAUSURA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

CAPÍTULO 1 (Artículos 217 al 221) ... 783
El sentido de las herramientas de justicia restaurativa ... 786
Supuestos excluidos en el CPPCABA ... 788
Imposibilidad de aplicación en delitos de más de 6 años de pena máxima considerada en abstracto ... 789
Imputado que registra antecedente penal condenatorio ... 790
Incumplimiento de un acuerdo anterior ... 790
Mínimo de 2 años transcurridos desde otro acuerdo de resolución alternativa ... 791
Supuestos en el marco de hechos de violencia de género ... 792
Rol del Ministerio Público Fiscal ... 795
Rol del juez ... 799
Efectos del acuerdo de mediación o composición ... 802
El supuesto del artículo 59, inc. 6 del Código Penal ... 804
La suspensión del juicio a prueba ... 807
Limitación temporal para pedirla ... 807
Imparcialidad del tribunal. Audiencia. Participación de la víctima ... 808
Reglas de conducta ... 809
Consentimiento fiscal ... 810
Casos de violencia de género ... 812
Apelabilidad y efectos sobre el plazo de investigación ... 815
Cumplimiento de las reglas de conducta. Efectos ... 816
Incumplimiento. Revocación ... 816

Efectos sobre la prescripción de la acción ... 817
Otras cuestiones ... 818
El ofrecimiento de reparación del daño ... 818
El abandono en favor del Estado de los bienes que serían decomisados ... 819
Delitos con pena de inhabilitación ... 820
Clausura de la investigación. Requerimiento de elevación a juicio ... 821
Requisitos del requerimiento de elevación a juicio ... 822
La descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho y de la específica intervención del/la imputado/a, de acuerdo al decreto de determinación de los hechos, y conforme lo informado a la persona investigada ... 822
Los fundamentos que justifiquen la remisión a juicio ... 824
La calificación legal del hecho ... 826
Ofrecimiento de las pruebas para el debate ... 826
Interrupción de la prescripción de la acción penal ... 827
Acusación alternativa ... 827
Requerimiento de la querella ... 830
Generalidades ... 830
Adhesión al requerimiento de elevación a juicio de la fiscalía y autonomía funcional. Remisión ... 831
Clausura provisional de la investigación preparatoria ... 832
CAPÍTULO 2. ETAPA INTERMEDIA (Artículos 222 al 225) ... 833
La importancia de la audiencia de etapa intermedia ... 834
La teoría del caso y su relación con el ofrecimiento de prueba y el control de la acusación ... 837
Criterios de admisibilidad de la prueba ... 842
Precisiones respecto de algunos aspectos puntuales a tener en cuenta para la admisión de prueba ... 845
Prueba testimonial ... 845

Prueba de expertos ... 847
Formación del legajo de juicio e imparcialidad ... 850

Datos de los autores y autoras ... 855

TOMO II

PRESENTACIÓN
Gonzalo Segundo Rua y Juan Manuel Neumann ... 39

ÍNDICE DE ABREVIATURAS ... 45

LIBRO III
JUICIOS

TÍTULO I
JUICIO COMÚN

CAPÍTULO 1. ACTOS PREPARATORIOS (Artículos 226 al 228) ... 49
Introducción ... 50
Los actos preparatorios ... 51
La ausencia de una oficina judicial y los juicios celebrados por tribunales colegiados ... 51
El plazo para fijar audiencia ... 54
El plazo de notificación de la audiencia ... 57
La prueba testimonial ... 57
La aprehensión del imputado para garantizar la celebración del juicio ... 61
La citación a juicio del imputado como causal interruptiva de la prescripción ... 63
La acumulación de causas/juicios ... 65
CAPÍTULO 2. DEBATE. REGLAS GENERALES (Artículos 229 al 239) ... 67
Los principios generales del debate ... 71
Oralidad ... 71
Publicidad ... 73

Continuidad ... 76
El ejercicio del poder disciplinario ... 81
La dirección del debate ... 83
La modificación de la sede de la audiencia ... 85
CAPÍTULO 3. AUDIENCIA DE DEBATE (Artículos 240 al 257) ... 87
El debate oral y público ... 93
Teoría del caso. Concepto. Su importancia en el debate oral y público (y en todo el proceso penal) ... 94
El alegato de apertura en el juicio oral. Concepto ... 101
Incidencias que pueden ocurrir en el debate ... 107
Cuestiones previas ... 107
Pluralidad de imputados ... 112
Ampliación o modificación de la imputación ... 113
Omisión de pruebas ... 122
Acción civil y tercero o civilmente demandado ... 125
Pruebas nuevas ... 126
Trámite de la incidencia ... 135
Recursos ... 136
La recepción de la prueba ... 136
La declaración del imputado ... 137
Oportunidad de la declaración ... 139
Forma de la declaración ... 139
Rol del juez de juicio o Tribunal durante la declaración del imputado ... 142
Prueba testimonial y material ... 142
Prueba testimonial ... 142
Orden de presentación de los testigos ... 144
Comunicación entre testigos ... 145
Preparación del testigo y del testimonio ... 145

Entrevista previa con testigos de la contraparte 147
Examen directo 148
Acreditación del testigo 149
Contraexamen 150
Reexamen directo y re contraexamen 151
Tipos de preguntas 152
Objeciones 155
Declaraciones previas 157
Prueba material 164
Inspección de lugares 168
Reconocimientos y careos 170
Debates bajo la modalidad remota o semipresencial 170
Prueba Pericial 175
Concepto de perito y de prueba pericial 175
Crítica a la regulación en el CPPCABA 178
Cuestiones relevantes de la prueba pericial 179
El alegato de clausura y otras cuestiones. Juicio de cesura 190
Obligación del MPF de solicitar la prisión preventiva si requiere la aplicación de una pena efectiva 193
Pedido de absolución del MPF 195
Alegatos de clausura y juicio de cesura 197
Juicio por jurados. Lo que se viene 199
CAPÍTULO 4. REGISTRO (Artículos 258 al 259) 203
La oralidad como forma general del proceso 203
Oralidad y nuevas tecnologías: avances y resistencias 205
CAPÍTULO 5. SENTENCIA (Artículos 260 al 264) 213
Prohibición de reapertura del debate 214
Contenido de la sentencia 217
Cambios de calificación y sistema acusatorio 219

Efectos de la sentencia absolutoria ... 222
Dictado de la sentencia ... 223
Generalidades ... 223
Sentencias orales. Lenguaje claro ... 224
Recursos contra la sentencia y cambios que produce la Ley Nº 6451 ... 227

TÍTULO II
JUICIOS POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 265 al 278) ... 229
Delitos de acción privada ... 232
Proceso excepcional ... 234
Rol de la querella ... 234
La formulación de la querella ... 235
Contenido ... 235
Efectos para la prescripción de la acción ... 237
Desistimiento de la querella ... 239
Desistimiento expreso ... 239
Desistimiento tácito ... 239
Efectos ... 241
Audiencia de conciliación ... 242
Finalidad ... 242
Efectos ... 242
Audiencia de prueba ... 243
Medidas cautelares ... 245
Prisión preventiva ... 245
Embargo ... 245
Debate ... 246

TÍTULO III
AVENIMIENTO

CAPÍTULO ÚNICO (Artículo 279)..... 247

Introducción..... 247

Constitucionalidad del procedimiento..... 248

Término para presentar el avenimiento..... 250

Extensión de los acuerdos: completos e incompletos..... 251

Participación de la víctima..... 257

Requisitos y límites del acuerdo..... 260

La audiencia previa..... 265

El control judicial del acuerdo y la resolución del juez..... 270

Los alcances del control judicial y el *iura novit curia*..... 278

Recursos..... 285

Participación de la víctima en el proceso de avenimiento..... 286

Consecuencias o efectos jurídicos de la sentencia no incluidos en el avenimiento. La declaración de reincidencia y el decomiso..... 287

LIBRO IV
RECURSOS

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 280 al 289)..... 291

Introducción..... 293

El recurso como derecho del acusado..... 296

La oralidad en el trámite de los recursos..... 300

El efecto suspensivo (art. 283 CPPCABA)..... 303

El efecto suspensivo y la ejecución inmediata de la condena..... 306

Los efectos de la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad local..... 314

Requisitos de admisibilidad y procedencia: ¿Existe un nuevo "*writ of certiorari*" porteño? (Art. 288 CPPCABA)..... 318

El instituto de la adhesión (art. 284 CPPCABA)..... 322
Generalidades..... 322
Titulares del derecho a adherir y la prohibición de la *reformatio in pejus*..... 323
Aspectos procedimentales de la adhesión..... 326
Principio dispositivo y prohibición de la *reformatio in pejus* (art. 289 CPPCABA)..... 326

TÍTULO II
RECURSO DE REPOSICIÓN

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 290 al 291)..... 329
Concepto y naturaleza jurídica..... 330
Requisitos de admisibilidad..... 331
Requisitos de procedencia..... 334
Procedimiento..... 336
Efectos..... 337

TÍTULO III
RECURSO DE APELACIÓN

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 292 al 303)..... 339
Concepto..... 342
Impugnabilidad subjetiva..... 343
Impugnabilidad objetiva..... 343
Requisitos de lugar, tiempo y forma..... 348
Principio dispositivo y competencia revisora de la Cámara ante una apelación..... 349
Efecto del recurso..... 355
Trámite..... 356
Primera Instancia..... 356
Segunda Instancia..... 357
Intervención de la CAPPJCyF en el marco de apelaciones deducidas contra la sentencia definitiva..... 365

Distintos supuestos previstos por el CPPCABA 366
Revisión de condena dictada en primera instancia 366
Revisión de absolución decretada en primera instancia 369
Doble instancia 375
Recurso acusatorio contra la absolución y *ne bis in idem* 380

TÍTULO IV
RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 304 al 309) 381
Concepto y fundamentos 382
Requisitos de admisibilidad 384
Subjetivos 384
De tiempo y lugar 384
De forma y contenido 385
Suspensión del trámite 391
Procedimiento 392
Efectos 394
Conclusión 396

TITULO V
ACCIÓN DE REVISIÓN

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 310 al 320) 399
Acción o recurso. ¿Importa? 401
Seguridad jurídica vs. valor justicia 403
Prerrequisitos y generalidades 405
La cuestión del agotamiento de la pena 406
Personas legitimadas para iniciar la acción 407
Causales 408
Los hechos fijados en una sentencia condenatoria son inconciliables con los establecidos en otra sentencia penal firme 409

Falsedad de la prueba documental o testimonial en la que se basó la condena ... 409
Condena producto de prevaricato, cohecho u otro delito ... 411
Nuevos hechos o elementos de prueba ... 412
Aplicación retroactiva de una ley penal más benigna ... 414
¿Puede asimilarse a esta causal un cambio de jurisprudencia? ... 416
El cambio de jurisprudencia en cuestiones procesales ... 418
Formas. Garantía de imparcialidad ... 419
Trámite. Participación de las otras partes. Indagaciones del tribunal revisor y sistema acusatorio. Suspensión de la ejecución de la pena ... 421
Reenvío ... 422
Efectos ... 423

LIBRO V
EJECUCIÓN

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO (Artículos 321 al 322) ... 425
Judicialización de la etapa de ejecución e imparcialidad ... 425
El camino hacia el fuero de especialidad ... 429

TÍTULO II
EJECUCIÓN PENAL

CAPÍTULO 1. PENAS (Artículos 323 al 334) ... 431
Ejecución penal. Introducción ... 434
Cómputo y obligaciones de los/as jueces/zas en materia de ejecución penal ... 435
Suspensión del juicio a prueba. Control del cumplimiento ... 440
Medidas para efectivizar la pena impuesta ... 441
Suspensión de la ejecución de la pena ... 442
Salidas transitorias ... 444

Enfermedad, cumplimiento de pena de personas mayores. Visitas íntimas ... 445
Personas enfermas ... 446
Personas mayores ... 447
Visitas íntimas ... 448
Inhabilitación accesoria ... 448
Inhabilitación absoluta y especial ... 450
Multa ... 451
Control de la detención domiciliaria ... 451
Revocación de la condena condicional ... 452
Ley más benigna ... 453
CAPÍTULO 2. LIBERTAD CONDICIONAL Artículos (335 al 340) ... 453
Concepto ... 455
Solicitud ... 455
Pedidos de informes ... 456
Trámite y efectos ... 458
Intervención del Patronato de Liberados ... 458
Revocación de la libertad condicional ... 459
CAPÍTULO 3. MEDIDAS DE SEGURIDAD Artículos (341 al 342) ... 460
Introducción ... 460
Vigilancia. Juez competente ... 461
Cese de la medida de seguridad ... 462

TÍTULO III
EJECUCIÓN CIVIL

CAPÍTULO 1. CONDENA PECUNIARIA (Artículos 343 al 344) ... 465
Comentario ... 465
CAPÍTULO 2. NORMAS APLICABLES (Artículos 345 al 346) ... 467
Comentario ... 468

CAPITULO 3. DESTINO DE OBJETOS SECUESTRADOS (Artículos 347 al 350) 469
Destino de los objetos secuestrados 471
Destino provisorio de los objetos secuestrados 472
Deterioro de los objetos secuestrados hasta el dictado de la sentencia. Presupuestos del decomiso anticipado del art. 23 del Código Penal 474
Restitución de inmuebles 476
El ordenamiento jurídico aplicable al instituto de la restitución 476
Requisitos para que proceda la restitución 478
Naturaleza jurídica de la restitución 479
¿Medida cautelar o medida autosatisfactiva? 480
Constitucionalidad de la medida 481
Afectación al principio de inocencia 482
Sustanciación de la medida o celebración de audiencia previa 484
Recurso de apelación respecto a la medida de restitución 487
Posible afectación al derecho a la vivienda 488
Posibilidad de que la restitución la disponga el/la Fiscal 488
Casos en que el propietario del inmueble no sea habido 489
CAPITULO 4. SENTENCIAS DECLARATIVAS DE FALSEDADES INSTRUMENTALES (Artículos 351 al 353) 490
Generalidades 491
Efectos de la sentencia que declara la falsedad de un documento 492
Documentos protocolizados 492

TÍTULO IV
COSTAS

CAPITULO ÚNICO (Artículos 354 al 360) 493
El beneficio de litigar sin gastos 494
Supuestos para el análisis de las costas en el proceso penal 495
Sobre la exención del pago de las costas a los Ministerios Públicos 496

La tasa de justicia y su desactualización. El perjuicio que le provoca a la investigación eficaz de un caso penal 499

Regulación de honorarios 500

Jurisprudencia sumariada 503

Datos de los autores y autoras 675

Presentación

El Código Procesal Penal de la CABA se enrola dentro de los códigos acusatorios de segunda generación que establecen la oralidad como escenario de debate y para la toma de decisiones en el proceso penal, sin importar la etapa en la que nos encontremos, y la búsqueda de la solución alternativa al conflicto a través de respuestas diversificadas diferentes a la aplicación de una sanción penal. Se trata de uno de los primeros códigos adversariales de la región, que tiene como antecedentes al Código Procesal Penal de la provincia de Chubut a nivel nacional, y al de Chile a nivel regional. Lejos de los códigos procesales mixtos de raíz europea, que encubiertamente buscaban mantener los viejos paradigmas de la Inquisición, el Código porteño abandona esa matriz y se inscribe entre los ordenamientos procesales adversariales, más acordes a los postulados constitucionales que abrazaban una justicia republicana y democrática.

A pesar de los cambios drásticos desde su propuesta normativa, posiblemente su aprobación haya pasado casi desapercibida puesto que, por ese entonces, eran pocos los delitos cuya investigación había sido traspasada al ámbito de la CABA.[1] Con el correr de los años y la creciente incorporación de nuevos delitos para su juzgamiento,[2] se comenzó a tomar real dimensión de su importancia.

1. El primer Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue suscripto el 7 de diciembre de 2000, aprobado por la Ley local Nº 597 y la Ley nacional Nº 25752, y entró en vigencia a fines de 2003. Por él se transfirió a la CABA la competencia sobre la entonces contravención de tenencia de armas de uso civil (art. 42 bis de la Ley Nº 20429, derogado en 2004 por la Ley Nº 25886, que convirtió a dicha conducta en delito), los delitos de portación de armas de uso civil sin la debida autorización y su suministro a quien no fuera legítimo usuario (arts. 189 bis, 3er párrafo y 189 ter del Código Penal) y las conductas contempladas en los artículos 3, 4 y 38 de la Ley Nº 24192.

2. En 2004 se suscribió un segundo convenio (aprobado por Ley local Nº 2257 y Ley nacional Nº 26357) que empezó a regir a mediados de 2008. Mediante este, la justicia de la CABA adquirió competencia sobre los delitos de abandono de personas, amenazas simples, violación de domicilio, usurpación y daños, entre muchos otros. Con posterioridad, entre 2018 y 2019, se asumió intervención en muchos más delitos que habían sido transferidos por Ley nacional Nº 26702, la cual se aceptó por Ley local Nº 5935. En este amplísimo universo están –entre otros– las lesiones dolosas y culposas, tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil condicional, delitos contra la

Al ser uno de los cuerpos legales pioneros dentro de los códigos adversariales de segunda generación, su construcción normativa resulta, a veces, compleja de comprender. No solo por lo moderna que resultaba su regulación a la fecha de su aprobación, sino también por tomar como fuente diversos ordenamientos que responden a diseños normativos muy diferentes. Así, mientras acuña un claro modelo adversarial en cuanto a la regulación sobre el ejercicio de la acción penal y la construcción de decisiones en audiencias orales, públicas y contradictorias, se apoya en modelos mixtos en otras áreas tales como el régimen de las nulidades y determinadas exigencias formales de los actos procesales que no tienen en mira garantizar ningún derecho de las partes. La práctica forense, durante estos más de quince años de vigencia, ha ido definiendo sus contornos normativos, abandonando toda idea de exigencia de formalidades cuando no se ponen en juego los derechos y las garantías de las partes.

De alguna manera, las prácticas forenses son las que determinan el verdadero alcance de cada una de las normas que componen un código procesal, y conocerlas se hace vital a la hora de litigar. Sin ir más lejos, y como claro ejemplo de cómo aquellas erosionan y les dan nuevas formas y dimensiones a las normas, en el juicio oral se permiten las preguntas sugestivas en los contraexámenes de testigos y peritos por más que ello no esté regulado de ese modo. Fueron los propios operadores del sistema los que comprendieron que sin preguntas sugestivas en los contrainterrogatorios no hay control posible de la información que ingresa al juicio. De allí que, basándose en el valor de la contradicción y la defensa en juicio, le dieron otro horizonte de proyección a las normas que componen la producción probatoria en el debate.

Pero más allá de las inconsistencias que como todo cuerpo normativo pueda exhibir, el Código Procesal Penal de la CABA presenta ejes bien definidos, como ser el ejercicio de la acción penal en manos del Ministerio Público Fiscal y/o de la querella, la sala de audiencias como el escenario natural de resolución de conflictos y de toma de decisiones orales, la reubicación del juez en el proceso –extirpando de sus funciones cualquier actividad que implique un compromiso con la gestión de los inte-

administración pública, contra la fe pública, defraudación contra la administración pública local y las conductas previstas en los artículos 5, incisos "c", "e" y párrafos penúltimo y último, 14 y 29 de la Ley Nº 23737.

reses de las partes, a los efectos de mantener su valiosa imparcialidad– y la preocupación por buscar salidas alternativas a la pena como forma de resolver el conflicto. En ese sentido, nuestro ordenamiento procesal es pionero en esa resignificación del rol del juez, brindándole el mismo concepto dado por Binder, en cuanto a que la definición de las funciones del juez radica en comprender que no gestiona los intereses de las partes y que para arribar a una condena le exige al acusador la verdad en cada uno de los postulados que componen la acusación.[3]

Este nuevo diseño procesal, preocupado por el papel de cada parte en el proceso penal y por definir las funciones que descansan sobre aquellas, requiere de una mirada aguda a la hora de interpretar sus normas y definir el nuevo bloque teórico y práctico que le dará vigencia a ellas. Como sabemos y hemos repetido hasta el hartazgo, un código procesal penal no transforma sin más la aplicación del poder punitivo. Los más de treinta años de experiencia en procesos de reforma nos enseñaron que no podemos caer en un "fetichismo normativista", esto es, creer que con la aprobación de un código procesal moderno las prácticas cambiarán casi por arte de magia. Sabemos que los códigos procesales penales no son sino insumos para la tutela de los derechos e intereses de las partes y la solución de su conflicto, mas con su aprobación no basta para que ese nuevo escenario genere un cambio. Con la sola aprobación de un código no vamos a transformar las prácticas.

Este cambio radical de paradigmas genera la necesidad de un nuevo cuerpo teórico en reemplazo de los viejos postulados procesales de los códigos inquisitivos y mixtos. También requiere ajustar nuevas prácticas en el proceso penal que busquen, con todas las herramientas legales, una solución adecuada al conflicto, que no se transforme en una decisión formal y burocratizada.

Este Código Procesal Penal comentado tiene dos finalidades muy concretas. Por un lado, posicionarse como una obra de consulta permanente que ayude a los litigantes a comprender cómo han sido interpretadas las normas, esto es cómo las prácticas han ido conformando el nuevo procedimiento penal en la CABA. Pero no nos conformamos con ello. Intentamos también que la obra forme parte y acreciente el

3. Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 222.

nuevo bagaje de conocimientos teóricos necesarios para reinterpretar las reglas y cambiar las prácticas cuando observamos que estas se alejaron de una justicia republicana, que busca la solución del conflicto con el menor contenido de violencia estatal posible.

La praxis nos ha dejado muchas enseñanzas. Hemos visto cómo la oralidad y la implementación de una real contradicción se han ido acrecentando a lo largo de los años, y cómo la calidad del litigio fue aumentando. Sin embargo, aún se advierten ciertas dificultades en la labor cotidiana. En esa línea sabemos que para los abogados y las abogadas que ejercen la profesión de manera privada, el Código Procesal Penal de la CABA representa un gran desafío, puesto que deja en sus manos la responsabilidad de investigar y litigar en audiencias orales y produce un cambio global de paradigmas respecto de la justicia nacional a la que estaban acostumbrados.

Conscientes de estas dificultades y de la inexistencia de un código comentado actualizado con las últimas reformas,[4] hemos construido junto a un valioso grupo de funcionarios y funcionarias del Poder Judicial de la CABA un equipo de trabajo que, desde la atalaya de los valores de un sistema adversarial, pudiera construir una obra que resulte útil para comprender adecuadamente las normas de este código, con doctrina y jurisprudencia actualizada, que se constituya en una herramienta vital a la hora de actuar ante la justicia porteña.

Creemos que el hecho de que los/as autores/as sean funcionarios y funcionarias de este Poder Judicial –que trabajan en distintos ámbitos como la jurisdicción y las tres ramas del Ministerio Público– es una contribución novedosa que enriquece aún más el trabajo. Por un lado, permite destacar la labor que ellos y ellas realizan diariamente en nuestro servicio de justicia y, por el otro, aporta nuevas visiones sobre los problemas que surgen de la interpretación normativa.

Sabíamos de la complejidad y de los desafíos que implicaba la materialización de una obra colectiva y el riesgo de naufragar en el intento, como así también de las dificultades para no perder coherencia interna en el resultado. Por ello, para su construcción hemos conformado diez equipos de trabajo, con los que hemos tenido diversos encuentros, reu-

4. Concretamente nos referimos a las incorporadas por las Leyes Nº 6020 (del año 2018) y Nº 6452 (de 2021).

niones y consultas, donde fijamos los puntos centrales del ordenamiento procesal, evitando así caer en contradicciones internas.

El resultado no pudo ser otro que un verdadero trabajo conjunto, realizado por expertos y expertas conocedores y conocedoras de este cuerpo normativo, con un enfoque claro de respeto a los principios de todo ordenamiento adversarial. No tenemos más que agradecimiento para quienes trabajaron arduamente en la elaboración de este libro que hoy presentamos. Su compromiso, sus conocimientos teórico-prácticos y sus distintas perspectivas son las que permitieron que el producto final sea, a nuestro entender, una herramienta fundamental a la hora de analizar el funcionamiento de la justicia porteña y poder litigar con una base sólida en ella.

Por último, queremos agradecer no solo a los autores y las autoras de esta obra. También a Alejandra García y a quienes trabajaron desde la Editorial Jusbaires, por no dudar de este proyecto que hoy es una realidad y poner a disposición todos los recursos materiales, técnicos y humanos de la editorial. Finalmente, a la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Consejo de la Magistratura por todo el apoyo durante estos años. A ellos y a ellas, nuestra gratitud.

Gonzalo Segundo Rua y Juan Manuel Neumann

Índice de abreviaturas

Art.: artículo

AGTCABA o AGT: Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

BO: Boletín Oficial de la Nación

BOCBA: Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

CAGM: Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Morón, Provincia de Buenos Aires

CAPPJCyF: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CBP: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará")

CC: Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CCAyT: Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CCC: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

CCABA: Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CCCF: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal

CCyC: Código Civil y Comercial

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

CFAGR: Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Provincia de Río Negro

CFALP: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Provincia de Buenos Aires

CFASM: Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Provincia de Buenos Aires

CFCP: Cámara Federal de Casación Penal

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CMCABA: Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CN: Constitución Nacional

CNCCC: Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

CNCP: ex Cámara Nacional de Casación Penal (actualmente Cámara Federal de Casación Penal)

CorteIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CPE: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico

CPPCABA: Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

CPPF: Código Procesal Penal Federal (Ley N° 27063)

CPPN: Código Procesal Penal de la Nación (Ley N° 23984)

CPPNqn: Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén

CPPBA: Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

CPPRN: Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro

CPPSF: Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

CSJSF: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe

CSJT: Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán

DGCABA: Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

DGN: Defensoría General de la Nación

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

FGCABA: Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

JCyC: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

JCyCF: Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal

JEP: Juzgado Nacional de Ejecución Penal

JPCyF: Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

LEP: Ley de Ejecución de la Pena privativa de la libertad (Ley N° 24660)

LPC: Ley de Procedimiento Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 12)

OEA: Organización de los Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PEN: Poder Ejecutivo Nacional

PGN: Procuración General de la Nación

PIDCyP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PPJCyF: Fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA

RPPJ: Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 2451)

SCJBA: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

TCPBA: Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TOCC: Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal

TOCCF: Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal

TOM: Tribunal Oral de Menores de la Capital Federal

TOPE: Tribunal Oral en lo Penal Económico

TSJCABA: Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

LIBRO I
DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO I
Ejercicio de la acción

Capítulo 1
Interpretación y aplicación de la ley

Artículo 1. Interpretación*

Este Código deberá interpretarse como un reglamento de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por la República Argentina y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.

Artículo 2. Duda a favor del imputado. Carga de la prueba. Inocencia

En caso de duda sobre cómo ocurrieron los hechos investigados deberá estarse a lo que sea más favorable al/la imputado/a. En todos los casos incumbirá a la acusación probar la culpabilidad del/la imputado/a.

Toda persona imputada es inocente hasta que se establezca legalmente su culpabilidad.

Artículo 3. Principios del proceso

En el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, buena fe, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

Todas las controversias planteadas por las partes se resolverán en audiencia, salvo que esté expresamente previsto de otro modo. To-

* Comentario sobre los artículos 1 a 16 por Gonzalo Berecochea, Enzo Finocchiaro y María Antonela Mandolesi.

das las audiencias deben ser públicas, menos las exceptuadas expresamente en este Código.

Las partes presentarán las pruebas producidas por su cuenta y que estimen pertinentes en las audiencias convocadas al efecto, cuya admisibilidad quedará sujeta al respeto de las formalidades exigidas por el código. Podrán requerir el auxilio jurisdiccional cuando fuere necesario o pertinente para su producción.

Los pedidos de las partes que no deban resolverse en audiencia son formulados por escrito fundamentado y bajo declaración jurada de la existencia de las pruebas o evidencias en que se sustente la solicitud. Sin perjuicio de ello, el/la juez/a podrá solicitar las explicaciones que considere pertinentes al requirente sobre el alcance de las pruebas invocadas, las que se brindarán en audiencia unipersonal, dejándose constancia en acta de lo manifestado.

Introducción

A partir de la toma de conciencia de que los sistemas procesales penales de tipo escritural e inquisitivo no solo resultaban contrarios a todas aquellas conquistas constitucionales, convencionales y relativas a derechos y garantías que se habían logrado luego de tanta sangre, sudor y lágrimas de miles de años de historia humana, sino que resultaban antieconómicos, imprácticos, colapsaban las estructuras jurídico-judiciales y, fundamentalmente, se alejaban de la protección del ser humano y de la consideración de la justicia como un servicio, se empezaron a gestar, particularmente en el campo penal, procesos de reforma. Si bien no es objeto de esta obra dedicarse a ello, habida cuenta de lo mucho y muy bueno que se ha escrito, sí es oportuno mencionar algunos hitos históricos que merecen destacarse.

Así, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica –en adelante CPPMI–, presentado en la XI Reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrada en el mes de mayo de 1988 en la ciudad de Río de Janeiro, que viera la luz luego de veintiún años de trabajo (comenzó en las IV Jornadas celebradas en Venezuela, en 1967), se transformó en un hito fundacional del proceso penal reformista, el cual fue apoyado por numerosas organizaciones no gubernamentales

y gubernamentales de amplio espectro, todas las cuales coincidían en la necesidad de reformar, remozar y adecuar los sistemas procesales a los vientos actuales.

A partir de la presentación del CPPMI se sucedieron una serie de hechos concatenados en Latinoamérica, y particularmente en Argentina, que aceleraron los tiempos. Particularmente en Argentina estos vientos de reforma fueron tomados por varios proyectos legislativos e, incluso, desde la propia práctica tribunalicia se solicitaban nuevas soluciones, atento el agotamiento que exhibía el entonces vigente Código de Procedimientos en Materia Penal, que regía desde 1888. Entre esos entusiastas reformistas se encontraba Ricardo Levene (h) quien, habiendo sido designado recientemente como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, encabezó un primer movimiento de reformas procesal penales, que resultó en la sanción, en el año 1992, de un nuevo Código Procesal Penal Nacional que, si bien poseía un tinte esencialmente mixto, presentaba novedades tales como disponer que la producción de pruebas, alegato y lectura de sentencia se realicen en forma oral y pública.

Paralelamente, los gobiernos provinciales argentinos, conscientes de la autonomía que poseían en materia legislativa ritual, comenzaron a hacerse eco del movimiento que se cernía sobre Latinoamérica, e iniciaron procesos de revisión de sus propios sistemas de proceso penal.

Como espaldarazo y en forma coetánea, y quizás debido a la consolidación democrática lograda en nuestro país luego de años terribles de muerte y dictadura, se gestaron procesos de reforma constitucional, tanto a nivel federal como a nivel provincial. En el primer ámbito, en el año 1994 se sancionó una muy importante reforma de la Constitución Nacional que, en lo que aquí importa, reconoció a la Ciudad de Buenos Aires una reclamada autonomía. Así, la Ley Nº 24430, que ponía en vigencia la "nueva" Constitución federal, presentaba el artículo129, que dice:

> La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.
> Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.
> En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, me-

diante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones.

Este reconocimiento constitucional de la Ciudad llevó a una evolución institucional y normativa que derivó, en el año 1996, en la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante CCABA–, texto sobre el cual no hemos de extender el análisis en demasía puesto que merece otro tipo de sitial. Solo basta decir que es un texto constitucional moderno, avanzado, principista y cercano a la comunidad. En lo que aquí interesa, consagra todo un nuevo abanico de derechos y garantías aplicables en el proceso penal que hemos elegido tomar como punto de partida para nuestra obra.

Dice el artículo 13 de la CCABA:

> La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas:
> Nadie puede ser privado de su libertad sin una orden escrita y fundada emanada de autoridad judicial competente, salvo caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez.
> Los documentos que acrediten identidad personal no pueden ser retenidos.
> Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos.
> Toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten.
> Se prohíben las declaraciones de detenidos ante la autoridad policial.
> Ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere.
> Asegurar a todo detenido la alimentación, la higiene, el cubaje de aire, la privacidad, la salud, el abrigo y la integridad psíquica, física y moral.
> Disponer las medidas pertinentes cuando se trate de personas con necesidades especiales.
> El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente.

> Se erradica de la legislación de la Ciudad y no puede establecerse en el futuro ninguna norma que implique, expresa o tácitamente, peligrosidad sin delito, cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de acciones que no afecten derechos individuales ni colectivos.
> Toda persona condenada por sentencia firme en virtud de error judicial tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley.
> En materia contravencional no rige la detención preventiva. En caso de hecho que produzca daño o peligro que hiciere necesaria la aprehensión, la persona debe ser conducida directa e inmediatamente ante el juez competente.
> Cuando el contraventor, por su estado, no pudiere estar en libertad, debe ser derivado a un establecimiento asistencial.

Como puede observarse, amén de receptar los derechos y garantías que ya trae la Constitución Nacional (art. 10, CCABA), integra un catálogo de principios políticos, entre los que mencionaremos: la libertad como regla, la inmediatez, el sistema acusatorio, la necesidad de la existencia de un juez designado por Ley anterior al hecho del proceso, la proporcionalidad, la garantía de la doble instancia, la publicidad y la imparcialidad.

Se ha dicho desde la academia más autorizada que el Derecho Procesal Penal no es sino derecho constitucional reglamentado;[1] esto es, lo que dice en la "letra chica" del CPPCABA no puede ser otra cosa que la letra constitucional ampliada.[2]

Como bien lo señala Bovino, los principios procesales "son lineamientos estructurales, características esenciales que tienen sus propias particularidades y funciones, y que informan el procedimiento penal. Estos principios dan forma al sistema de enjuiciamiento y determinan su estructura y funcionamiento". Parafraseando a Maier, el citado autor las califica como "las máximas que, junto a las reglas constitucionales de principio, gobiernan el enjuiciamiento penal del lugar

1. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJCABA) así lo ha dicho, por ejemplo "Lemes, Mauro lsmael", causa N° 4603/05, 19/07/2006, voto de la doctora Conde.

2. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1ª reimp., 1999, T. I, p. 84 y ss.

que se trate" (en nuestro caso el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).[3]

Por su parte, el jurista cordobés señala ya que estos principios configuran la base de comprensión de la persecución y del enjuiciamiento penal positivos. Ellos, fundadamente, están referidos, por una parte, al sistema de persecución penal (pública, por regla, con escasas excepciones) y, por otra, al objetivo indicado que pretende lograr la realización del procedimiento (averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica).[4]

Según Vélez Mariconde, "la clasificación de estos principios políticos del procedimiento tiende a poner de relieve la función política del proceso como instrumento que el Estado instituye para administrar Justicia, o sea, como medio de actuar efectivamente el derecho sustantivo".[5]

Así, y siguiendo la senda de lo que se viene exponiendo, el artículo 1 del CPPCABA nos dice que es un reglamento de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país y por la CCABA y, consagrando a la libertad como regla, pone de manifiesto que toda disposición que la coarte debe ser interpretada restrictivamente.

Por su parte, el artículo 2 del CPP consagra al antiquísimo principio del in dubio pro reo, a la necesaria carga de la acusación (no necesariamente la Fiscalía) de probar la culpabilidad de aquel o aquella que acuse de un delito y, como corolario, la presunción de inocencia de la que goza todo habitante –consecuente con el texto magno federal– de ser percibido y considerado inocente hasta tanto una sentencia condenatoria firme y pasada en autoridad de cosa juzgada no diga lo contrario.

A su turno, el artículo 3 del CPPCABA contiene un catálogo propio de principios, que viene a complementarse, como es esperable, con la letra constitucional y convencional. Así, la citada norma (incorporada mediante la reforma de la Ley Nº 6020) establece que en el proceso deben observarse los principios de igualdad entre las partes, buena fe,

3. Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 35.

4. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 811.

5. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 3ª ed., 1986, T. II, p. 175.

oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

Aquí es donde hace su aparición la interpretación de la ley como clave en este proceso de respeto, garantía y aplicación de estos principios, derechos y garantías que el constituyente primero, y el legislador después, han decidido que vivan en los procesos penales –y en los contravencionales, muchos de ellos– que se desarrollen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe recordar que la interpretación de la ley penal les corresponde exclusivamente a los jueces de dicha materia, y que este es un ejercicio intelectual que debe hacer con extremo cuidado, teniendo presente todos esos derechos y garantías consagrados, incluso aquellos como el *principio pro homine*, que nos viene dado en los artículos 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos –que ya de por sí contiene un importante conjunto de principios interpretativos de la norma– y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, a modo de ejemplo, podemos citar a la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación:

> Debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional) 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 *ultima 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.[6]

6. CSJN, Fallos: 331:858, "Acosta, Alejandro Esteban", 23/04/2008.

Principios procesales y garantías presentes en el CPPCABA

A modo de síntesis de lo expuesto anteriormente, podemos destacar los siguientes principios y garantías que rigen en el sistema previsto por el CPP:

a. Libertad como regla.
b. Reserva.
c. Legalidad penal estricta.
d. Inmediatez.
e. Acusatorio.
f. Juez designado por Ley anterior al hecho del proceso.
g. Proporcionalidad.
h. Doble instancia.
i. Publicidad.
j. Imparcialidad.
k. Oralidad.
l. Desformalización.
m. Contradicción.
n. Concentración.
o. Inmediación.
p. Simplicidad.
q. Celeridad.

Seguidamente, haremos un muy somero repaso por algunos de ellos. Pero, previamente, es preciso reconocer al Estado democrático de derecho basado en la Constitución como norte del proceso penal, y a la Justicia como un valor al servicio de todos los ciudadanos; es decir, aquellos que tienen conflictos con la ley penal, aquellos que resultan víctimas, aquellos que trabajan en el propio sistema, aquellos que, por su experticia, su profesión o simplemente su carga pública, son llamados a participar del sistema procesal penal y, finalmente, aquellos que solo forman parte de la comunidad en la que se inserta ese sistema penal.

Se ha dicho repetidas veces que, por la calaña de los conflictos que resuelve, el sistema procesal penal suele ser un reflejo de la sociedad en la que se ve inmerso y se desarrolla. Si tenemos este fundamento como núcleo del sistema de enjuiciamiento penal, entonces sí podre-

mos pensar –y tendrá sentido– en un sistema procesal penal ágil, eficaz, contradictorio, con igualdad de armas, de roles y no de jerarquías, eficiente, bien gestionado, oral, público, cercano a la comunidad, prístino, transparente, claro, sencillo, desformalizado. Mal podría considerarse justo un sistema que no recepte estos valores, ni "debido" un proceso que los desconozca.

El principio acusatorio derivado de la CCABA

Para iniciar nuestro análisis del primer capítulo del CPPCABA hemos elegido al principio-sistema acusatorio –que, como hemos visto, nos viene dado ya por el constituyente local– puesto que de él podemos ir explorando todo el catálogo de principios, derechos y garantías que luego habrán de plasmarse en el rito penal, y que se irá retomando en cada uno de los acápites de esta obra.

Maier nos enseña que, en realidad, el sistema acusatorio de enjuiciamiento de casos penales dominó antiguamente, hasta la violenta irrupción de la inquisición y su sistema, persiguiendo a quienes no profesaban una fe determinada y/o a quienes cometían "crímenes de fe". Siguiendo al entrañable profesor cordobés que enriqueció nuestro sistema judicial con sus precedentes, podemos decir que

> … la característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que, la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*) y, por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.[7]

Como hemos dicho, se observa una armónica correspondencia entre este sistema y el marco constitucional republicano, y por ello se

7. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, pp. 443-444.

lo ha podido observar en Grecia, Roma y la Francia del siglo XVIII, y luego en los sistemas anglosajones de procesamiento de casos penales.

Nuevamente, citando a Maier, anotaremos los principales puntos de este principio-sistema:

a. El Tribunal aparece como un árbitro entre dos partes, acusador y acusado, que se enfrentan en pos del triunfo de su interés.
b. La persecución penal se coloca en manos de una persona de existencia visible (no de un órgano del Estado), el acusador; sin él y la imputación que dirige a otra persona no existe el proceso; el tribunal tendrá como límites de su decisión el caso y las circunstancias por él planteadas.
c. El acusado es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el procedimiento no varía decididamente hasta la condena; si bien se conciben medidas de coerción, su privación de la libertad, durante el enjuiciamiento, es una excepción.
d. El procedimiento consiste, en lo fundamental, en un debate público, oral, continuo y contradictorio. Los jueces que integran el tribunal perciben los medios de prueba, los fundamentos y las pretensiones (alegatos) que las partes introducen y deciden según esos elementos.[8]
e. En la valoración de la prueba impera el sistema de la íntima convicción, conforme al cual los jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba y, sin exteriorizar los fundamentos de su voto.
f. La sentencia es el resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los jueces, según hoy se practica en el sistema de juicio por jurados –en el

8. Es importante señalar en este punto que, en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según sea el caso, pueden existir varias partes, amén del acusador público (fiscal) y el imputado junto a su defensor. Así, en un caso donde exista un niño, niña o adolescente y/o la víctima o imputado sea una persona que presente una afectación en su salud mental, en los términos de la Ley Nº 26657, intervendrá también como parte el Asesor Tutelar, integrante del Ministerio Público Tutelar, siguiendo los lineamientos del art. 57 de la Ley Nº 1903. Asimismo, también puede sumarse a este grupo procesal el querellante, el actor civil y el demandado civil. Más adelante veremos qué ocurre hoy en día con la víctima, en sentido procesal.

> cual se inserta, a modo de ejemplo, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–.[9]

Vemos que el acusatorio como sistema y como principio no resulta posible en un contexto escrito, secreto, donde existan jerarquías y no roles; es importante destacar que, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, todos los magistrados (jueces, fiscales, defensores, asesores tutelares) tienen la misma jerarquía, y lo que hacen es desarrollar roles diferentes a lo largo del proceso, no siendo uno más o menos importante que el otro. Asimismo, es necesaria la libertad probatoria, la igualdad de armas, el juego limpio, la litigación oral como vehículo.

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ha tratado históricamente al principio acusatorio a través de sus precedentes, como el recordado "Pariasca"[10] –donde el propio Julio Maier, integrando dicho Tribunal, desarrolló un célebre voto– o el más reciente "Galantine", donde dijo:

> Tanto el principio acusatorio como la garantía de imparcialidad exigen una lectura del segundo párrafo del artículo 210 del CPPCABA [actual artículo 223] más acorde con las demás normas que limitan fuertemente la actuación del juez del debate para reforzar el sistema adversarial y, a la vez, la imparcialidad del juzgador. En esa línea, el régimen procesal impone a las partes y no al tribunal la notificación de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que deban concurrir al juicio (artículo 213 [actual artículo 226]); impide al juez interrogar al imputado (artículo 233 [actual artículo 246]), a los peritos o intérpretes (artículo 235 [actual artículo 248]) y a los testigos (artículo 236 [actual artículo 249]) y, por supuesto, le prohíbe reabrir el debate aunque considere que las pruebas reunidas son insuficientes (artículo 247 [actual artículo 260]).[11]

Asimismo, en el recordado precedente "Del Tronco" recordó que, a través de la consagración, en el proceso penal en la Ciudad de Buenos Aires, del sistema acusatorio, estableció que necesariamente quien

9. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, p. 445.

10. TSJCABA, "Pariasca, Lucio León Eloy s/ art. 47 s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", causa Nº 339/00, 05/09/2000.

11. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/ inf. art. 1, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)", causa Nº 9443/12, 18/12/2013.

toma la decisión final no puede obrar a instancias de él mismo, sino que precisa el impulso de otro sujeto, indicando que:

> ... las atribuciones del juez no aparecen orientadas a controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al Ministerio Público, sin perjuicio de que, por ejemplo, puede requerirse su intervención para asegurar que "... un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se den ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez".

Y luego recalcando que

> ... la opción asumida por el legislador en la normativa procesal bajo estudio es, dentro de nuestro sistema de gobierno, la que suministra la regla cuya interpretación y aplicación corresponde formular a los jueces quienes no están llamados a reemplazarla con el apoyo de otras concepciones posibles al principio acusatorio.[12]

Los principios y garantías del artículo 3 del CPP

La igualdad entre las partes

La igualdad (en griego, *isote*; en latín, *aequitas*, *aequalitas*; en francés *égalité*; en alemán, *Gleichheit*; en inglés, *equality*) se refiere a una relación cualitativa. La igualdad es la correspondencia entre un grupo de diferentes objetos, personas, procesos o circunstancias que tienen las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto, pero no en todos, es decir, debe considerarse alguna característica en específico.[13]

Como categoría y concepto axiológico, la igualdad tiene un significado que lleva consigo el hecho de ser incluido en tratados internacionales, textos constitucionales, hasta las normas secundarias. Ahora

12. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–'", causa N° 6784/09 y "Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–'", causa Nº 6785/09, 27/09/2010.

13. Pérez Portilla, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y perspectivas*, Ciudad de México, UNAM, 2004, p. 5.

bien, la igualdad es un concepto que no es exclusivo del derecho penal; en otras palabras, la igualdad es un término amplio y general, es decir, que puede ser abordado desde cualquier rama del derecho.

Como se puede apreciar de lo anteriormente descripto, la igualdad es un concepto amplio y complejo, por lo tanto, puede ser estudiado en diferentes sentidos y objetivos, que no necesariamente obedecen al derecho; sin embargo, para fines del presente artículo trataremos de delimitarlo al aspecto jurisdiccional, en especial, como principio que busca garantizar los derechos de los sujetos procesales dentro del proceso penal.

La igualdad entre las partes, como principio del proceso penal, debe entenderse como aquella prerrogativa de la que debe gozar toda parte –en el concepto que ya hemos explicado–, con la finalidad de contar con las mismas oportunidades para aportar, ofrecer, materializar y producir prueba, e impugnar las del contrario, llegado el caso. Nuevamente, la audiencia de debate es el lugar fundamental donde esto último ocurre.

De la misma manera, la igualdad entre las partes podrá permitir que las pruebas, los estándares de suficiencia probatoria, los plazos procesales y demás hechos tenidos por probados, se puedan llevar a cabo en un contexto de garantía de derechos de las partes, evitando con ello nulidades, atrasos, incidencias que deriven en nuevos procesos penales, dispendios innecesarios y, fundamentalmente, en declaraciones de culpabilidad o inocencia –a través de una sentencia condenatoria o absolutoria– que no se correspondan con lo que realmente se ha presentado al proceso a través de las respectivas teorías del caso.

Por esto último, el principio de igualdad de las partes se concatena necesariamente con el principio del contradictorio o contradicción, ya que el proceso penal, en un sistema acusatorio, está dotado de garantías constitucionales y está presidido por la idea de debate –pensado como discusión de teorías del caso, en sentido amplio–, de controversia, de conflicto de intereses. Por ello, ante la ausencia de un conflicto, no debería existir proceso penal en sentido llano y, entonces, el caso necesariamente debería terminar, ya sea por aplicación de un criterio de oportunidad, o alguna vía alternativa.

Buena fe

La buena fe, desde el punto de vista jurídico, no es sino la integridad y la honestidad en el comportamiento de quien actúa en el proceso penal. Con una presentación simple, ocupa un lugar fundamental desde los albores mismos de los sistemas jurídicos, en tanto el derecho no es sino un correlato de la vida en sociedad y conjunto, que tiene a la ética, la integridad y la honestidad como parámetros básicos de conducción. Más precisamente en nuestro ámbito, los funcionarios públicos (esto es, todos aquellos que forman parte integrante del sistema de administración de justicia) deben basarse en la buena fe para direccionar sus actos, tomar decisiones y administrar los procesos en los que toman parte.

Para entender su significado concreto y aplicarlo a cada caso, es menester indagar la etimología de las palabras que lo componen. Por un lado, al término "buena/o" –del latín *bonus*– se lo define, conforme al diccionario de la Real Academia Española, como "gustoso, útil, apetecible, agradable y, al mismo tiempo, como aquello que tiene 'bondad' en su género". Esta última se origina en el latín "*bonitas, -atis*", entendida como la natural inclinación a hacer el bien. Por otro lado, al término fe –del latín *fides*–, además de ser una virtud teologal, la misma RAE lo define como: 1. Conjunto de creencias de alguien, de un grupo o de una multitud de personas. 2. Confianza, buen concepto que se tiene de alguien o de algo. 3. Fidelidad, lealtad.

A partir de este primer avance, estamos en condiciones de establecer que la *bona fides* hace referencia a la rectitud, honradez, honestidad en las relaciones sociales y jurídicas, y se lo puede considerar como "criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho". En contraposición a este principio, encontramos la "mala fe", la cual hace alusión a doblez, alevosía, ingratitud o traición, y la podríamos definir como: "Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien".

A lo largo de la obra iremos viendo aplicaciones concretas de buena y mala fe en los diferentes actos procesales regulados.

Publicidad

Como un derivado del principio de oralidad aparece el de publicidad, y que no es sino un reflejo de la exigencia republicana de la

publicidad de los actos públicos en general. Esto es, si los actos de gobiernos deben ser públicos, si los actos legislativos deben ser públicos, ¿por qué no han de ser los actos judiciales? Es claro que no existe una justificación ético-normativa al respecto, sin perjuicio de las eventuales excepciones que puedan darse.[14]

Amén de esta necesidad republicana y constitucional, podemos conceptualizar a la publicidad como la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el tribunal por personas que no forman parte del mismo. Y aquí es donde debemos tomar en cuenta que la justicia es un valor que hace a la comunidad toda, que aquellos que forman parte de su sistema deben rendir cuentas a la población y que por ello la mejor garantía que puede dárseles a los ciudadanos del correcto funcionamiento de su sistema judicial es la publicidad del mismo.

Claramente, y como hemos dicho en el primer párrafo, la publicidad admite excepciones y tiene límites. Por sus características, se ha dicho tradicionalmente que los actos de un proceso penal son, en principio, públicos para las partes, sin perjuicio de que, a través de los medios masivos de comunicación, la población toda toma conocimiento de cómo se desarrollan sus procesos penales y quizás, como una buena práctica, sea aconsejable que sean los propios poderes judiciales los que den a conocer sus actos, con un lenguaje claro, conciso y cercano a los justiciables.[15]

Así, la publicidad para las partes ("publicidad interna"), significa que todo cuanto actúa el juez o tribunal y la parte adversa debe ser conocido por todas las partes –con la excepción que hemos señalado anteriormente–. La "publicidad general" hace referencia al público en

14. Cabe señalar, por ejemplo, aquellos momentos procesales en los que resulta indispensable mantener el secreto de la etapa investigativa –el viejo "secreto de sumario"– o cuando, por circunstancias que hacen a las personas que forman parte del mismo, es necesario no hacer públicos determinados actos, como el debate, en casos de procesos penales juveniles, que son aquellos que se dirigen contra personas menores de edad y que tienen como norte su propio interés superior (Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y la garantía de intimidad y privacidad que tienen los actos en los que los niños formen parte en un proceso judicial).

15. Prueba de ello son los esfuerzos que se han hecho y se hacen al respecto desde el Poder Judicial de la Ciudad, como la puesta en marcha del Observatorio de Lenguaje Claro, la presencia institucional en las diferentes redes sociales –incluso, varios Tribunales dan a conocer por allí su agenda, sus decisiones y los avatares más salientes de los procesos que llevan adelante–, y la creación de centros de información judicial, que acercan las decisiones a la comunidad, en una clara efectivización de este principio de publicidad.

general, no interesado directamente en el proceso, y se manifiesta, a su vez, en otras dos formas: la publicidad inmediata, que supone la percepción directa de los actos procesales por el público, y la publicidad mediata, que tiene lugar por vía indirecta, a través de un intermediario (prensa, radio, televisión, cine, etc.).

La publicidad para las partes queda fuera del ámbito estricto de la publicidad procesal. Más bien se identifica con el derecho de defensa, con el carácter contradictorio del proceso y con el principio de igualdad de armas. Supone, en consecuencia, la necesidad de que las partes conozcan todas las actuaciones procesales, como medio indispensable para asegurarles una defensa eficaz.

De la publicidad procesal se habla en un sentido amplio para referirse a la percepción directa de las actuaciones judiciales por y ante el tribunal, por otras personas que no forman parte de él. Este concepto presupone la oralidad y la inmediación, ambos implícitos en la publicidad de los juicios. En sentido estricto, con la expresión publicidad de la justicia se designa "el conjunto de medios que permiten al público, es decir, a una colectividad humana indeterminada, y tan amplia como sea posible, estar informada de la existencia de una instancia jurisdiccional, de su desarrollo y de su resultado". La publicidad externa, identificada tradicionalmente con la publicidad judicial, puede hacerse efectiva mediante la presencia material del público ante el tribunal o, indirectamente, a través de los medios de comunicación que transmiten la información a todas las personas interesadas en la noticia, a la opinión pública.[16]

No es redundante recordar que existe una gran cantidad de autores que consideran a la publicidad del juicio como una exigencia constitucional.[17] Así, se le concede a la publicidad una existencia dual: por un lado, es una exigencia constitucional y, por el otro, un principio político del procedimiento. Por esta razón es que el legislador pueda reglamentar el derecho del público a ingresar a una sala de audiencias para asistir a un juicio penal, pero no puede alterarlo con la excusa de dictar la ley reglamentaria (art. 28 CN).

16. Ver nota a pie anterior.

17. Nos referimos a Anitúa, Cafferata Nores, Binder, D'Albora, Maier, por citar a los más conspicuos.

Tampoco debe soslayarse que la publicidad como consecuencia de la forma republicana de gobierno apunta prioritariamente la publicidad como facultad de los miembros de la Comunidad de controlar a todos aquellos que de un modo u otro deciden los destinos de las personas gobernadas.

En nuestro derecho positivo, la exigencia del juicio penal público surge de ciertas disposiciones constitucionales. En primer lugar. y como ya señaláramos, el principio se considera consecuencia necesaria de la forma republicana de gobierno establecida en el artículo 1 de la Constitución Nacional. Por otra parte, se afirma que la elección constitucional del juicio penal por jurados comprende la exigencia de un juicio oral abierto al público en forma implícita. Asimismo, el principio de publicidad en un proceso penal está plasmado en varios instrumentos internacionales que forman parte de nuestro plexo constitucional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos,[18] el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos[19] y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.[20] [21]

Contradicción

Como bien conoce el lector, el denominado principio de contradicción es "test de veracidad" de la prueba producida durante el debate. Una parte tiene el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y la contraria tiene el derecho de controvertirlas, sin importar sus rótulos (sean acusadores particulares, públicos o defensores), por lo que se trata de un principio que

> … tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de

18. Art. 10.

19. Art. 14.1.

20. Art. 8.5.

21. Bovino, Alberto, *Principios políticos…*, *op. cit.*, pp. 96-97.

> elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos.[22]

Asimismo, este principio funciona como un filtro que sólo permite pasar a la siguiente etapa a información de determinada calidad y así, una prueba producida sin la contradicción carecerá de la necesaria confiabilidad constitucional y convencionalmente exigida.

Coincidimos con el sector doctrinario que entiende que es un principio inicialmente diseñado para la etapa de debate, pero plenamente aplicable a todo el proceso en sí, puesto que la contradicción es necesaria siempre que haya afectación a más de una parte o al propio proceso penal en sí. Si lo que se pretende es un control fehaciente, claramente debe permitirse que todas las partes afectadas participen de todos los actos y puedan tomar conocimiento acabado de la pretensión de la contraparte a viva voz, ya sea que se trate de una audiencia cautelar, intermedia, de admisibilidad de prueba, de nulidad o excepciones o la propia audiencia de debate.

No es ocioso recordar que el principio de contradicción se ve plasmado convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8.2. letra f, que indica: "f) Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.3 letra e, contempla tal principio al mencionar, "e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

Finalmente, y sin pretensión de agotar las menciones de su presencia en los tratados firmados por Argentina, podemos mencionar que, en la Convención sobre los Derechos del Niño, está presente en el artículo 40. 2. b, IV), que indica,

22. Cafferata Nores, José, *Derecho Procesal Penal. Consensos y Nuevas Ideas*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1998, p. 57.

> IV. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y a obtener la participación y el interrogatorio de testigos de cargo en condiciones de igualdad...

Es preciso, antes de pasar al siguiente principio, reconocer que la contradicción tiene algunas excepciones que pueden encontrarse en nuestro orden ritual cotidiano, como ser:

- La lectura o reproducción del registro de prueba anticipada de testigos o peritos.
- La lectura parcial de un documento cuando fuere necesario para refrescar la memoria.
- La lectura parcial de documentos que contengan dichos del imputado o de testigos, prestados durante la etapa preparatoria, cuando fuere indispensable para refrescar memoria o superar alguna contradicción surgida en el debate.

Es también dable visualizar que, en realidad, el derecho de defensa queda a salvo, dado que no se trata de elementos desconocidos por las partes (no podrían haber sorteado la audiencia de admisibilidad de prueba) y que, asimismo, la presencia e intervención del juez de juicio garantiza igualdad y objetividad.

Concentración

Se dice que el principio de concentración, el de oralidad y el de continuidad van de la mano, ya que el principio de concentración implica llevar a cabo la mayor cantidad de actos procesales en una misma audiencia, con lo que se garantiza el adecuado desarrollo del proceso al no generar audiencias diversas para resolver las solicitudes de las partes o al no tener que esperar a determinado acto oral para poder resolver cuestiones ya planteadas. Piénsese, por ejemplo, en una audiencia señalada para resolver sobre la admisibilidad de una prueba o de todas las que vayan a pasar a la próxima etapa, y que en la audiencia se plantee una nulidad sobre la base del examen de la prueba acercada durante la etapa preparatoria.

Si no hubiera concentración, debería suspenderse esa audiencia allí, y fijar una nueva para tratar esa cuestión procesal en específico, con el daño que ello le supone al tiempo de las partes, a sus agendas y

gestión de casos, a la economía del proceso en sí. Piénsese asimismo en una audiencia fijada para tratar una nulidad planteada por una de las partes, y que en ese acto cae de maduro que la nulidad no ha de prosperar, pero todos coinciden en que podría llegarse a una salida alternativa (una suspensión del proceso a prueba, una remisión en caso de que el imputado haya sido menor de edad punible al momento del hecho endilgado, una mediación). ¿Debería fijarse una nueva audiencia o, contándose con la presencia de todos, y pudiendo chequearse allí mismo la voluntad de la víctima –con un simple llamado desde Secretaría– y la carencia de impedimentos objetivos, podría cerrarse y homologarse allí el acuerdo? ¿Tiene sentido el dispendio de generar una nueva convocatoria, idas y vueltas, con lo ya señalado? Claramente, esto es lo que el principio de concentración quiere evitar.

Por otro lado, el principio de continuidad se refiere a que de no ser viable concluir con la producción de los diversos actos procesales en un día, se requerirá continuar con el desarrollo de estos en el día siguiente o subsiguiente hábil, permitiendo que el órgano jurisdiccional escuche la información de manera conjunta para tener claridad al momento de dictar su resolución.

Aunque el objeto del Principio de Concentración permite efectuar los actos procesales en una sola audiencia o a lo sumo en pocas audiencias próximas, evitando así que se borren las impresiones adquiridas por el juez que ha comenzado a intervenir en la causa, pueden darse supuestos en los cuales no sea posible concentrar, y sí se requiera la generación de un nuevo acto procesal específico, debiendo recordarse que la existencia de una excepción no obsta al goce de buena salud y vigencia del principio que hemos anotado.

Claramente, la plena aplicación de este principio, al igual que los restantes, exige operadores judiciales flexibles, capacitados, abiertos, objetivos y que tengan como norte que, en todos los casos, de lo que se trata es de decidir conflictos que afectan a personas y en los cuales concurren y discurren personas, y que se está haciendo una afectación a recursos finitos, que deben ser bien gestionados, en aras de un proceso eficiente que complete los estándares establecidos constitucional y convencionalmente.

Inmediación

La garantía constitucional a la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional) rige y debe ser interpretada de buena fe en nuestra Ciudad (conforme el art. 10 de la CCABA). Asimismo, los artículos 14.1 y 3 inciso D del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.1 de la CADH aseguran el derecho a ser oído por el juez o el Tribunal. La Ciudad de Buenos Aires también garantiza expresamente la inmediatez (conforme ya lo hemos expuesto); esto es, el derecho a que el juez tome contacto directo con el imputado, escuchando personalmente sus alegaciones, tanto en primera como en segunda instancia, derecho que la legislación procesal asegura adoptando el procedimiento oral.

De esta forma la inmediación intenta que el Tribunal reciba una impresión lo más directa posible de los hechos y las personas. Para Bovino rige en dos planos distintos. El primero de ellos se refiere a las relaciones entre quienes participan en el proceso y el Tribunal, y hace necesario que estén presentes y obren juntos. El segundo plano es el de la recepción de la prueba e implica que, para que el Tribunal se forme un cuadro evidente del hecho y para que sea posible la defensa, la prueba se produzca ante el Tribunal que dictará sentencia y durante el debate, en presencia de todas las partes, lo que obliga a la identidad física del juzgador con los jueces que presenciaron el debate.

Poniendo de resalto algunas contradicciones, el TSJ de la Ciudad expuso que

> … la notable diferenciación en las respuestas plausibles que han sido estipuladas por el ordenamiento infraconstitucional, de acuerdo se ventilen o discutan tópicos meramente fácticos o jurídicos, encuentra su explicación en que en la visión del legislador: en el primer supuesto parece censurable que un tribunal revisor reconstruya los hechos según una nueva apreciación del mérito de las pruebas y pronuncie la primera condena sin que exista ninguna inmediación en aquella elaboración; mientras que en el segundo caso, por el contrario, no sería normativamente reprochable la reversión de la absolución cuando la diferencia entre ambas instancias finque sobre la significación que jurídicamente corresponda atribuirle a un hecho que ya viene definido desde el juicio en cuanto a su efectiva ocurrencia (esto es, circunstancias de modo, tiempo y lugar), a

> la luz de un proceso de elaboración totalmente respetuoso de los principios de oralidad e inmediación.[23]

Cabe señalar que la posibilidad de introducir al debate por lectura declaraciones testimoniales y peritajes de la etapa preparatoria atenta contra la inmediación, y el juicio se convierte en una mera lectura de actos de la instrucción, amén de infringir el principio de oralidad, como veremos a continuación.

La oralidad como principio general y rector del planteo y la resolución de todas las cuestiones

Específicamente hemos reservado un especial espacio para el desarrollo del principio de la oralidad en el proceso penal puesto que, al igual que sucede con el acusatorio –del cual deriva naturalmente–, entendemos que a través de él se canalizan y se deciden todas las cuestiones que ocurren en un proceso penal, en su formato específico: la audiencia.

Es decir, todo lo que atañe al proceso debe necesariamente decidirse en audiencia y esta debe tratarse de un acto real, y no una mera escenificación donde se leen y repiten cuestiones escritas. Atento el tenor que tienen los diferentes tipos de audiencias, la oralidad va adquiriendo matices, según lo que haya de discutirse, y aquí es donde entra una materia que necesariamente debe formar parte de la currícula profesional y laboral de cualquier persona que trabaje en el sistema de administración de justicia, tanto a nivel interno como a nivel externo, y es la litigación oral.

Según D'Albora, el principio de oralidad es:

> […] la condición ineludible sobre la que reposa la validez del momento conclusivo del proceso penal […] Consiste en que la comunicación entre los sujetos procesales se produzca a través de la forma de relación más natural y originaria de los seres humanos: la palabra hablada.[24]

23. TSJCABA, "Legajo de juicio en autos Acosta, Aníbal Paulo s/ infr. art. 189 bis, tenencia de arma de fuego de uso civil, CP (p/L 2303) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", causa N° 14752/17, 10/10/2018.

24. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación, Anotado. Comentado, Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 9ª ed., 2011, p. 674.

Nuevamente, el juicio por jurados establecido constitucionalmente nos demuestra que la oralidad es un principio ínsito en el propio texto fundacional, ya que sería impensado el desarrollo de un juicio por jurados escrito.

Bovino señala que la oralidad es un principio fundacional del procedimiento, un principio que lo informa y lo estructura, alterando de manera sustantiva la forma, y disponiendo cuál será el papel que esta cumplirá en el marco de la tramitación de los casos penales. El procedimiento oral no es una manera más de regular las reglas procesales, sino que es un modo de producir decisiones que se caracteriza por imponer ciertos principios sustanciales en el método de toma de decisiones jurisdiccionales, y allí aparecen los ya conocidos principios de inmediación, celeridad, concentración, continuidad, publicidad, llegándose incluso a que la personalización de la función judicial adquiera un vigor inusitado mediante la oralidad, determinando el contenido de las decisiones que se toman en un contexto oralizado, elevando sustancialmente la calidad de sus decisiones.[25]

O´Donnell nos señala que es de especial importancia en la materia la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que considera que el procedimiento penal escrito es incompatible con el derecho del acusado a un proceso público.[26]

Incluso, la propia Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires ha dicho al respecto que

> El único modo de asegurar la oralidad en el proceso penal solo puede concretarse en el marco de una audiencia que, conforme el Diccionario de la Real Academia Española, significa "acto de oír las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo", como también "ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en un juicio". De este modo, la audiencia oral asegura el contradictorio ya que permite debatir sobre la procedencia de la prueba a producir en el juicio, planteos nulificantes, excepciones, como así también las vías alternativas de solución del conflicto, con las ventajas que esto conlleva respecto a la amplia posibilidad que tienen las partes de

25. Bovino, Alberto, *Principios políticos…*, *op. cit.*, pp. 108-109.

26. O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989, p.168.

> ser escuchadas. Y el corolario de esa audiencia es justamente el fallo del magistrado que la presidió. Este y no otro puede decidir, pues fue quien, apoyado en el principio de contradicción, pudo escuchar los argumentos y contra-argumentos de las partes (propios del sistema adversarial) y que en definitiva, dan sentido y fundamento a su decisión.[27]

Binder señala que cuando se habla de oralidad no se dice simplemente que las actuaciones deben desarrollarse cumpliendo roles escénicos, que deben darse en un espacio más o menos majestuoso. No. De lo que se trata es de lograr pasar de un modelo de administración de justicia basada en el trámite, en la petición, a una administración de justicia basada en el litigio. La estructura del litigio es un punto fundamental como eje articulador de las distintas propuestas de cambio. Asimismo ya reconoce distintas manifestaciones graves de la tradición inquisitorial que aún queda como resabio en la práctica actual, eminentemente acusatoria, y pone como ejemplo de incorporación de prueba por lectura, de actividad de los jueces suplantando a las partes, las limitaciones de las facultades para litigar, la renuncia a desarrollar los juicios en forma completa, la tendencia a preparar los juicios de modo negligente, la suspensión de audiencias sin motivos de valía y su reemplazo por vistas escritas, la utilización corriente de prueba producida de oficio, el escaso tiempo asignado a la deliberación y a la producción inmediata de la sentencia, la redacción de sentencias con muchos elementos de formulario, la poca preocupación por la publicidad y la facilitación de la asistencia al público, la resistencia a realizar audiencias solares en etapas preparatorias, la falta de salas de audiencias disponibles (llevando a los jueces a desarrollar audiencias en sus despachos y no en las salas acondicionadas a tal fin), la falta de preparación de abogados litigantes, la falta de organización de los servicios auxiliares, la escasa literatura existente, entre varios otros.[28]

En síntesis, el proceso de oralidad de las causas penales tiene jerarquía de norma imperativa para el legislador y no puede ser materia de transacción. Por ello, debe concientizarse a los operadores judiciales –como lo reclama Binder– que la oralidad no es otra cosa que un

27. CAPPJCyF, Sala III, "D., E. D. y otros", causa N° 12399-2016-2, 05/09/2017, del voto de Dra. Silvina Manes con adhesión de Dr. Jorge A. Franza.

28. Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp.180-181.

modo de comunicación, esto es, un modo de ingresar información y de discutirla en el marco de un procedimiento y que, incluso, es mucho más que ello, ya que llega a aparecer como la cristalización de una serie de principios políticos estructurales, dejando de lado el mero carácter instrumental que en algunas obras se le asigna. No debe cederse a la tentación de "escrituralizar" la oralidad –resolviendo por escrito, previa vista a las partes–, a fin de una pretendida celeridad, cuando en realidad ello tiende de retrotraer los enormes avances logrados a través del tándem publicidad-oralidad.

Capítulo 2
Promoción y ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal

Artículo 4. Ejercicio de la acción

Las acciones penales públicas se iniciarán de oficio, por denuncia o querella.

Cuando se trate de delitos dependientes de instancia privada, se iniciarán por instancia del/la ofendido/a o su representante legal, excepto cuando las excepciones legales admitan la promoción de oficio.

La acción por delitos de acción privada será ejercida por el ofendido o su representante legal. En caso de mandato se acompañará poder especial para el acto, bajo consecuencia de inadmisibilidad de la denuncia o querella.

Artículo 5. Ejercicio de la acción por el Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal ejercerá la acción pública y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. La promoverá de oficio, siempre que no dependa de instancia privada.

Nadie podrá ser perseguido ni encausado más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal, el título o el grado del delito o la forma de participación atribuidos.

Artículo 6. Objetividad

En el ejercicio de su función el Ministerio Público Fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y la ley. Investigará las circunstancias que permitan comprobar la acusación y las que sirvan para eximir de responsabilidad al/la imputado/a y formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio de objetividad.

Artículo 7. Excusación y recusación de los/las magistrados/as del Ministerio Público

Los/as magistrados/as del Ministerio Público deberán excusarse y podrán ser recusados por los mismos motivos establecidos respecto de los/as Jueces/zas, con excepción de las causales fundadas en prejuzgamiento. La excusación será resuelta en la forma que establezca la reglamentación pertinente.

La recusación será resuelta en audiencia por el/la Juez/a competente para entender en la causa.

Artículo 8. Control de la competencia

En cualquier estado del proceso el/la Fiscal que lo considere pertinente planteará ante el Tribunal que corresponda la declinatoria de competencia por razón del territorio o por razón de la materia.

Artículo 9. Trámite

La declinatoria se sustanciará en la forma establecida para las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Artículo 10. Continuación de la investigación preparatoria

Las cuestiones de competencia no suspenderán la investigación preparatoria, que será continuada por el/la Fiscal que primero conoció en la causa.

Si dos (2) Fiscales hubieren tomado conocimiento de la causa en la misma fecha, continuará la investigación preparatoria el que planteó la cuestión.

Las cuestiones propuestas inmediatamente antes de la fijación de la audiencia para el debate suspenderán el proceso hasta la decisión del incidente.

Inicio de la acción. Ejercicio

Las autoridades del Estado asignadas a la investigación de delitos toman conocimiento de una conflictiva social preexistente, por diversas formas o canales, a saber:

La denuncia es el acto por el cual una persona da noticia del conflicto a la autoridad encargada de la persecución penal, ya sea Fiscalía, personal policial o jueces. Quien efectúa la denuncia puede estar involucrado de distintas maneras al conflicto subyacente, ya sea como testigo, víctima o familiares de esta.

Cuando la persona que pone de relieve el conflicto es la víctima y exige ser parte en el proceso se lo denominará querellante y se constituirá en esa calidad mediante una querella, que a su vez requiere para su consolidación distintos requisitos formales de admisibilidad.

La tercera alternativa de comenzar un proceso penal se da cuando las dependencias que tienen como rol principal la persecución penal de delitos toman conocimiento de ellos, y comienzan investigaciones preliminares de oficio, a fin de constatar la veracidad de los hechos, actos en los que debe haber tomado conocimiento una autoridad judicial, quien dirige la producción de las mismas.

Tipos de acción penal

Las acciones penales pueden ser divididas en tres:

Las que solo pueden ser iniciadas e impulsadas por las víctimas de un delito, siendo una facultad y responsabilidad exclusiva de ella (acción privada). Generalmente se relacionan con la afectación de derechos personalísimos.

La que le reconoce a la víctima la facultad de poner en marcha el proceso e incluso vetar la posibilidad posterior de intervenir en el proceso por parte de los órganos judiciales de acusación (acción pública dependiente de instancia privada). Estas poseen íntima relación con delitos en los que, si bien el Estado posee mayor interés en su persecu-

ción, proporcionalmente existe una mayor afectación de bienes individuales y se considera necesario proteger la privacidad e intimidad de la persona damnificada, sin cuya voluntad de persecución la maquinaria estatal no puede ponerse en marcha.[29]

Finalmente, nos encontramos ante los delitos en los que el ente acusador puede ejercer la acción penal de forma autónoma, sin necesidad de previa autorización de la víctima (acción pública). Estos, como se sabe, son la mayoría de los delitos.

Injerencia de la víctima en la persecución penal

Cabe incluir una incidencia suscitada en este sentido, entre quienes consideran que en el marco de los delitos de acción de instancia privada, una vez que la víctima consiente y autoriza la persecución del mismo por parte del Estado, es este último quien debe conducir la pesquisa de forma exclusiva; y, por otro lado, los que consideran que la víctima deberá seguir teniendo un grado relevante de participación e injerencia en el proceso, pudiendo incluso decidir sobre el abandono de la acción penal de su parte y del acusador público.

Si bien esta última postura no resulta ser dominante en nuestro país, lo cierto es que, con el paso de los tiempos, se ha observado que las distintas legislaciones latinoamericanas le reconocen a la víctima el poder de revocar dicha autorización de participación estatal, incluso permitiendo que quien acompañe a la víctima en ese proceso penal sean asociaciones u organizaciones afines a la problemática que pueda transitar la víctima del delito. Esto último se observa en compromisos internacionales asumidos por la Argentina, tales como la Convención de Belem do Pará, donde se promueve la representación de organismos no gubernamentales a velar por la protección de los derechos de la mujer contra toda forma de violencia y discriminación, y representarlas a ellas mismas ante Tribunales internacionales.

En nuestro país, el Código Procesal Penal de la provincia de Río Negro, en su artículo 129, contempla la posibilidad de que sea la propia víctima quien pueda solicitar ante un Fiscal superior al interviniente

29. Estos casos reconocen excepciones en los que sí, pese a la falta de voluntad de la víctima, puede procederse igualmente de oficio. Estos casos están reglados específicamente en el art. 72 del Código Penal.

en la etapa de investigación una revisión del temperamento adoptado en contra de sus intereses (desistimiento o archivo de la acción).

A su vez, le permite a la víctima que para el caso de que el temperamento adoptado en una primera instancia sea ratificado por el acusador superior, se reconvierta la acción penal pública en una de índole privada y de ese modo continuar como acusador privado la tramitación de la investigación, supliendo así en su rol al Fiscal.

No podemos dejar de destacar que en nuestro ordenamiento local también se le ha dado a la víctima un mayor rol e injerencia en el proceso penal, ya que contempla la posibilidad de que, para el caso de no compartir el criterio adoptado por el director de la investigación lo exprese ante el Superior, sugiera elementos de prueba a desarrollar y con la conformidad de aquel se revierta dicha decisión y se continúe con la pesquisa. Son los casos previstos en los artículos 213 a 215, donde se habilita a la víctima a solicitar una segunda opinión al Fiscal de Cámara respecto del temperamento de archivo adoptado por el director de la investigación. En caso de tener acogida favorable el Superior podrá apartar al Fiscal de la investigación y nombrar a otro en su reemplazo o sino ordenar la prosecución de pesquisa con el mismo Fiscal a cargo. Caso contrario, la acción podrá ser ejercida por la víctima bajo las reglas previstas para los delitos de acción privada.

Modos de dirigir la investigación. Sistemas acusatorios y mixtos

Luego de los actos iniciales por los cuales se da impulso a la acción penal, comienza lo que denominamos "etapa preparatoria de investigación", la cual versa con exclusividad en actos de investigación que nos brindarán pautas objetivas y necesarias para determinar si se cuenta con elementos suficientes para llevar a una persona investigada a la próxima etapa, el juicio oral y público.

Según sean los sistemas procesales más o menos cercanos al acusatorio, dicha labor antes mencionada recaerá en la figura del o de la fiscal a cargo o del juez/a de Instrucción.

Los sistemas inquisitivos consisten en que una vez que el juez reúne los elementos de prueba necesarios para considerar consistente la de-

nuncia recibida la envían al fiscal para que sea él quien requiera la apertura a juicio (acusación). En los sistemas mixtos también se entrega la investigación al juez para que realice una instrucción formal y luego, sobre la base de ese sumario, el fiscal requiera la apertura de un juicio oral.

La gran diferencia en el sistema acusatorio, el cual resulta ser el imperante paulatinamente en todos los sistemas procesales nacionales e internacionales, se basa en la división de funciones de los órganos del Estado, de modo que el Ministerio Público Fiscal se encarga de investigar, quedando reservada para el juez la tarea de autorizar ciertas medidas, tomar decisiones y velar por las garantías procesales durante la pesquisa, pero de ninguna manera ejercer actos de investigación.

Este modelo ha demostrado en la práctica ser mucho más eficaz para profundizar una investigación respetuosa de las garantías procesales.

Garantías y principios procesales

Dentro de esta etapa de búsqueda de prueba se deben tomar decisiones que pueden devenir del propio juego armónico del sistema contradictorio, donde ambas partes desean hacer primar sus posturas por sobre la del adversario, pero también algunas de esas decisiones pueden afectar derechos, garantías y principios constitucionales, y es por esa razón que nuestra constitución exige que aquellas sean adoptadas por autoridades jurisdiccionales.

Una de ellas resulta ser la denominada *ne bis in idem* o prohibición de juzgar dos veces a una persona por el mismo hecho.

Si bien esta garantía no encuentra adecuación expresa en nuestra Constitución, puede vérsela incluida a través de los distintos pactos internacionales incorporados a la Carta Magna, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4) y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7).

El fundamento de esta garantía no es simplemente la seguridad jurídica, como puede pensarse a partir de su relación con el principio de cosa juzgada, sino que la prohibición de doble juzgamiento se apoya en que

> ... 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, sometiéndolo 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.[30]

Es bastante usual pensar nuestro sistema procesal penal desde una óptica rígida, respecto de la necesidad de investigar la totalidad de los casos que llegan a su conocimiento. Así es entendido el principio de legalidad procesal previsto en el artículo 71 del CP, por cuanto impide desarrollar una adecuada política criminal, automatizando el proceso de las necesidades político-criminales.

Si bien el maestro Maier fue quien resaltó la necesidad de incorporar el principio de oportunidad en la legislación argentina, es decir la necesidad de elegir qué casos el Estado por intermedio de sus órganos de persecución deberá investigar y cuáles no, no deja de resaltar la relación regla general y excepción, la cual vincula a ambos principios.

Todo sistema penal es y debe ser un sistema de selección de casos y existen principios que regulan dicha selección, de un modo transparente, fundado en valores democráticos propios de un Estado de derecho, en la economía de la violencia y en criterios adecuados para un ejercicio igualitario de la ponderación que es necesario realizar en toda selección de casos y mecanismos de trabajo.

Si se pretende que la justicia cumpla con el postulado de poner la fuerza pública al servicio igualitario, es imperioso seleccionar, darle a la justicia penal, misiones razonables. La persecución penal igualitaria es sostenida por el principio de igualdad, pero dicha persecución requiere de un horizonte de administración estratégica e igualitaria de los recursos, para que no se convierta en una mera declaración abstracta.

Con motivo de ser el impulsor de la acción penal y de realizar en forma objetiva su misión, se requiere que el Ministerio Público Fiscal –en adelante MPF– investigue y demuestre tanto las circunstancias que permitan comprobar la acusación como las que sirvan para eximir de responsabilidad a la persona imputada. Esta obligación consiste, entonces, en procurar no solo las medidas adversas al imputado sino

30. CSJN, Fallos: 321:2826, "Polak", entre muchos otros. En igual sentido, CAPPJCyF, Sala II, "Ottamendi, Martín Ricardo", causa N° 354/05, 15/12/2005 y del mismo tribunal, Sala III, "R., A. M.", causa N° 4590-02/14, 26/12/2016.

todas aquellas que conduzcan –aun de resultarle favorables– a una recta administración de justicia. De allí la correlación directa de esta norma con la evacuación de citas a que se refiere el artículo 180. Remitimos al análisis de esta norma para una mayor profudización del tema.

Deber de objetividad y roles de las partes

Durante la investigación preparatoria, si bien no pareciera ser una etapa eminentemente contradictoria como lo puede ser el debate oral, existen distintas conflictivas entre las partes que permiten la posibilidad de proponer diligencias, participar en los distintos actos que se lleven a cabo, plantear incidencias y otros.

Así como la Investigación Preliminar Previa (IPP) contempla los distintos actos que le dan su comienzo, existen también otros que concluyen esta etapa de investigación.

Esas son decisiones que puede adoptar el MPF, ya sea porque considera finiquitada la etapa de recolección de pruebas y mediante la confección de un requerimiento de juicio, pieza procesal por la cual peticiona al juez interviniente el avance hacia la etapa oral, o porque no encuentre justamente elementos de prueba para comprobar que la persona imputada haya sido el autor de los hechos denunciados, o el hecho ilícito ni siquiera existió.

La figura del fiscal está ligada desde sus inicios al principio acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin una formal acusación.

El Ministerio Público Fiscal cumple una función requirente esencialmente distinta a la magistratura; de ningún modo se puede hablar de independencia judicial aplicada al MPF. Este es independiente como institución mientras que los jueces lo son *in personam*. Ello es así en razón de que el Ministerio Público es una institución que debe llevar a cabo políticas coordinadas y coherentes, mientras que la independencia judicial está preservando la imparcialidad del juez.

A diferencia de un juez, que constituye una magistratura horizontal donde en realidad todos los jueces son equivalentes en el ejercicio de su función, el Ministerio Público Fiscal se organiza de manera vertical y jerárquicamente como consecuencia de ello.

No rige para el Ministerio Público el concepto de competencia, puesto que su caso no es igual al del juez –que solo ejerce su judicatura en el ámbito de su competencia–, sino que se trata de una institución que solo cuenta con mecanismos administrativos internos de distribución del trabajo. En ese sentido, el MPF no es una institución judicial propiamente dicha y, por lo tanto, no le son asimilables las garantías que surgen de la idea de imparcialidad del Poder Judicial. El núcleo funcional desde donde se debe construir su institucionalidad es el de la adecuada gestión de intereses generales y, en ese sentido, cumple una función de representación de intereses acotada por normas específicas que rigen su función, y por la legalidad y razonabilidad propia del Estado de derecho. Sobre esas bases es que se debe pensar los modelos de organización del Ministerio Público Fiscal.

Justamente, al ser una institución gestora de intereses se ubica en un plano diferente al de los jueces, quienes deben regirse entre otros por el principio de imparcialidad. Ningún fiscal puede gestionar intereses imparcialmente porque esa gestión se realiza en el marco de un conflicto, es decir frente a otro interés que lo niega o lo acota.

A diferencia del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal debe ser imparcial ya que tiene a su cargo el control judicial efectivo (art. 18 CN y arts. 1, 8 y 25 CADH). Precisamente ello es lo que ha querido preservarse con fallos tales como el precedente "Llerena",[31] al establecer que no sea un mismo juez el que intervenga tanto en la instrucción del proceso como durante el juicio.

La distinción entre objetividad e imparcialidad está dada, fundamentalmente, por el abordaje del sujeto procesal, conforme a su rol. Si es fiscal deberá ser objetivo, pero su propia función importa excluir la adjetivación de imparcial, pues su tarea requirente lo coloca en la posición de parte. Ello no impedirá, como la propia ley lo establece, que desempeñe su función lealmente e investigando proposiciones fácticas que sean ajenas a su teoría del caso. Pero siempre lo hará desde su rol de parte.

31. CSJN, Fallos: 328:1491, "Llerena", 17/05/2005.

Excusación y recusación

El artículo 7 remite a las mismas causales de excusación y recusación previstas para los/as jueces/zas, que se especifican en el artículo 22 de este mismo Código, aunque lo posiblemente afectado en su caso será la objetividad y no la imparcialidad, atributo que, como se sabe, no es propio de los magistrados del MPF. En ese sentido, y para mayor entendimiento de ambos supuestos, habremos de remitirnos en un todo a lo explicitado en el comentario al capítulo pertinente.

Es dable destacar que este procedimiento se encuentra contemplado asimismo en la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Nº 1903, más precisamente en su artículo 15, el cual resulta necesario enunciar:

> Los/as magistrados del Ministerio Público pueden ser recusados/as por las mismas causales establecidas respecto de los jueces o las juezas, en las leyes procesales que se apliquen en las causas en que intervengan, con excepción las relativas a la causal de prejuzgamiento. En los mismos supuestos deben abstenerse de intervenir en las causas que les fueren asignadas. Pueden hacerlo también, cuando existieran motivos graves de decoro o delicadeza que obstaculicen su actuación imparcial. Cuando se produjere la excusación de un magistrado del Ministerio Público, el que recibe el expediente por aplicación del mecanismo de sustitución o reemplazo, puede rechazar la causal invocada, en cuyo caso se dará intervención a el o la Fiscal General, el Defensor o la Defensora General, el Asesor o la Asesora General Tutelar, según corresponda, a efectos de dirimir la contienda. En ningún caso se admite la recusación sin causa.

Sin tener la intención de ahondar en lo que más adelante se habrá de comentar, resulta necesario destacar una diferencia relevante entre las dos vías procesales a las que se alude en la norma.

Si bien ambas buscan la remoción del magistrado interviniente, la excusación es planteada en primera persona del integrante del Ministerio Público, y la regulación de dicho proceso está prevista en las distintas reglamentaciones internas según corresponda.[32]

La recusación, a la inversa, es una acción promovida por un tercero, quien manifiesta que el magistrado interviniente se encuentra inmer-

32. Res. FG N° 93/07; Res. DG N° 701/06; Res. AGT N° 111/12.

so en algunas de las causales previstas en los precitados artículos. Dicho conflicto deberá ser resuelto por el/la juez/a del caso mediante audiencia.

Consideramos clarificador reproducir lo dicho por nuestro Máximo Tribunal respecto de ambos instrumentos procesales:

> El instituto de la excusación al igual que la recusación con causa creado por el legislador es un mecanismo de excepción, de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos para casos extraordinarios, teniendo en cuenta que su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional del juez natural;[33]

y además que

> [c]on la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero, a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por norma legal le ha sido atribuido.[34]

La mencionada Ley Orgánica del Ministerio Público dispone además que se encuentra en cabeza de la máxima autoridad de cada rama dirimir los conflictos que puedan suscitarse en la oportunidad en que un magistrado se excuse para intervenir y, habiendo remitido el caso a su colega, este último rechace la causal invocada.

Control de la competencia

La norma se refiere a dos supuestos de declinación de competencia, uno territorial y otro por la materia.

A fin de poder determinar cuál resulta ser el ámbito territorial de injerencia de la justicia local se debe vincular este concepto con la delimitación efectuada por la propia Carta Magna Local, en cuyo artículo 8 reza:

> Los límites territoriales de la Ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos nacionales vigentes a la fecha. Se declara que la Ciudad de Buenos Aires

33. CSJN, Fallos: 319:758, "Industrias Mecánicas del Estado c/ Borgward Argentina SA s/ incumplimiento de contrato", 30/04/1996.

34. Ídem.

es corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, los cuales constituyen en el área de su jurisdicción bienes de su dominio público.

La Ley Nº 6286, que modificó la Ley Nº 7, estableció la competencia de los juzgados de primera instancia del fuero PPJCyF en cuatro zonas judiciales. En este sentido, el Consejo de la Magistratura dictó la Resolución CMCABA N° 294/2020 que estableció dichas zonas, denominándolas norte, sur, este y oeste. Si bien al momento de la redacción de este comentario dicha resolución se encuentra suspendida en su vigencia "hasta tanto finalicen las reformas de infraestructura edilicia y adecuaciones tecnológicas de las distintas sedes proyectadas para cada zona judicial",[35] lo cierto es que cuando se ponga en práctica significará una sensible modificación a la modalidad de trabajo del fuero, dado que los juzgados se distribuirán en cada zona y atenderán de modo exclusivo en la etapa preparatoria solo los asuntos que se originen en dicha zona.[36]

Frente a esta situación es esperable que la organización del MPF también se modifique, para poder adaptarse a esta nueva modalidad.

En cuanto a la competencia material del fuero PPJCyF ella está determinada, por un lado, por las sucesivas transferencias de competencias que se fueron dando desde la justicia nacional. Asimismo, y como se verá en el Título II de este libro, la jurisprudencia tanto de la CSJN como del TSJCABA ha ido ampliando la intervención de la justicia local aun en delitos no oficialmente transferidos.

El Código faculta al fiscal y a las otras partes a requerir la declinatoria de competencia en cualquier momento del proceso. Lo mismo puede hacer el juez de oficio. En caso de que la cuestión se interponga por alguna de las partes, su trámite debe seguir lo previsto para las excepciones de previo y especial pronunciamiento, a cuyo comentario remitimos. Sin embargo, aclaramos que a diferencia de otras excepciones (para cuya resolución las partes deben esperar a que se celebre alguna de las audiencias que prevén los arts. 185, 190, 199 y 223 del CPPCABA),[37] las de incompetencia deberán ser resueltas de inmediato, aunque en el corto plazo no se prevea llevar a cabo alguna de dichas

35. Resolución CMCABA N° 158/2022.

36. Está previsto en la citada Resolución CMCABA N° 294/2020 que los casos que pasen a la etapa de juicio puedan ser juzgados por jueces de zonas diferentes a la del origen del caso.

37. CPPCABA, art. 208.

audiencias, ya que son cuestiones de orden público que afectan la garantía constitucional de juez natural.

Contienda entre fiscales

El espíritu de la norma del artículo 10 radica en que, pese a contiendas de competencia que puedan darse entre dos o más fiscales del fuero en las cuales deba dirimir quién es el que en definitiva terminará interviniendo en la pesquisa, la investigación siga su curso natural y no se produzca un retardo injustificado en la administración de justicia.

Para ello se optó para el fiscal que primeramente intervino sea quien deberá continuar con su labor, sin perjuicio de que se estén tratando cuestiones de competencia de manera paralela. Y, asimismo, se tuvo en consideración el supuesto en que ambos fiscales hubieren tomado conocimiento del caso con misma fecha, resolviendo preventivamente dicho conflicto y disponiendo que prosiga con los actos propios de la investigación quien planteó la cuestión de competencia.

Esta contienda de competencia obtiene respuesta en el artículo 35, inciso 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la cual otorga competencia a los y las fiscales ante las Cámaras de Apelaciones, quienes son los encargados de "dictaminar en las cuestiones de competencia e intervenir en los conflictos de esa índole que se planteen entre los/las fiscales de las instancias inferiores".

Capítulo 3
Ejercicio de la acción por el particular damnificado. Querella

Artículo 11. Querella

Se entiende por víctima a toda persona directamente afectada por un delito. Podrá ejercer la acción penal como querellante hasta su total finalización y una vez constituida será tenida como parte para todos los actos esenciales del proceso.

Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, o si se encontrare materialmente impedido para ejercer sus derechos, podrán querellar el cónyuge supérstite o conviviente

supérstite, sus ascendientes, sus descendientes, sus hermanos o representante legal.

La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público Fiscal ni lo eximirá de sus responsabilidades.

Los organismos del Estado no podrán ser querellantes cuando el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción. No obstante, podrán participar en el proceso como terceros coadyuvantes.

En los delitos de acción pública, la querella podrá continuar con el ejercicio de la acción bajo las formalidades de los de acción privada cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera desistido por alguna de las causales previstas en este Código.

Artículo 12. Legitimación. Oportunidad

Quien pretenda constituirse en querellante se presentará por escrito, personalmente o con mandatario especial, con patrocinio letrado, ante el/la Fiscal. La presentación será admisible hasta el quinto día de formulado el requerimiento de juicio por el/la Fiscal.

Si el acto importara la denuncia del hecho, deberá contener su descripción clara, precisa y circunstanciada, las indicaciones suficientes para identificar al autor en lo posible, los datos del damnificado y demás informaciones de interés para la investigación. Si la investigación ya hubiera comenzado, bastará con que surja claramente del escrito cuál es el hecho por el que se pretende querellar.

Si se omitiera algunos de los requisitos establecidos en este artículo, deberá intimarse a quien efectuó la presentación para que en el plazo de tres (3) días corrija el error u omisión, bajo apercibimiento de inadmisibilidad.

Cuando el/la fiscal considere que el interesado no tiene legitimación, dará inmediata intervención al Juez, quien resolverá en audiencia oral, con intervención del fiscal y quienes pretendan querellar. La denegatoria será apelable por quien pretenda querellar dentro del tercer día.

Artículo 13. Acción civil

El/la querellante solamente podrá ejercer la acción civil conjuntamente con la penal, al solo efecto de obtener la reparación integral del perjuicio causado por el delito. Podrá estar dirigida a terceros ci-

vilmente responsables solamente cuando también se hubiera promovido contra el/la imputado/a.

Artículo 14. Término

La pretensión se deberá formalizar en el requerimiento de juicio y el procedimiento para el ejercicio de la acción civil se regirá por las normas de este Código. Si se promovió previamente demanda civil ante otro fuero, no procederá el ejercicio conjunto con la penal.

Artículo 15. Abandono de la acción

El querellante podrá desistir de su intervención en cualquier momento.

La querella se considerará abandonada cuando sin justa causa no concurra:

1. **A prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia; y**
2. **A la audiencia de debate, o se aleje de esta o no formule conclusiones.**

En los casos de incomparecencia, la existencia de justa causa deberá acreditarse antes de iniciar la audiencia o diligencia, salvo imposibilidad absoluta, en cuyo caso deberá justificarse en la primera oportunidad posible. El desistimiento será declarado por el juez, a pedido de parte, cuando el querellante pretenda ejercer su rol en algún acto procesal posterior.

El abandono de la acción penal por parte del querellante importará el de la acción civil cuando hubiera sido promovida en sede penal, sin perjuicio de que el interesado la promueva en la sede pertinente. La imposición o exención de costas se resolverá conforme los principios que rigen la cuestión según este Código.

Artículo 16. Pluralidad de actores

Cuando más de una persona pretenda querellar por el mismo hecho, o los querellantes ya constituidos fueren varios y hubiere identidad de intereses entre ellos, el Tribunal a pedido de la fiscalía o de la defensa, los intimará a unificar personería. Si dentro del quinto día de notificados de la intimación no se pusieren de acuerdo, el/la Juez/a oirá en au-

diencia a los querellantes y a quienes pretendan serlo, con citación de la fiscalía y la defensa, y su decisión sobre la cuestión será recurrible.

Consideraciones generales. La expropiación del conflicto penal y el restablecimiento de la víctima

Si bien en los orígenes del derecho penal la víctima estaba a cargo de la persecución (sistema acusatorio material), el desarrollo histórico fue llevando progresivamente al establecimiento de una persecución penal oficial, y el rol de la víctima quedó relegado y reducido al de simple persona llamada a atestiguar sobre el hecho a través de un fenómeno histórico que la doctrina procesal describe como la "expropiación del conflicto" de las víctimas.

La monopolización por parte del Estado liberal de la administración de justicia se dio gracias al avance de una concepción del derecho penal orientada a la resolución de conflictos sociales y no como vía para la restauración de conflictos individuales entre el ofensor y el ofendido.

El interés público ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada justificaron esta intervención estatal, que se dio frente a un cambio en la concepción del delito, como hecho que representa algo más que el simple daño concreto a la víctima: lo que antes era un conflicto entre particulares se redefinió como conflicto entre el autor del hecho y la sociedad.[38]

En este devenir histórico, sin embargo, la víctima fue paulatinamente restablecida en su rol, conservando ciertos derechos parciales como acusadora privada, tanto en los sistemas del *common law* como en los de Europa continental. Mas modernamente se verifica una ten-

38. Cfr., entre otros, Baumann, Jurgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., 1986; Diez Ripollés, José L., "El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista", en *Jueces para la Democracia*, Nº 30, Madrid, Ed. Jueces para la Democracia, 1997; Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia", en AA. VV., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992; Bovino, Alberto, "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos", ponencia presentada en el V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, celebrado del 12 al 15 de mayo de 1993 en Santiago, Chile. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30779.pdf [fecha de consulta: 26/03/2023].

dencia orientada a reconocerle nuevamente un rol preponderante en el proceso penal, no solo para perseguir formas de compensación dentro del proceso bajo el ideal de la justicia restauradora, sino incluso en su actuación orientada a obtener la respuesta tradicional del sistema penal: el castigo del responsable del delito.

La incorporación de la figura del querellante como sujeto del procedimiento previsto frente a la persecución de delitos de acción pública y de acción pública dependientes de instancia privada implica un reposicionamiento y revalorización de la víctima en el proceso penal, que es resultado de una crítica del paradigma del sistema penal estructurado en torno al interés estatal, que postula el reconocimiento de los derechos y el respeto por la autonomía de la voluntad de las personas afectadas por la infracción a la hora de decidir el inicio y la medida de la persecución de su ofensor, así como su participación en ella.[39]

Esta tendencia se ha plasmado en los sistemas procesales más modernos, en el reconocimiento de la facultad de la parte damnificada, formalmente constituida como acusadora en el proceso, de promover la acción penal de forma autónoma, aun en ausencia del órgano oficial encargado de impulsar la acción penal pública, promoviendo en solitario la actuación de la justicia hasta el eventual dictado de una sentencia de condena.

El restablecimiento del rol protagónico de la víctima en el proceso

En relación a los debates que derivaron en el restablecimiento del rol de las víctimas en la persecución penal de delitos, resulta obligada la referencia al conocido precedente "Santillán, Francisco Agustín" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,[40] que marcó un hito a partir del cual se fueron forjando interpretaciones más amplias vinculadas con el alcance de la actuación de la querella en el proceso penal, y también constituyó un norte para los modelos procesales que se fueron diseñando con las reformas procesales sobrevinientes.

Allí se reconoció que resultaba admisible, en el sistema normativo vigente en el ámbito federal, que una sentencia condenatoria se fundara

39. Córdoba, Fernando, "La posición de la víctima", en Maier, Julio (coord.), *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 81 y ss.
40. CSJN, Fallos: 321:2021, "Santillán", 13/08/1998.

exclusivamente en la acusación formulada por la querella en caso de que el Ministerio Público Fiscal, en su carácter de titular de la acción penal pública, pidiera la absolución del imputado. De esta forma se estableció que el particular querellante, a quien la ley procesal reconocía el derecho de formular su acusación en un juicio penal, tenía derecho autónomo de obtener un pronunciamiento jurisdiccional útil a relativo a sus derechos, consagrando expresamente que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal (art. 18 CN), que asegura el derecho a obtener una sentencia fundada, tras la sustanciación del juicio.

El carácter autónomo del rol del querellante para la formulación de la acusación penal en el ámbito federal fue ratificado casi diez años después en el precedente "Sabio, Edgardo Alberto",[41] en el que la CSJN revalidó el carácter indistinto entre la acusación pública y privada y el carácter autónomo del querellante en el ordenamiento federal.[42]

En línea con una lectura amplia del reconocimiento de las facultades de la querella en la persecución de delitos de acción pública, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional también reconoció que ante un pedido desestimatorio del fiscal, el acusador particular podía impulsar el proceso desde el inicio en solitario, lo cual entendieron como una derivación necesaria de lo resuelto en "Santillán" que, a criterio de la mayoría, resultaba trasladable a todas las etapas del proceso.[43]

Posteriormente, la misma Sala de la Cámara del Crimen fallaría en el resonado caso "Storchi",[44] donde a pesar de declarar la inconstitucionalidad del sistema de consulta previsto por el artículo 348 CPPN

41. CSJN, Fallos: 330:3092, "Sabio", 11/07/2007.

42. Sin embargo, hay autores que ya veían una ratificación del carácter autónomo del querellante con el dictado del precedente "Del´Olio" de la CSJN (Fallos: 329:2596, 11/07/2006). Ver en este sentido Costa, Andrea P.; Neumann, Juan M., "Un paso más hacia el final del querellante adhesivo. A propósito del fallo 'Del´Olio' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Nueva Doctrina Penal (NDP)*, 2007/A, Buenos Aires, Editores del Puerto-INECIP, p. 181 y ss.

43. CCC, Sala I, "Ascolese, Silvia S.", causa N° 20769, 30/12/2003, voto de los Dres. Bruzzone y Elbert. Con posterioridad a ello, CNCP, Sala I, "Linares, Maximiliano", causa N° 6031, 06/06/2005, y "Sotomayor", causa N° 5297, 30/11/2004; CNCP, Sala II, "Lih Yuh Lin", causa N° 5861, 21/09/2005; CNCP, Sala IV, "Diéguez Herrera, Esteban", causa N° 13139, 06/09/2011.

44. Ibídem, Sala I, "Storchi, Fernando", causa N° 21229, 08/03/2004, voto de los Dres. Elbert y Bruzzone.

(ese tema fue abordado al finalizar ese mismo año por la CSJN en el *leading case* "Quiroga"),[45] se habilitó la elevación a juicio de una causa por haber existido un requerimiento válido formulado por la querella en la oportunidad prevista en el artículo 347 CPPN, con lo cual establecieron que el proceso podía llegar a debate oral y público ante el solo impulso del acusador privado, aun frente al requerimiento desincriminante del Ministerio Público Fiscal.

Luego, en el caso "Del'Olio",[46] la Corte precisò el alcance de las facultades de la querella, señalando que si la querella no formula requerimiento de juicio no puede posteriormente integrar una acusación válida al finalizar el juicio, delimitando el alcance de la aplicación del estándar establecido en el precedente "Santillán" para los casos en que la querella haya formulado válidamente un requerimiento de juicio en la instancia procesal oportuna.[47]

Complementando esa línea de restablecimiento del rol de la querella, en "Juri"[48] la Corte fundamentó el derecho a recurrir de la víctima del delito o de su representante en las normas convencionales previstas por los artículos 8.1 y 25 CADH.

Cabe recordar también que, a partir del caso "Otto Wald",[49] la Corte ya había establecido que todo aquel a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el artículo 18 CN, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado, posición que se robustece con la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución Nacional, por vía del artículo 75 inciso 22 CN, lo que desplaza a la doctrina de acuerdo con la cual "... el querellante o acusador particular es una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo", [50]frente al derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva (arts. 8.1 CADH y 14.1 PIDCyP).

En sintonía con esta corriente a favor de la reivindicación de las facultades de persecución autónomas de la querella, el sistema proce-

45. CSJN, Fallos: 327:5863, "Quiroga", 23/12/2004.

46. CSJN, Fallos: 330:3092, "Sabio", 11/07/2007, cit.

47. CPPN, art. 346; CPPCABA, art. 220.

48. CSJN, Fallos: 329:5994, "Juri", 27/12/2006.

49. CSJN, Fallos: 268:266, "Otto Wald", 21/07/1967.

50. CSJN, Fallos: 143:5, "Vázquez, Luis", 09/03/1925, entre muchos otros.

sal vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce el derecho de la querella a lograr que su pretensión punitiva, dirigida contra la persona acusada del delito de acción pública que lo ha perjudicado, sea ventilada en un juicio oral y público, aun frente a la posición contraria del Ministerio Público Fiscal, siempre que cumpla con las exigencias que la ley procesal establece para la persecución de delitos de acción pública, y manifieste su voluntad de seguir promoviendo la acción en solitario, dentro del plazo que le reconoce la ley procesal.[51]

Tanto es así que, incluso, el sistema normativo actual reconoce amplias facultades a la víctima aun cuando no se haya constituido como querellante, para cuestionar el archivo (desestimación) de un caso por parte de la fiscalía, activando mecanismos jerárquicos de revisión de la actuación del órgano de acusación estatal. Sobre este punto nos remitimos al comentario de los artículos 213, 214 y 215 respectivamente.

De esta manera, nuestro diseño procesal participa de la lógica de los sistemas contemporáneos que, a partir de la consagración constitucional del principio acusatorio (art. 13.3 CCABA), procuran volcarse nuevamente a un proceso de partes, otorgando amplias facultades de intervención a las personas presumiblemente afectadas por el delito.

En la misma dirección, la Ley Nº 27372 de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos, sancionada en 2017 en el ámbito federal, modificó el Código Procesal Penal de la Nación con el objetivo de

> Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencias, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado Nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales (art. 3°).

En su artículo 5 se consagran los derechos y garantías de las víctimas, como así también lo referente a su actuación y defensa durante el proceso penal. La jurisprudencia reconoció que

> … [a] través de dicha norma se le reconoce la posibilidad a la víctima de apelar el pedido de archivo o desestimación de la acción, solicitado por

51. CAPPJCyF, Sala III, "Stamati, Héctor", causa N° 18815/14, 19/09/2015.

el Ministerio Público Fiscal, o cualquier criterio invocado por este que implique menoscabo de las garantías del afectado por el delito.[52]

Finalmente, a partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal Federal (Ley Nº 27063), en especial las disposiciones de los artículos 80 y 81, el legislador nacional también ha rediseñado el alcance de la figura de la querella, garantizando su intervención autónoma, incluso en el tan discutido caso de que el Ministerio Público Fiscal postule la desestimación de la denuncia y se dicte el sobreseimiento de la persona acusada,[53] incluso si la víctima no se hubiera constituido hasta ese momento como querellante (art. 80, inc. j, CPPF).[54]

En definitiva, si bien la complejización de la organización de la sociedades y de las relaciones humanas tornaría materialmente imposible un sistema criminal que se base exclusivamente en acciones ciudadanas, los modelos de política criminal modernos y los sistemas procesales que se fueron construyendo en consecuencia tienden a respaldar en mayor medida mecanismos sociales de participación ciudadana en los procesos, lo que garantiza el derecho de las víctimas de acceso a la jurisdicción, a la par de que contribuye al control ciudadano del ejercicio de las funciones públicas, dota al proceso de un mayor grado de transparencia y asegura en mayor medida la eficacia en el ejercicio de la política criminal.

Sin lugar a dudas, consideramos que el resurgimiento de las víctimas como parte en el proceso penal constituye una instancia de participación ciudadana en la administración de justicia que favorece el ejercicio del debido control de actuación de los órganos políticos y contribuye a la optimización del sistema desde el punto de vista democrático.

Las facultades del querellante

El reconocimiento amplio de facultades de intervención de la víctima no conmueve el rol institucional que incumbe al Ministerio Público Fiscal como encargado de promover la actuación de la justicia y de ejercitar la acción penal pública (arts. 120 CN; 126 CCABA; 17.3 de la

52. CFCP, Sala IV, "R., P. y otros s/ recurso de casación", causa N° 12858/14, 12/04/2019.

53. CCC, Sala IV, "M.G, I.G.", causa N° 42959/15, 02/10/2018.

54. Ibídem, Sala VI, "M. P., V.H. s/ malversación de caudales públicos", causa N° 57384/17, 25/07/2018; CFA Tucumán, "T., A. s/ a determinar", causa N° 35395/17, 19/06/2019.

Ley Nº 1903 Orgánica de Ministerio Público), y el artículo 4 CPPCABA establece que se encuentra a su cargo la dirección de investigación penal preparatoria.

De allí la previsión del artículo 11, segundo párrafo, CPPCABA, en cuanto dispone que la participación de la víctima como querellante no alterará las facultades reconocidas por la ley al Ministerio Público Fiscal ni lo eximirá de sus responsabilidades, lo que permite reconocer, por un lado, que la intervención del querellante como sujeto del proceso no es esencial sino eventual y, por el otro, que la actuación de la fiscalía es independiente de la actuación de la querella.

En el binomio de las interacciones del órgano estatal encargado de promover la acción y la acusadora particular constituida como parte querellante, los sistemas procesales reconocen distintos tipos de querella, según cuál sea el alcance de sus facultades y su nivel de sujeción a las decisiones del órgano oficial: el *exclusivo*, cuando actúa sin la presencia del órgano estatal; el *adhesivo*, cuando se le reconocen facultades para impulsar la acción en conjunto con el Ministerio Público Fiscal, pero sujeto a que la acción haya sido legalmente promovida por la fiscalía y que el órgano estatal mantenga vigente su pretensión, como tercero adherente a la acusación y conclusiones del Ministerio Público Fiscal; el *autónomo*, que actúa en conjunto con la fiscalía, pero se le reconocen facultades para promover y proseguir con el impulso de la acción pública con absoluta independencia de la actitud procesal que asuma el acusador penal público.

Para mayor claridad, Binder explica que el querellante actúa como *acusador exclusivo* cuando se trata de delitos en los que solo existe acción privada o cuando se ha convertido la acción pública en privada. En esos casos él asume toda la carga de la preparación del caso, de la formulación de la acusación y del desarrollo del juicio y su control. Cuando existe concurrencia de acciones, como en el caso de la gran mayoría de delitos de acción pública, el querellante será *acusador conjunto*. Esta última categoría, a su vez, se distingue en función de la variabilidad de las relaciones entre acusador público y privado: si están en igualdad de condiciones, se trata de acusadores autónomos; si hay una relación de subordinación se denomina acusador conjunto subordinado o adhesivo.[55]

55. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, T. II, p. 520.

El CPPCABA recepta las figuras del querellante *exclusivo* y del querellante conjunto autónomo. Conforme será desarrollado posteriormente, también contempla la figura del querellante subsidiario, en relación a los organismos del Estado, que únicamente pueden querellar en tanto el Ministerio Público Fiscal no ejerza la acción, toda vez que se encuentra vedada la acusación conjunta y simultánea de distintos órganos públicos.

El querellante exclusivo se encarga de impulsar la acción de forma particular en los delitos de acción privada enunciados por el artículo 73 CP y artículo 4 CPPCABA, de conformidad con las disposiciones procesales del Libro III, Título II (ver comentario respectivo en esta obra).

También intervendrá con ese carácter en los delitos de acción pública cuando decida continuar con el ejercicio de la acción en los casos en que el Ministerio Público Fiscal hubiera desistido por alguna de las causales previstas en el Código, de acuerdo con lo establecido por el artículo 11, último párrafo, CPPCABA, supuesto en el cual opera la conversión de la naturaleza de la acción pública en privada, de acuerdo con lo que admite el artículo 73, antepenúltimo párrafo del CP.

En los restantes casos, el querellante actuará con carácter *autónomo* en la persecución de delitos de acción pública y dependientes de instancia privada, ya que tiene legitimación para actuar a la par de la acusación impulsada por el Ministerio Público Fiscal, sin depender en ninguna medida de la actitud procesal que asuma, y cuenta con las mismas facultades que las restantes partes para realizar todos los actos procesales: ofrecer y producir prueba, solicitar medidas cautelares, interponer recursos, participar de los actos esenciales del proceso, asistir a las audiencias, requerir a juicio, formular sus propios alegatos, con total prescindencia de las decisiones que adopte el acusador público (art. 257, último párrafo, CPPCABA).

En definitiva, ejerce su función de parte en el proceso con total autonomía sin que en ningún caso su actividad se encuentre sujeta ni subordinada a las decisiones y conclusiones del Ministerio Público Fiscal.

Una vez que es admitido, tiene facultad para intervenir en todos los actos esenciales del proceso, por lo que la inobservancia de este recaudo podría dar lugar a la configuración de una causal de nulidad, en la medida en que la parte interesada demuestre un agravio resultante de la omisión.

A pesar de que la falta de participación de la querella no se encuentra expresamente contemplada como causal de nulidad por el artículo 78 CPPCABA, debe garantizarse la posibilidad de esa parte de probar, contradecir y alegar en todas las instancias del proceso, toda vez que se encuentra alcanzada por el derecho a ser oída, corolario del derecho de defensa en juicio concebido de forma amplia, del derecho de acceder a la jurisdicción y de la garantía de debido proceso penal.

A pesar del innegable carácter autónomo de la querella regulada en nuestro ordenamiento procesal, la reforma implementada con la sanción de la Ley Nº 6020 CABA modificó el alcance del actual artículo 219 del CPPCABA, admitiendo como alternativa que la querella adhiera al requerimiento de juicio de la Fiscalía. Esta modificación se inscribe en una lógica de simplificación del rito procesal (cfr. art. 3 CPPCABA), pero no altera el carácter autónomo del rol reconocido a la parte querellante.

Simplemente, sobre la base de un criterio de desritualización, se admite expresamente que en los casos en que la pretensión de la querella coincida integralmente con la pretensión acusatoria de la fiscalía, el acusador particular pueda quedar eximido de tener que presentar una pieza de acusación exactamente análoga a la de aquel, permitiendo que manifieste que adhiere o presta conformidad con el requerimiento de juicio respectivo.

Con anterioridad a la reforma procesal, esta última práctica –por cierto, bastante habitual– había sido sancionada por algunos tribunales mediante la declaración de nulidad del requerimiento de juicio, con el riesgo del apartamiento del rol de querellante.[56]

56. CAPPJCyF, Sala II, "Abraham, Juan", causa N° 3259/11, 06/09/2012, voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bosch; "Guzmán, Gilda", causa N° 9581/14, 10/05/2015, voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bacigalupo. En contra de esta posición (es decir, a favor de que la querella pueda adherir al requerimiento fiscal), véase Neumann, Juan M., "Las consecuencias de una querella negligente", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2012, p. 136.

Legitimación activa

Personas legitimadas

En cuanto a las personas legitimadas, el artículo 11, primer párrafo, CPPCABA establece que se entiende por *víctima* a toda persona *directamente* afectada por un delito, reconociendo su derecho de ejercer la acción penal como querellante hasta la total finalización de proceso.

La actual definición de víctima es resultado de la última reforma procesal, establecida por la sanción de la Ley Nº 6020, dado que la versión original de la Ley Nº 2303 reconocía tal derecho a las "personas físicas o jurídicas de derecho público o privado directamente afectadas por un delito".

La norma actual ya no contiene la referencia a personas físicas (Libro I, Título I del CCyC, arts. 19 y ss.) y personas jurídicas (Libro I, Título II del CCyC, arts. 141 y ss.). Sin perjuicio de esto, ambas quedan abarcadas dentro de la categoría de "personas" a la que alude la norma, por lo que se trata de una simplificación en la redacción de la norma de la que no se infieren restricciones en la legitimación para actuar como querellante.

Así, podrán intervenir en calidad de querellantes, cuando reúnan las condiciones previstas por la ley, tanto las personas físicas como las personas jurídicas de derecho privado (arts. 148 y 149 y cctes. CCyC) y de derecho público (arts. 146 y 147 y cctes. CCyC).

Con relación a estas últimas, sin embargo, la misma norma dispone que los organismos del Estado no podrán ser querellantes cuando el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción, punto que será desarrollado más adelante.

La última reforma legal también introdujo el tercer párrafo del artículo 11 CPPCABA, que reconoce la intervención de sujetos distintos de la propia persona afectada directamente por el delito frente a determinados supuestos de hecho. Más precisamente, regula que cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, o si se encontrare materialmente impedido para ejercer sus derechos, podrán querellar el cónyuge supérstite o conviviente supérstite, sus ascendientes, sus descendientes, sus hermanos o representante legal, introduciendo una previsión parecida a la que regula el artículo 82, tercer párrafo, CPPN, que hace extensiva la definición de víctimas al:

> cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

La introducción de esta previsión resulta razonable en la medida que resultaba cuestionable la anterior redacción de la norma, que restringía el derecho de querellar solo al titular del bien jurídico lesionado y no a quien haya sufrido perjuicio, sin ser titular de ese derecho, aun frente al supuesto excepcional de la muerte de la persona ofendida por el delito.

Similar es la previsión que contiene el Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén (modificado por Ley Nº 3021), cuyo artículo 60 precisa la definición de víctima, señalando que se considera como tal al ofendido directamente por el delito, y cuando resultare la muerte de aquel, al cónyuge y a los hijos; al concubino, a los ascendientes; a la persona que convivía con él en el momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto; a los hermanos; o al último tutor, curador o guardador.

Este último ordenamiento procesal explicita que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes, de acuerdo con el orden de prelación en la intervención que la propia norma establece.

También el artículo 51 del Código Procesal de Río Negro define el concepto de víctima con el mismo alcance ("ofendido directamente por el delito") e indica que cuando resultare la muerte de aquel, se considera víctima al cónyuge y a los hijos; a los ascendientes; a la persona que convivía con él en el momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto; a los hermanos; o al último tutor, curador o guardador.

Si bien ni el CPPCABA ni el CPPRN contienen una previsión semejante a la del Código neuquino, que explícitamente dispone un criterio de exclusión en caso de múltiples intervinientes, de verificarse la hipótesis de que concurran al proceso local como pretensos querellantes más de uno de los sujetos subsidiarios mencionados en el tercer párrafo del artículo 11 CPPCABA (cónyuge supérstite o conviviente supérstite, ascendientes, descendientes, hermanos o representante legal), el tribunal cuenta con la potestad prevista por el artículo 16 CPPCABA de intimarlos a unificar personería.

En el supuesto de que no se verificase la comunidad de intereses requerida para la conformación de un litisconsorcio entre los querellantes, correspondería interpretar el esquema de prelación en la facultad para intervenir de los distintos sujetos, de acuerdo con el orden previsto por la norma, interpretación que se sigue de la utilización de una fórmula disyuntiva en la enunciación de los distintos sujetos legitimados para sustituir a la víctima directa.

En lo que respecta a los sujetos eventualmente habilitados para intervenir en el caso de muerte o imposibilidad de la víctima, más allá de la rigidez de la redacción de la norma local cuando se refiere al reconocimiento del "conviviente supérstite", en comparación con la fórmula que emplean los otros ordenamientos mencionados, que admiten la posible intervención de "la persona que convivía con él en el momento de la comisión del delito, ligada por vínculos especiales de afecto", sería de un excesivo rigor formal equiparar el alcance de la fórmula local referida a los sujetos convivientes en el sentido de las uniones convivenciales tipificadas por el Libro II, Título III del CCyC (arts. 509 a 528); debería resultar suficiente con la acreditación de la convivencia y del vínculo con el titular del derecho ofendido.

Esta interpretación tiende a favorecer valores sociales frente a los cambios que se han producido en las realidades familiares, frente al aumento de las uniones de hecho y familias ensambladas.

Las relaciones vinculares contemporáneas demuestran que prevalecen cada vez en mayor medida vínculos no formalizados, y consideramos que nada impide reconocer que quien tenga una relación de afecto permanente con una persona que ha muerto puede tener un interés directamente dañado como consecuencia del delito, por lo que consideramos que la previsión legal debería ser tomada en este punto como un esquema general, que sea permeable al reconocimiento de otras personas por fuera de la enumeración legal, en tanto y en cuanto hayan sufrido un daño de intensidad como consecuencia del delito.

Finalmente, a pesar de que la norma local no contiene una regulación demasiado específica, resulta interesante tener en cuenta que el artículo 84 inc. a) CPPF reconoce la legitimación de los socios para querellar respecto de aquellos delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirijan, administren, gerencien o controlen, lo que puede re-

sultar un recurso útil para la resolución de casos prácticos para reconocer el interés dañado, más allá de las formulaciones jurídicas.

Ofendido y damnificado

El CPPCABA exige como condición para reconocer legitimación para constituirse como querellante que la persona haya sufrido *directamente* las consecuencias del delito.

Esto más allá de que, como se señaló previamente, también se reconoce el derecho de querellar a quienes hayan sufrido un perjuicio derivado del delito a pesar de no ser titulares del derecho, en los supuestos contemplados por el artículo 11, segundo párrafo, CPPCABA (muerte o imposibilidad material).

Tradicionalmente, frente a la redacción del artículo 82 CPPN que alude a la persona "particularmente ofendida por el delito", la doctrina procesal señalaba que dicha condición "... es propia de la persona que, de modo especial, singular, individual y directo se presenta por el daño o peligro que el delito comporte";[57] y que el daño ocasionado por el delito "... ha de recaer, especial, singularmente, sobre dicha persona".[58]

Comúnmente, también se ha realizado la distinción entre los conceptos de "ofendido/a" y "damnificado/a". El primero de los conceptos se asocia con la titularidad del bien jurídico lesionado, de lo que se sigue que siempre se le ha reconocido legitimación para constituirse en parte querellante; se trata de la persona que ha sufrido las consecuencias del delito de un modo directo e individual (sujeto pasivo del delito).[59]

Maier define al ofendido como "el portador real de bien jurídico concreto dañado o atacado".[60]

El/la "damnificado/a", en cambio, si bien no es titular del bien jurídico afectado por el delito, es quien ha recibido un perjuicio real y concreto que lo habilita para accionar.

De este modo, se ha interpretado que el derecho procesal admite la legitimación para querellar más allá de la protección contemplada

57. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 3ª ed., 1997, p. 142.

58. Ábalos, Raúl W., *Código Procesal Penal de la Nación*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994, T. I, p. 227.

59. CNCP, Sala IV, "Gómez, Jorge", causa N° 1946/99, 15/07/1999.

60. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2003, T. II, p. 665.

por el bien jurídico tutelado por la norma penal y que aparece afectado por la conducta delictiva, sino que quedan también abarcados aquellos bienes garantizados secundaria o subsidiariamente:

> ... es que la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos, siempre que derive un perjuicio directo y real, quien lo sufre se encuentra legitimado para ejercer el rol de querellante.[61]

La casuística es inabarcable, y existen situaciones en las cuales el sujeto pasivo no coincide necesariamente con el eventual "ofendido" o titular del bien jurídico lesionado por la norma penal.

Mayoritariamente, la jurisprudencia ha señalado que resulta desacertado identificar en todos los casos a la persona directa o particularmente ofendida por un delito con el titular del bien jurídico lesionado, más allá de que eventualmente coincidan.[62]

Según esta posición, el titular del bien jurídico no necesariamente es el único que puede asumir el rol de querellante en un proceso penal, toda vez que no deben excluirse aquellos bienes garantizados también secundaria o subsidiariamente,[63] pues otros sujetos podrían ser damnificados directos, como consecuencia de la perpetración del ilícito investigado.[64]

Damnificados por los distintos delitos pueden resultar diversas personas tanto inmediata como mediatamente. Ello tiene su fundamento en los bienes jurídicos protegidos por las figuras delictivas que captan tan solo determinadas formas de afectación.

Sería posible y viable que un particular pueda querellar, por ejemplo, frente a un delito contra la administración pública, pese a que la

61. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal Comentado,. op. cit.*, p. 143 y sus citas. También CCCF, Sala II, "San Vicente", causa N° 7931, 20/04/1992; "Negri" causa N° 23729, 11/08/1992; "Taiana", causa N° 461, 24/10/1986.

62. CCC, Sala I, "Medina, Gabriel Roque", causa N° 18905/12, 11/09/2015, voto de los Dres. Bruzzone y García; CCCF, Sala I, "Guardia Mendonca, Humberto", causa N° 45433, 28/06/2011; CAPPJCyF, Sala I, "Giovannetti, Roberto", causa N° 29663/12, 07/03/2013.

63. Ibídem, Sala IV, "Jefe de Gobierno", causa N° 16047, 04/06/2001; "P.", causa N° 21995, 21/11/2003; del mismo tribunal, Sala V, "Incidente de apartamiento de querella", causa N° 37873/11, 13/05/2013; CCCF, Sala I, "A., F.", 23/02/1997.

64. Ibídem, Sala IV, "Parera de Arana, Sofía", causa N° 16889, 25/10/2001.

ley protege directamente un bien del que no es titular, porque indirecta, subsidiaria o conjuntamente también protege un bien particular que la conducta del agente ha lesionado o puesto en peligro.[65]

También se ha reconocido legitimación para querellar frente a la posible comisión del delito de falsificación de documento tipificado por el artículo 292 CP que afecta la fe pública, si la conducta reprochada le causa al querellante un perjuicio directo y real.[66]

Así, la acción descripta en un tipo penal puede afectar más de un bien jurídico, correspondientes a distintos titulares, aunque se encuentre clasificada normativamente solo bajo uno de ellos. La condición de sujeto pasivo dispuesta por el sistema jurídico penal es más amplia en la ley procesal penal, y podrían ser admitidos como querellantes quienes no sean titulares individuales del bien jurídico protegido por la norma.

De acuerdo con otra vertiente más rígida, se ha interpretado que no corresponde conceder legitimación como parte querellante a quien no demuestre la existencia de un perjuicio directo y real en relación al objeto procesal de la causa, siquiera a título de hipótesis, basándose en la naturaleza del delito.[67] En el caso, se señaló que el delito investigado (asociación ilícita), que tiene por objeto tutelar la tranquilidad pública, no puede afectar, ofender o damnificar a los particulares.[68]

En base a esta interpretación, por caso, carecería de legitimación para querellar la persona a favor de quien se hayan dictado medidas cautelares en casos de desobediencia (art. 239 CP), o la persona damnificada por el uso de un documento falso (art. 296 en función del art. 292 CP), o por la comisión del delito de falso testimonio.[69]

---

65. CCCF, Sala I, "Arriete", causa N° 42223, 04/11/2008; CNCP, Sala III, "Giandinoto, Carolina", causa N° 1131.08.3, 03/09/2008.

66. CCC, Sala V, "B.", causa N° 36483, 11/03/2009; "I.", causa N° 21995, 21/11/2003, entre muchas otras.

67. CFCP, Sala IV, "Blanc, Eduardo Ernesto s/recurso de casación", causa N° 298.15.4, 06/03/2015.

68. En similar sentido, en un caso de contrabando, CNCP, Sala III, "Seminara, Julián s/ rec. de casación", causa N° 16501, 30/09/2013.

69. CCC, Sala VI, "Benedit, Cristian", causa N° 32794, 17/09/2017; véase en este sentido la disidencia, que postula una tesis amplia y en tales casos admite la legitimación para querellar.

A partir de la fórmula que se seleccionó en la regulación local y la idea orientadora del sistema de poner el foco en el restablecimiento de los derechos de las personas afectadas por el conflicto penal, permite inscribir la intención legislativa en una concepción relativamente más laxa.

En cualquier caso, es evidente que aún bajo esta última lectura resultaría insuficiente con la alegación de una afectación moral derivada del delito para intentar fundar la pretensión de constituirse como querellante.[70]

En lo que hace a la posibilidad de que se derive de un delito un perjuicio real y directo, se ha dicho que la calidad de ofendido directamente por el delito debe acreditarse con carácter meramente hipotético, como ocurre con el delito mismo.[71]

De lo contrario, es decir, si se exigiera la comprobación absoluta del perjuicio irrogado con el delito, ello equivaldría, para iniciar y proseguir el proceso, la demostración de la realidad del delito, que es precisamente lo que se debe investigar en el proceso.[72]

Sin embargo, más allá de esto último, cierto es que el estándar de exigencia para constatar la existencia de un interés afectado irá mutando de acuerdo con el estadio procesal y el grado de avance de la investigación. Desde ya, será más débil para la simple admisión de la participación con la presentación de la denuncia de un caso, y será más exigente cuando se trate de sostener la legitimidad para formular una acusación.

En definitiva, más allá de la variedad de casos que presente la casuística frente a la variedad de tipos penales afectados, de la existencia de modalidades delictivas cada vez más complejas, y de las fórmulas empleadas legislativamente para definir a la víctima, rescatamos la lectura de Binder en cuanto a que, en definitiva,

> ... carece de sentido [...] buscar una definición general que aclare este punto. La fórmula abierta es mucho más útil, en términos político-criminales, para ordenar el juego de intereses en la persecución penal. Atrás de todo delito existe un haz de intereses, propios de la interacción social afectada, que no es fácil ni útil reducirlos a un solo concepto [...] [L]a

70. CAPPJCyF, Sala I, "Cúper, Jonatan David y otros s/ art. 1 - Ley de Protección animal", causa N° 15130/2020-1, 10/02/2021.

71. CCCF, Sala I, "Arriete", causa N° 45433 y sus citas.

72. CFCP, Sala III, "Michaine, Valentina Rebeca", causa N° 990000201/05, 29/03/2016 y las citas que allí se hacen.

> afectación al interés debe ser concreta, tangible y ello es lo que nos indica el uso de palabras tales como "directamente" o "particularmente". Ahora bien, la determinación precisa de cuándo ello ocurra dependerá del tipo de fenómeno criminal del que se trata y, en particular, de supuestos de hecho que deberán ser comprobados en cada caso en particular...[73]

Sujetos alcanzados

En relación a los sujetos alcanzados, el artículo 11 CPPCABA es más amplio que las disposiciones de otros ordenamientos procesales, en tanto reconoce la posibilidad de que la querella sea asumida por los sujetos enunciados en el segundo párrafo no solo en caso de muerte, sino también a los casos en que la persona se encuentre "materialmente impedida", lo que alcanza a las personas incapaces desde el punto de vista jurídico (también previstas en el segundo párrafo de la norma nacional), pero a su vez cabría hacerlo extensivo a quienes se encuentran incapacitadas materialmente, aunque no medie declaración judicial de incapacidad.

Ahora bien, más allá de la amplitud de la fórmula utilizada por la norma, debería primar un criterio restrictivo en la evaluación de las circunstancias que implican un "impedimento material", en virtud de que el espíritu de la ley es el de garantizar la intervención a título personal (o mediante representante con mandato especial) de quien tenga derecho a intervenir en esa calidad, lo que quedaría absolutamente desvirtuado si se adoptara un estándar demasiado laxo para evaluar las circunstancias que permitan intervención de otros sujetos con carácter subsidiario.

Sobre este punto, la doctrina procesal y profusa jurisprudencia nacional, de forma prácticamente unánime, han determinado la incompatibilidad de roles de acusador particular e imputado, estableciendo que las imputaciones recíprocas originan incompatibilidad de roles, aun cuando no se haya ordenado la indagatoria del pretenso querellante –e imputado–, porque eso resultaría contrario al espíritu de la ley.[74]

---

73. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 528.

74. CCC, Sala VI, "Carlini, Hugo Leonardo", causa N° 39035, 31/03/2010; "Giraud, Jorge", causa N° 36552, 15/06/2010; "Giménez, José Antonio y otro", causa N° 28165, 31/10/2005; "Pinnel, Ana Patricia", causa N° 38680, 09/02/2010. Del mismo tribunal, Sala VII, "Della Vacchia, Gustavo", causa N° 36172, 09/03/2009; Sala I, "Pagano, Jesús", 05/05/1998 y "Di Pietro", 20/10/1999; Sala V, "Cosenza, Julio C", 24/02/1998 y "Bernstein,

Exclusión de los organismos del Estado

Prohibición del Estado querellante. Alcance e interpretación

El artículo 11, tercer párrafo, CPPCABA, impide que organismos del Estado sean querellantes cuando el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción. En tales casos, únicamente pueden participar en el proceso como terceros coadyuvantes.

Como se ve, la norma local se inscribe en una tesis restringida en cuanto a la legitimación de los organismos estatales para querellar, admitiendo únicamente su intervención con carácter subsidiario al titular del ejercicio de la acción penal pública, pero no de forma conjunta.

La prohibición establecida por la primera parte de la norma no parece desacertada si tenemos en cuenta que, como enseñaba Maier, la desigualdad teórica del imputado en un procedimiento penal oficial que admite la participación del ofendido no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial. De modo tal que, para evitar otras fuentes de desigualdad, solo es necesario evitar los excesos.[75]

En el orden federal, resulta pertinente mencionar que el artículo 87, último párrafo, CPPF, a diferencia de la regulación local, actualmente admite la intervención de las entidades públicas como querellantes frente a los delitos de acción pública.

Antes de que la cuestión fuese resuelta normativamente mediante la última reforma legislativa, los tribunales del ámbito federal debatieron ampliamente la legitimación de los organismos del Estado para intervenir en tal carácter, en una discusión que no pierde actualidad frente a la naturaleza constitucional de algunos de los argumentos que entran en juego en la discusión.

Es que, si bien el Ministerio Público Fiscal es el órgano estatal específico de persecución penal pública, existen diversas leyes que legitiman para intervenir como querellante en el procedimiento penal, con

---

L. M.", 14/10/1999; Sala IV, "P., C. R, s/ hurto", causa N° 1889/11, 23/12/2011. Además, CNCP, Sala III, "Cura, E. D.", 15/11/1999 y "López, D.", 19/03/2004; también CCCF, Sala I, "Caserta, Mario", 02/02/1995. Véase también Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *La querella*, Buenos Aires, Ed. Hammurrabi, 3ª ed., 2008, pp. 55-56.

75. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2003, T. II, p. 613.

sus mismas facultades, deberes y responsabilidades –sin desplazar a la fiscalía– a otros organismos estatales.[76]

Esto motivó una amplia discusión teórica en relación a la coexistencia en el proceso penal de distintos acusadores públicos, frente a la objeción de que la duplicidad, o eventual multiplicidad, de representantes del Estado en el rol de acusadores independientes, rompía con un esquema de equilibrio de las partes en el proceso penal, derivando en una afectación del derecho de defensa y del debido proceso de la persona acusada (art. 18 CN).

En el orden federal, en casos de infracción al artículo 13 de la Ley Nº 25761, la CNCP había resuelto que la Dirección Nacional de Fiscalización de Desarmaderos y Autopartes del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación carece de legitimación activa para querellar.[77]

Más precisamente, la decisión se fundamentó en el contenido de las resoluciones ministeriales en las que la DNFDA intentaba fundar su legitimación para querellar, y se sostuvo que

> ... es el Ministerio Público Fiscal el órgano estatal que tiene por función la promoción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Coordinación que, a mi modo de ver, no necesariamente comporta la posibilidad de ejercer una acusación autónoma en el marco de un proceso penal, sino que antes bien, se encuentra vinculada [...] a la colaboración en las investigaciones en las que se encuentre involucrada la infracción al artículo 13 de la Ley 25.761 y al mero seguimiento de los procesos que con motivo de tales actividades ilícitas se formen.[78]

Sin embargo, la misma Sala admitió la legitimación activa de la AFIP-DGI (cfr. art. 23 Ley N° 24769) para actuar como querellante en soledad.[79]

---

76. Ibídem, p. 685.

77. CNCP, Sala IV, "Proietti, Hugo", causa N° 12095, 01/07/2011 y del mismo tribunal, Sala III, "Ferenese", causa N° 12304, 23/08/2010.

78. Cfr. voto del Dr. Hornos, al que adhirieron los Dres. González Palazzo y Diez Ojeda en el caso "Proietti", citado en la nota precedente.

79. CNCP, Sala IV, "Petrizzo, Edgardo", causa N° 9140, 14/04/2011, con remisión al caso "Eraso", causa N° 8264, 04/12/2009. También, de la misma Sala, "Campbell", causa N° 12742, 07/07/2011; "Di Biase", causa N° 970/2013, 04/07/2014; y "Pretenso querellante

La lectura del voto de la mayoría en estos últimos fallos, en muy resumidas líneas, se apoyó en el argumento de que, más allá de que ambos fueran órganos estatales, de eso no se sigue necesariamente una identidad absoluta de intereses y funciones, que permita concluir que se "duplique" o "superponga" una intervención estatal en idéntico sentido, que importe un exceso violatorio del principio de razonabilidad de los actos de los poderes públicos previsto por el artículo 28 CN.[80]

De otro lado, también existen precedentes en los que se rechazó la legitimación de la AFIP para la persecución autónoma de delitos tributarios, destacando que la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros poderes del Estado.[81]

Cabe recordar que la CSJN tuvo ocasión de intervenir en el caso "Gostanián",[82] en el que se hallaba en tela de juicio la constitucionalidad de lo actuado por la Oficina Anticorrupción, tanto durante la investigación de carácter preliminar que culminó con la denuncia de los hechos delictivos, como durante el curso del proceso en su calidad de querellante. En el caso, sin embargo, el Ministerio Público Fiscal no había declinado su actuación como acusador público.

En dicho precedente, con remisión a los fundamentos y conclusiones del Procurador, se rechazó el recurso de la defensa, señalando que en los casos en que el bien jurídico protegido por un delito es la Administración pública, parece legítimo que el Estado pueda actuar como parte del proceso para promover la acción, y que esa facultad no es incompatible con el principio de separación de poderes, en tanto no hay ningún riesgo de que se confundan un ente ejecutivo y aquel que tiene la titularidad de la acción penal pública, que es el Ministerio Público Fiscal.

Con estos argumentos se validó la actuación conjunta del Ministerio Público con otros organismos estatales. Sin embargo, se dejó plasmada la duda de constitucionalidad, derivada de la vigencia del artículo 120 CN que atribuye al Ministerio Público Fiscal la titularidad en

AFIP s/ legajo de apelación", causa N° 13345/12, 28/04/2015. Además, véase CNCP, Sala III, "Michanie, Valentina Rebeca y otros", cit.

80. Del voto del Dr. Hornos en "Campbell", citado en la nota precedente.

81. CNCP, Sala III, "Ciccone", causa N° 1680/07, 29/11/2007.

82. CSJN, Fallos: 329:1984, "Gostanián", 30/05/2006.

el ejercicio de la acción penal pública, frente a una eventual acusación exclusiva por parte de los organismos estatales, que es justamente el esquema que propone la norma local.

En efecto, si bien el artículo 11, tercer párrafo, CPPCABA, prohíbe la acusación conjunta entre los organismos estatales y el Ministerio Público Fiscal, parecería habilitar su intervención con carácter subsidiario; esto es, si el titular de la acción decidiera no promover una acusación. Este esquema podría dar lugar a la discusión sobre la validez constitucional del diseño normativo vigente, a la luz del artículo 125 CCABA y de los artículos 1 y 28 CN, que pone en cabeza de la fiscalía el ejercicio de la acción penal pública.

Al abordar esta cuestión, Binder expresa que, así como la complejidad de los intereses sociales involucrados en una sociedad democrática hace que hoy no sea aconsejable un diseño político criminal que deje afuera a sectores y organizaciones sociales con mayor vocación y capacidad para gestionar esos intereses, lo mismo cabría decir respecto del propio Estado.[83]

Ahora bien, a criterio del autor, resulta confuso que las legislaciones procesales reconozcan a los organismos del Estado la facultad de ser querellantes, porque esa figura ha sido utilizada para acusadores no estatales:

> El acusador público estatal es siempre una forma de ser fiscal, forma parte del Ministerio Público. Ese Ministerio Público podrá estar centralizado o descentralizado bajo fórmulas varias. Pero lo confuso y no admisible es que entidades públicas estatales actúen en el proceso bajo la figura del querellante. Perfectamente las leyes del Ministerio Público fiscal pueden habilitar estas formas de acusadores públicos especiales [...] o diseñar modelos más o menos descentralizados.[84]

En términos de eficacia de la ejecución de ciertos estándares de política criminal, Binder se expresa a favor de la posibilidad de que concurran, conjunta o alternativamente, el Ministerio Público Fiscal y otras agencias estatales de persecución penal, en el entendimiento de que la Constitución no pone obstáculos en tanto no habla de *exclusividad* del Ministerio Público Fiscal en el ejercicio de la acción pública.

83. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2014, T. II, p. 490.

84. Ibídem, pp. 492-493.

Resultan muy acertadas, en términos de diseño institucional, las observaciones del autor referidas a la necesidad de garantizar articulación entre distintos organismos del Estado para asegurar una persecución penal más eficiente. Compartimos, en este sentido, que la experiencia indica que no siempre la creación de áreas especializadas dentro de las fiscalías resulta suficiente, frente a determinados fenómenos delictivos complejos, y que termina generando una duplicidad de esfuerzos estatales orientados a los mismos fines.

Desde esta lectura, el sistema de acusación *subsidiaria* de los organismos estatales especializados, previsto por la normativa local, no resulta irrazonable y puede ser interpretado a partir de la correcta articulación de los esfuerzos del Estado: sobre la base de los criterios de cooperación y de correcta articulación entre los distintos organismos estatales, el Ministerio Público Fiscal podría tomar la decisión de política criminal, frente a determinados tipos de criminalidad, de ceder paso para que continúe impulsando la investigación un organismo estatal especializado.

El esquema de subsidiariedad regulado parece adecuado desde el punto de vista de la eficiencia y no parece problemático desde la perspectiva del derecho de defensa en juicio, en la medida en que la regulación no da lugar a la coexistencia simultánea de una doble acusación estatal en perjuicio de la persona sometida a proceso, lo que podría ser objetado como violatorio del principio de igualdad de armas (art. 18 CN). Una posición jurisprudencial interpreta la cláusula legal en un sentido absoluto, restringiendo la legitimación de los organismos del Estado para querellar en cualquier supuesto en que el Ministerio Público Fiscal haya instado la acción, con independencia de que posteriormente haya dispuesto el archivo.[85]

Entendemos que esa última interpretación anula el sentido del cuarto párrafo del artículo 11 del CPPCABA, en tanto que si la intención legislativa hubiera sido restringir a los organismos del Estado de la posibilidad de querellar en cualquier supuesto, hubiera bastado con que se dispusiera "[l]os organismos del Estado no podrán ser querellantes", sin necesidad de agregar seguidamente "cuando el Ministerio Público Fiscal ejerza la acción".

85. CAPPJCyF, Sala III, "NN s/ art. 181 CP", causa N° 12333/2013, voto por sus fundamentos del juez Sergio Delgado.

El tercero coadyuvante

En lo relativo a las funciones de los terceros coadyuvantes, no hay ninguna norma que especifique y/o defina su alcance. No obstante, resulta evidente por una inferencia puramente conceptual, que no sería legítimo reconocerle facultades de actuación autónomas que puedan significar de alguna forma dar impulso al proceso al margen de la actuación del titular de la acción, ni en la instancia de tramitación común del proceso, ni en la instancia recursiva, dado que esto importaría equiparar a estos sujetos procesales al rol de acusadora que la ley restringe.

Con esta lógica, la Cámara de Apelaciones del fuero ha resuelto que el tercero coadyuvante carece de legitimación para recurrir autónomamente interponiendo recurso de apelación, en la medida en que la Fiscalía se encuentra ejerciendo la acción penal.[86] En el caso, se trataba de la abogada de la Dirección General de Asuntos Penales de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en representación de la Secretaría de Integración Social y Urbana del Ministerio de Desarrollo Social, titular del inmueble presuntamente usurpado.

Con respecto al alcance de su intervención durante el desarrollo de la investigación penal preparatoria, puede resultar útil como guía de interpretación la Resolución FG N° 1/2010 de la Fiscalía General de la Ciudad, a pesar de que no se trata de una ley en sentido formal ni material. Allí se estableció como criterio general de actuación que los/as fiscales comuniquen al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la radicación de las denuncias o la recepción de actuaciones de prevención por presunta comisión del delito previsto por el artículo 3 de la Ley N° 23592 o infracción del (ex) artículo 65 del Código Contravencional (actual art. 70; cfr. Ley Nº 1472, TO Ley N° 6017).

La misma resolución instruye a los/as fiscales de primera instancia para que admitan como terceros coadyuvantes al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a otros organismos (estatales, no gubernamentales –ONGs– u organizaciones intermedias), que tengan por objeto la protección contra la discriminación de personas o grupos de personas a causa de su raza,

86. Ibídem, Sala III, "NN s/ art. 181 CP", causa N° 13016/2020-2, 22/10/2021.

religión, nacionalidad, sexo, ideas políticas, etcétera, y a particulares que acrediten un interés legítimo en el caso.

En particular, establece que: a) se deberá permitir a los terceros coadyuvantes tomar vista de los legajos respectivos, salvo que se haya dispuesto secreto de la investigación (actual art. 109 CPPCABA); b) se proveerán sus peticiones fundadamente; c) se les notificarán las resoluciones de archivo que se dicten y las resoluciones que adopten los Fiscales de Cámara al revisarlas; d) se admitirá que efectúen las mismas presentaciones que las víctimas en las revisiones de archivo por parte de los Fiscales de Cámara en los casos de los artículos 213, 214 y 215 CPPCABA.

Finalmente, instruye para que se ponga en conocimiento de los denunciantes, damnificados o víctimas, la posibilidad de requerir la asistencia correspondiente al Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En principio, consideramos que lo dispuesto por los dos primeros incisos de esta norma de actuación interna de la fiscalía no contraviene ninguna disposición normativa, por lo que esas disposiciones no resultarían problemáticas desde el punto de vista normativo.

Distinta es nuestra mirada en relación a la facultad que se pretende reconocer a los terceros coadyuvantes realizar presentaciones tendientes a cuestionar el archivo dispuesto por la fiscalía de primera instancia para obtener la revisión por parte del superior jerárquico, en la medida en que la ley no contempla que el mecanismo de revisión interna pueda ser promovido por sujetos distintos de la propia víctima. Desde esta perspectiva, esta salida podría ser objetada por vulnerar la legalidad y el debido proceso (art. 18 CN).

Para la correcta resolución de eventuales incidencias que pudieran generarse respecto del alcance de las funciones que legítimamente pueden asumir en el proceso penal los terceros coadyuvantes, debería servir como parámetro que la finalidad del legislador estuvo orientada a evitar la duplicidad de actuaciones frente a la existencia de intereses estatales únicos, por lo que los casos de duda deberían resolverse considerando a los terceros coadyuvantes como sujetos adherentes del acusador estatal, ejerciendo funciones *dependientes* de la acción fiscal.

El artículo 65 del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén prevé que en todo proceso seguido por delitos contra la integri-

dad sexual en el que sea víctima un niño, niña o adolescente, desde el primer momento de la investigación se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente –que forma parte de la estructura orgánica de la Defensoría General–, en representación de los intereses de la víctima menor de edad, en carácter de querellante. La misma norma dispone que dicha intervención perdurará durante todo el proceso, aun cuando el representante legal del niño, niña o adolescente se presente en el carácter de querellante particular.

Esta norma ya formaba parte del sistema neuquino en el artículo 96 ter del CPP derogado, a partir de la modificación de la Ley N° 2605, y había sido objeto de impugnaciones constitucionales fundado en que implicaba una violación al principio de igualdad de armas. Esos cuestionamientos resultaron finalmente rechazados por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, que confirmó la constitucionalidad de la norma al declarar la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por la defensa en este punto.[87]

Organizaciones y asociaciones

El CPPCABA no contiene ninguna precisión ni mención particular relativa a la facultad de las asociaciones o fundaciones de constituirse como querellantes.

El actual artículo 84 inc. b) CPPF restringe su legitimación para querellar en los casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos, siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren debidamente registradas.

Con un posicionamiento más amplio, y sin establecer restricciones en relación al tipo de delito ni la naturaleza del derecho presuntamente afectado, existen otros ordenamientos procesales que establecen expresamente que toda organización que acredite un interés legítimo en un caso, relacionado con su objeto institucional, tiene legitimación para querellar (art. 55, segundo párrafo, CPPRN).

En relación a la legitimación de las fundaciones y organizaciones de la sociedad civil para querellar, Binder analiza el concepto de "quere-

87. TSJ Neuquén, "Riquelme E. E. y Reynoso, V. N. s/ abuso sexual con acceso carnal agravado", causa N° 55/11, 14/11/2011.

llante colectivo", que implica que no solo el sujeto individual puede presentarse como acusador, sino también pueden hacerlo las instituciones, fundaciones o asociaciones de ciudadanos, lo cual puede ocurrir en dos casos. En primer lugar, en aquellos en los que resulten afectados intereses difusos, por ejemplo: la calidad del medioambiente, la protección del consumidor, la seguridad del trabajo, etcétera. Por otra parte, existe la posibilidad de que las acciones colectivas se originen a pedido de la víctima. Esto puede ocurrir en los casos en que la víctima siente que, individualmente, estaría desprotegido en el proceso penal; entonces puede recurrir en busca de apoyo a una entidad –por ejemplo, una asociación de ciudadanos– para que la auxilie a gestionar el proceso penal (mujeres golpeadas, víctimas de agresiones sexuales, etc.).[88]

Siguiendo al mismo autor, entendemos que un plan eficiente de política criminal no puede prescindir de la realidad histórica que da cuenta de que para diseñar la política de persecución penal es fundamental la intervención de determinados actores que tendrán la energía y la predisposición para seguir adelante, en especial en casos complejos, en los que las investigaciones penales sufren muchos obstáculos prácticos que en ocasiones provienen del propio Estado.[89]

La cuestión ha sido materia de discusión en los tribunales de justicia, fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 1994 que incluyó el artículo 43 CN, que contempla el amparo y las denominadas acciones de clase, frente a la afectación de derechos de incidencia colectiva en general, facultando al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones debidamente registradas a interponerlas.

Bajo una mirada restrictiva de la cuestión, la jurisprudencia nacional ha señalado que

> … en los delitos de orden público que afecten derechos difusos o de incidencia colectiva, si bien cada habitante está habilitado a efectuar denuncias para que se investiguen hechos de tales connotaciones […] no puede constituirse en querellante, por no resultar particular ofendido.[90]

88. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 309.

89. Ibídem, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2014, T. II, p. 536.

90. CCC, Sala IV, "M. M. y otros", causa N° 513/11, 26/05/2011. En el mismo sentido, CNCP, Sala I, "Comunidad Homosexual Argentina", causa N° 9234, 14/09/2010, voto de la mayoría de los Dres. Rodríguez Basavilbaso y Fégoli.

A nivel local, si bien no existen normas que limiten las facultades de intervención de las organizaciones de la sociedad civil, la jurisprudencia ha establecido que para decidir la legitimación activa de una organización civil para querellar en un proceso penal se deben cotejar los fines estatutarios de la sociedad, para determinar su correspondencia con el objeto de la causa, y corresponderá el rechazo de la pretensión de querellar en caso de que el estatuto constitutivo de la organización no contenga una vinculación directa con los intereses afectados con el presunto hecho delictivo.[91]

Naturalmente, en el orden práctico, además de ese requisito, al tratarse de personas jurídicas deberá verificarse la capacidad del pretenso querellante de representar a la sociedad y/o tener la autorización para presentarse como querellante en determinado proceso.[92]

En tanto la normativa local no contiene ninguna restricción en torno a la legitimación para intervenir en casos de delitos que afecten bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, consideramos que para garantizar una política criminal eficiente debería admitirse su intervención, en la medida en que la finalidad perseguida por la organización se corresponda específicamente con el objeto procesal de la causa, y se encuentre debidamente constituida conforme a la ley para la defensa de los derechos de incidencia colectiva afectados.

En aquellos casos en que haya víctimas concretas, pero se trate de una lesión a derechos individuales esenciales (como la dignidad, la libertad y la no discriminación), una parte de la jurisprudencia federal ha interpretado que es posible trasladar a la materia penal los conceptos desarrollados por la CSJN sobre el amparo colectivo en el caso "Halabi"[93] a fin de admitir la intervención como querellantes.[94]

No obstante, aun en estos últimos casos en los que exista una persona directamente ofendida por el delito, entendemos que resultaría razonable la exigencia de que la organización cuente con el mandato especial de intervención otorgado por la víctima para ejercer su repre-

91. CAPPJCyF, Sala I, "Cúper, Jonatan David y otros", cit., y del mismo tribunal, Sala III, "Ecoparque y otros s/ art. 1 - Ley de Protección animal", causa N° 23100/2018-9, 31/08/2021.

92. Ibídem, Sala III, "GCBA s/ art. 249 CP", causa N° 15818, 19/02/2021.

93. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi", 24/02/2009.

94. Ver en este sentido el voto del Dr. Madueño en "Comunidad Homosexual Argentina", mencionado precedentemente.

sentación en el proceso, de modo de asegurar que la legitimación para querellar que se reconozca a la persona de existencia ideal no contravenga de ninguna forma los intereses individuales de la persona directamente afectada por el delito, ya que sería un contrasentido que su admisión en el proceso derive en una forma de revictimización.

Siguiendo las reflexiones de Binder en relación a este tema, para que la intervención de las organizaciones y fundaciones no estatales tenga legitimidad se debe tratar de organizaciones que tengan fines específicos y cuyo objeto no sea el bien público en general, porque eso es lo que hace el Estado.[95]

En consecuencia, debería probarse sobre la base del estatuto una preocupación consolidada vinculada con los intereses afectados por el delito, y no sería admisible que se trate de una entidad únicamente constituida para seguir un solo caso.

Requisitos formales y oportunidad

Modalidad, plazo y exigencia de mandato

El artículo 12 CPPCABA dispone que quien pretenda constituirse en querellante debe realizar su presentación por escrito ante el/la fiscal, personalmente o con mandatario especial, y con patrocinio letrado.

El plazo para la constitución como querellante es hasta el quinto día de formulado el requerimiento de juicio por el/la fiscal, lo que explica la lógica instaurada a partir del precedente de la CSJN "Del'Olio", comentado previamente, en cuanto a que la formulación del requerimiento de juicio constituye una pieza esencial de la acusación, sin la cual no sería admisible formular dicha acusación al finalizar el juicio en la instancia de los alegatos, puesto que determina la base fáctica sobre la cual se sustanciará el juicio.

Si el escrito de presentación de la querella importara la denuncia del hecho, la norma exige con requisitos de contenido la descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho en cuestión; las indicaciones suficientes para identificar al autor en lo posible; los datos del damnificado y toda otra información de interés para la investigación.

95. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2014, T. II, p. 538.

Si la investigación estuviera en curso, en el escrito se debe consignar con claridad cuál es el hecho por el que se pretende querellar.

En relación a la exigencia de mandato, la norma es clara en cuanto a que se exige poder especial para que pueda presentarse alguien en representación del titular del derecho a querellar, y en este sentido la jurisprudencia ha precisado que el/la damnificado/a debe otorgar un poder especial mediante escritura pública a favor de quien ha de representarlo, indicando el hecho por el cual ha de querellarse y a las personas respecto de las cuales ha de entablar la acción. Si el mencionado poder no ha sido presentado, el agraviado debe actuar de forma personal hasta tanto ello ocurra.[96]

Facultades del letrado patrocinante. Sanción de inadmisibilidad

Carecen de eficacia las presentaciones que realice el letrado patrocinante sin la firma de la parte, dado que a aquel no se le aplican las reglas del mandato y consecuentemente no tiene capacidad de representar la voluntad del querellante.[97]

A pesar de no tener facultades de representación, el letrado patrocinante que carece de poder especial y se encuentra circunstancialmente impedido de obtener la rúbrica de la parte que asiste, puede presentarse por única vez en el proceso invocando el carácter de gestor de negocios previsto por el artículo 48 CPCyCN, frente a la necesidad de realizar actos procesales urgentes si se verifican hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte que ha de cumplirlos. En tal caso, tendrá la carga de acompañar los instrumentos que acrediten la personalidad para actuar o la ratificación de la parte de la gestión realizada, bajo pena de nulidad.[98]

96. CAPPJCyF, Sala I, "Gilberti, Carlos Alberto", causa N° 7418/2015-4, 04/04/2019; "Montoya, Rodolfo Horacio y otros", causa N° 56145-01/2009, 30/09/2011; "Molina, Andrés José", causa N° 741-02/13, 03/03/2016. Del mismo tribunal, Sala II, "C. A., N. A. s/ art. 2 Ley 13.944", 05/12/2011. Véase también CCC, Sala I, "Casín, Justo Simón y otro", causa N° 25376, 23/05/2005 y, de ese mismo tribunal, Sala IV, "C., R.", causa N° 1021/12, 09/08/2012; "Capuchian", causa N° 30791, 16/03/2007 y sus citas; entre muchas otras.

97. Highton, Elena; Areán, Beatriz (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, T. I, p. 925.

98. CAPPJCyF, Sala III, "Maldonado, Máximo David y otros s/ art. 96 CP", causa N° 12244/18, 12/06/2019.

No obstante ello, en el marco de audiencias de carácter puramente técnico (como las de admisibilidad de prueba si es que allí no hay que resolver otros planteos como suspensión del juicio a prueba, avenimientos, etc.) se ha admitido la presencia del abogado patrocinante sin la obligación de que de ella participe el/la querellante.[99]

El artículo 12 CPPCABA dispone en su último párrafo que, en caso de que el pretenso querellante omitiera algún requisito, la fiscalía deberá intimar para que en el plazo de tres días corrija el error u omisión, bajo apercibimiento de inadmisibilidad.

Respecto de la sanción de inadmisibilidad, prevista por la ley para los casos de incumplimiento de los recaudos formales exigidos, se interpreta que el hecho de que la víctima tenga derecho a constituirse como parte en el proceso penal no significa que pueda ejercerlo sin reglamentación alguna. La facultad de presentarse como acusador privado no exime al damnificado de hacerlo en el momento oportuno, estando a su cargo informarse del avance del proceso, lo que encuentra sustento no solo en los plazos que prevé la norma específica, sino en las reglas generales relativas al cómputo de los plazos (art. 74 CPPCABA) y a la naturaleza de los términos (art. 76 CPPCABA).[100]

Así, se ha dicho que el incumplimiento de la intimación no puede ser subsanado fuera del término previsto por la norma, una vez que el caso ya se encuentra archivado por parte de la fiscalía.[101]

En relación a los requisitos formales de admisibilidad para querella, en los casos en que la fiscalía disponga el archivo, y el pretenso querellante pretenda ejercer su derecho de continuar impulsando la acción bajo las formalidades de los juicios de acción privada, deberá cumplir con los requisitos del artículo 267 CPPCABA. Esta última norma contempla que en caso de que no resulte posible presentar toda la documentación necesaria, la parte tiene la carga de informar dónde se encuentra.

Sobre la base de esta última previsión, la Cámara de Apelaciones ha entendido, con remisión a lo decidido por la CSJN en los precedentes "Santillán" y "Otto Wald", que los requisitos formales normativamente exigidos no pueden resultar exiguos, puesto que la consecuencia de la

99. JPCyF N° 6, "Vellani, Axel Matías", causa N° 255978/2021-0, 04/08/2022.
100. CAPPJCyF, Sala II, "H., S.A. s/ art. 89", causa N° 53798/19-2, 03/11/2020.
101. Ibídem, Sala I, "Cúper, Jonatan David y otros", cit.

inadmisibilidad de la pretensión de querellar redunda en una afectación de derechos reconocidos convencionalmente.[102]

Asistencia jurídica de la víctima

En relación a la obligatoriedad de asistencia letrada para que la víctima pueda actuar en el proceso penal, y al deber del Estado de garantizar esa asistencia en forma gratuita en determinados supuestos, el artículo 39 CPPCABA garantiza la asistencia jurídica gratuita de la víctima para intervenir como querellante en el proceso penal, frente a determinados delitos particularmente graves, y también en el caso de que no tenga medios para solventar los gastos por sus propios medios.

Aquí solo cabe referir que la norma local guarda correlato con la regulación establecida en el orden federal, a partir de la sanción de la Ley Nº 27372 de los Derechos y Garantías de las Víctimas de Delito, que previó expresamente el derecho de la víctima a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar, incluso de forma gratuita bajo determinadas circunstancias.

De acuerdo con lo que dispone el capítulo IV de la misma ley, el decreto reglamentario Nº 421/2018 y la modificación de la Ley Nº 27149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, el/la defensor/a público/a de las víctimas forma parte de la estructura orgánica del Ministerio Público de la Defensa, lo que pone en crisis la idea de representación de las víctimas tradicionalmente asumida por el Ministerio Público Fiscal.

Para un abordaje más exhaustivo de la cuestión, nos remitimos al análisis del Título IV, Capítulo Único, correspondiente a este Libro I.

Evaluación de la legitimación para intervenir en el proceso

La evaluación de la legitimación para actuar como querellante incumbe a la fiscalía, y solo corresponde la intervención jurisdiccional en caso de controversia. La regulación tiene correlato con la dinámica procesal derivada del principio acusatorio (art. 13.3 CCABA) y con el principio de oralidad (art. 3 CPPCABA).

102. Ibídem, Sala III, "C. O. y otros s/ art. 181", causa N° 29920/19, 11/12/2020, voto de los Dres. Bosch y Franza.

Además, resulta razonable que el análisis sobre la legitimidad activa del pretenso querellante sea realizada por el propio titular de la acción, que tiene a su cargo la dirección de la etapa de investigación preparatoria, conoce los hechos y define la hipótesis de la investigación.

La intervención jurisdiccional directa carecería de sentido y obligaría al/a la juez/a a tomar un conocimiento anticipado de los hechos por cuestiones de naturaleza incidental, lo que resultaría contrario a la distribución de funciones entre los distintos sujetos del proceso ordenada por el principio acusatorio y, además, desaconsejable en términos de eficiencia.

En caso de que el Ministerio Público Fiscal entienda que una persona carece de legitimación para intervenir en el proceso en calidad de querellante, la ley no le otorga la atribución de denegar dicho carácter, sino que demanda del titular de la acción la remisión del caso a conocimiento del órgano jurisdiccional, a efectos de que la cuestión sea dirimida por un tercero imparcial que no reviste calidad de parte.

Pluralidad de actores

El artículo 16 CPPCABA regula los casos en que varias personas pretenden querellar, o ya se encontraran querellando, en un proceso con intereses coincidentes. En tales supuestos, a pedido de parte, el Tribunal puede intimarlos a unificar personería. La convocatoria a audiencia con el Juzgado está prevista para los casos en que no se pusieran de acuerdo sobre la unificación dentro del quinto día de notificados, con citación de las restantes partes del proceso.

La norma se funda en razones de economía procesal y se atribuye la facultad jurisdiccional de intervención a instancias de parte:

> … aceptar la concurrencia de tantos querellantes como los que pueden emerger de un caso, representados en forma individual, no haría más que tornar imposible su tramitación, violentando y atentando contra el fin que debe preservarse, por encima de los intereses particulares, que es el de afianzar la justicia. Con ella, no se impide a ningún ciudadano el acceso a la jurisdicción, sino que se regula de modo tal que no obstaculice su función, al poder canalizar sus pretensiones a través de los letrados

correspondientes, en colaboración con el avance del proceso, para que pueda concluirse por canales adecuados al fin que se persigue.[103]

La norma actualmente vigente presenta varias diferencias con la redacción original, anterior a la reforma implementada con la sanción de la Ley Nº 6020, ya que el viejo artículo 15 que regulaba la cuestión con anterioridad únicamente establecía que "Cuando más de una persona pretenda querellar por el mismo hecho el Tribunal, a pedido del/la fiscal o de la defensa, podrá intimar a unificar personería".

La norma actual, a diferencia de la vieja versión, especifica los presupuestos materiales que se deben verificar para que opere la unificación (identidad de intereses); contempla el caso de que los querellantes ya se hubieran constituido como tales (antes únicamente se preveía la posibilidad de unificar de los pretensos querellantes, pero no se regulaba el caso de quienes ya estaban actuando); y establece que es un deber del tribunal unificar si se dan las condiciones (la utilización del verbo "podrá" en la anterior regulación permitía interpretar que era facultad del tribunal). Además, en consonancia con la finalidad de consagrar la oralidad para la resolución de cualquier litigio, se agregó la exigencia de que la controversia sea resuelta en audiencia.

Resultaría inadmisible una intervención oficiosa del tribunal tendiente a propiciar la unificación.

Desistimiento y abandono de la acción

La querella puede desistir de la acción en cualquier momento, sin necesidad de que exprese motivos, porque representa intereses particulares.

Esto marca una diferencia con las exigencias que pesan sobre quien representa al Ministerio Público Fiscal, en su calidad de funcionario público y de representante de los intereses generales de la sociedad, que tiene el deber de fundamentar los actos (arts. 1 y 28 CN; art. 121 CCABA), y sobre quien el sistema procesal establece un sistema de controles intra-orgánicos y jerárquicos en los casos en que dispone el archivo del caso fundado en razones de política criminal; o bien

103. CCC, Sala V, "Chabán", 04/05/2005.

control jurisdiccional cuando se funda la desestimación del caso en la existencia de un obstáculo para la vigencia de la acción (prescripción o extinción), en la inimputabilidad del acusado, o en la configuración de una causal de justificación o exención de pena, supuestos en los cuales se requiere convalidación judicial. Remitimos aquí al comentario del Libro II, Título VIII, artículo 212 y ss.

El artículo 15 CPPCABA establece determinadas causales de desistimiento tácito de la acusación, que dan cuenta de un manifiesto desinterés en la continuación del proceso, lo que se da si la parte no comparece a prestar declaración testimonial, no aporta a la fiscalía los elementos de convicción necesarios para continuar impulsando el proceso, a realizar cualquier medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia y si no se presenta a la audiencia de juicio, o deja de asistir, o no alega.

En tales casos, el apartamiento del querellante de su rol debe ser declarado por el/la juez/a a pedido de parte, por lo que no resultaría legítima la actuación de oficio en tal sentido, en ausencia de un contradictorio.

Si bien la falta de concreción de un requerimiento de elevación a juicio válido conlleva la imposibilidad de integrar una acusación válida y legítima al finalizar el juicio, la Corte no definió con precisión en el precedente "Del'Olio" si esa omisión determina el apartamiento de la querella, lo que ha dado espacio a distintas posiciones en el ámbito jurisprudencial.

De acuerdo con una posible interpretación, dicha omisión no importa la pérdida de su legitimación como parte querellante, adquirida a partir de la constatación de los requisitos establecidos por el artículo 11 CPPCABA, por lo que se admite que la querella conserve la calidad de parte, aunque con ciertas limitaciones en el ejercicio de sus facultades. Según los defensores de última posición, la falta de presentación oportuna de requerimiento de juicio deriva en una actuación con carácter estrictamente adhesivo y coadyuvante de la actividad ejercida por el titular de la acción penal pública, lo cual supone que deberá someter todas sus pretensiones y peticiones a la consideración y decisión del representante del Ministerio Público Fiscal, único acusador que, en la

hipótesis, posee la facultad de integrar y sostener una acusación válida ante el tribunal de juicio.[104]

Del mismo modo, se ha dicho que de la doctrina que emana del precedente "Del' Olio" resulta que la falta de acusación en el procedimiento intermedio no importa el apartamiento del rol de querellante del particular ofendido sino, simplemente, la pérdida del derecho de ejercer autónomamente la acción.

En consecuencia, bajo esta posición, el querellante continúa siendo parte en el proceso y la omisión de pronunciarse sobre la elevación a juicio de las actuaciones le impedirá, en el debate, habilitar la condena si el fiscal decide solicitar la absolución, pero puede participar en el juicio a fin de controlar la producción probatoria y, eventualmente, adherir a los recursos de la fiscalía.[105]

Según la interpretación contraria, la inactividad procesal de la querella frente a un acto procesal de semejante trascendencia impone su apartamiento, ya que resultaría inconsecuente e irrazonable admitir la continuidad en el proceso de quien, por su propia inconducta, no exteriorizó su pretensión de someter a juicio a la persona acusada, y en definitiva no tendrá la facultad de formular una acusación en la instancia de los alegatos finales.[106]

El querellante en el proceso penal local detenta un grado de autonomía que permite reputar como razonable la exigencia de que cumpla con las mismas cargas que el Ministerio Público Fiscal. Ni una ni

104. TOCC N° 23, "Paternoster, Gabriel Carlos", causa N° 3418, 05/11/2012, voto del juez Mario Magariños.

105. CNCCC, Sala III, "G., C. A. s/ abuso sexual", causa N° 62094/2016/TO1/4/CNC2, voto del juez Jantus al que adhirió Huarte Petite. En el mismo sentido, de la misma Sala, "C., R. C. s/ abuso sexual", causa N° 9375/2015/TO1/CNC1, 11/04/2018.

106. Véase en este sentido, Neumann, Juan M., "Las consecuencias…", *op. cit.* El autor citado, criticando la postura que defiende la permanencia del querellante en el proceso ante una situación como la planteada, señala que "[…] bajo el pretexto de desentrañar con criterio restringido normas infraconstitucionales con el fin de garantizar los intereses de la víctima, lo que en realidad se hace es mutilar considerablemente los derechos del imputado, dejando con vida en el proceso a un acusador que ya no acusará en sentido estricto, pero que igualmente buscará llegar al mismo objetivo realizando todas las acciones que estén a su alcance, que […] serían […] todas, menos solicitar expresamente la imposición de una determinada pena, acto que –obviamente– sí podrá ejercitar el Ministerio Público Fiscal con la ayuda de toda la prueba que haya ofrecido, producido y hasta valorado (¡!) el acusador particular. Eso, en mi opinión, implicaría vaciar casi absolutamente de contenido a 'Del'Olio'…", *op. cit.*, pp. 134-135.

otro pueden, entonces, sustentar su pretensión acusatoria si omiten formular requerimiento de juicio o lo hacen fuera de plazo.

El acto procesal previsto por los artículos 219 y 220 CPCCABA debe formularse conforme los requisitos formales y sustanciales que la ley exige, lo que guarda directa relación con la posibilidad de subsistencia de la acción en un sistema acusatorio y con el derecho de defensa.

Resultaría inconsecuente y carente de sustento legal pretender que quien presentó de manera tardía el requerimiento de juicio, y por tanto no ofreció prueba en tiempo y forma, conserve su calidad de parte durante el juicio y, por ende, se encuentre facultado –por un lado– a formular oralmente la imputación conforme el requerimiento de juicio, informando sobre lo que pretenden probar con las pruebas ofrecidas (art. 240 CPPCABA) y, por otro, al finalizar la audiencia de debate, pueda alegar sobre la prueba (art. 257); apelar la sentencia si se encuentra en desacuerdo con la decisión adoptada o, eventualmente, evitar que se haga efectivo el desistimiento de la acción por parte del fiscal si solicitara la absolución del imputado (art. 257, último párrafo, CPPCABA).

La Cámara de Apelaciones del fuero ha aplicado esta lectura para decidir el apartamiento de la querella frente a estos casos, valorando que el Código Procesal Penal impone a la querella una actividad proactiva que se ha visto truncada a partir de su omisión de requerir la elevación a juicio, lo que se colige a partir de una interpretación armónica de las normas vigentes, pues si la posibilidad de ser tenido por parte querellante es admisible hasta el quinto día de formulado el requerimiento de elevación a juicio, una vez formulado aquel por el Ministerio Público Fiscal le queda vedada la posibilidad de intervenir como parte.

Entonces, al no haber ejercido la querella su derecho a requerir en la oportunidad procesal, ello ha importado un abandono de la acción, pues ningún acto o derecho podrá ejercer si no acusó. Al no ser parte, no podrá impugnar prueba en la audiencia del artículo 223 CPPCABA, no podrá recurrir (arts. 281, 291 y cctes. CPPCABA), no podrá ejercer ninguno de los derechos que el Código le acuerda durante el debate (art. 240 y cctes.), como ser, plantear cuestiones previas (art. 242 CPPCABA), interrogar a los testigos (art. 250 CPPCABA), ale-

gar (art. 258 CPPCABA) y menos aún recurrir una eventual sentencia absolutoria.[107]

La jurisprudencia local ha señalado que la enumeración en cuestión no es taxativa, y que el hecho de que el artículo 15 CPPCABA no mencione la ausencia de requerimiento de juicio no se deriva razonablemente que el incumplimiento de esa carga procesal habilite al querellante a mantener su condición de sujeto en el juicio, de acuerdo con una interpretación armónica de la regulación procesal local, en relación con los principios, derechos y garantías de las partes. En tal caso, la víctima conservaría la totalidad de los derechos que le asisten en razón de lo dispuesto por los artículos 38 y 39 CPPCABA mientras siga adelante el trámite del proceso, por lo que esta lectura no implicaría menoscabo al derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva.[108]

Una posición minoritaria ha objetado que las causales que prevé el artículo 15 CPPCABA para el desistimiento implícito o tácito de la acción son taxativas, y únicamente se contempla como causales cuando no se presente a prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia; y cuando no concurra a la audiencia de debate, o se aleje de esta o no formule conclusiones.

En esta lógica se ha argumentado que considerar la extemporaneidad del requerimiento de juicio como una tercera causal implicaría consagrar una restricción de derechos que no se encuentra prevista por la normativa procesal.[109]

---

107. CAPPJCyF, Sala II, "Zapata Saciga, Yudy Edy y otros", causa N° 13040/2010, 01/06/2015, del voto de la Dra. Silvina Manes, que integró la mayoría con el Dr. Bosch; Sala III, "Diez, Ariel Norberto", causa N° 52735/2009, 03/05/2011, voto en disidencia de la Dra. Silvina Manes; Sala I, "Giménez, Daniel", causa N° 6979/09, 13/08/2010; "Ojeda, Alberto", causa N° 26040/10, 08/04/2011; "Acuña", causa N° 4786/13, 12/05/2014; y "NN, s/ art. 181 CP", causa N° 24291/2017, 06/06/2019, entre muchas otras.

108. TSJCABA, "Giménez, Germán Horacio s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'NN y otros s/ art. 181, 1, usurpación, CP'", causa N° 10463/13, 10/12/2014, voto en disidencia de la Dra. Alicia Ruiz.

109. CAPPJCyF, Sala III, "P., D.", causa N° 25956/2017, 25/04/2019, del voto en disidencia del Dr. Franza; Sala II, "Biondo Gentile, Fabián", causa N° 19541/15, 09/09/2016, voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bosch; "Uribe, Susana y otros", causa N° 1964/16, 06/11/2015, voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bacigalupo; "NN", causa N° 6091/15, voto de las Dras. De Langhe y Paz.

En el ámbito federal, esta clase de incidencias se encuentra resuelta normativamente por el artículo 86 CPPF, que expresamente establece que se considerará que la querella ha renunciado en su intervención en caso de que no formule acusación en la oportunidad procesal legalmente prevista (inc. b).

Del mismo modo, el artículo 68 del Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén resolvió normativamente la cuestión previendo que en los delitos de acción pública se considerará abandonada la querella cuando no presente acusación ni adhiera a la de la fiscalía.

En relación con la actividad de la querella en la etapa intermedia, la jurisprudencia local desestimó planteos de vencimiento de los plazos de la investigación penal preparatoria regulados por el artículo 111 CPPCABA que se habían opuesto frente al requerimiento de juicio presentado por la querella en forma exclusiva, luego del archivo del caso por parte de la fiscalía, haciendo énfasis en que, más allá de que no se trata de plazos perentorios, lo cierto es que la querella no puede requerir de juicio en forma previa a que la fiscalía decidiera o no hacerlo, tal como surge de la interpretación armónica de los artículos 219 y 220 CPPCABA.[110]

Ejercicio de la acción civil

En caso de que la querella pretenda ejercer la acción civil tendiente a obtener la reparación integral del perjuicio causado por el delito, podrá deducir la acción conjuntamente con la penal. La demanda resulta inadmisible si previamente se promovió demanda civil ante otro fuero.

El artículo 14 CPPCABA prevé que el límite temporal para interponer esta acción es la formulación del requerimiento de juicio.

Por su parte, el artículo 13, segundo párrafo, CPPCABA, admite la demanda dirigida contra terceros civilmente responsables solamente cuando también se hubiera promovido contra el/la imputado/a.

Generalidades

Como se ve, la acción civil tiene carácter accesorio respecto de la penal: solo es admisible la demanda civil en el proceso penal si la persona

110. Ibídem, Sala I, "L. F., s/ art. 92 CP", causa N° 10653/2020-0, 04/05/2021.

directamente ofendida por el delito, debidamente constituida como querellante en el proceso penal, deduce la acción civil conjuntamente con la penal, en la medida en que no haya articulado la acción previamente en el fuero con especialidad en la materia, en cuyo caso regirán las disposiciones del artículo 1774 y cctes. CCyC (sección 11ª), que admite el ejercicio independiente de ambas acciones, pero dispone que si la acción penal precede a la civil o se intenta durante el curso de esta última, no se puede dictar sentencia en el proceso civil hasta que concluya el proceso penal, con las excepciones previstas por el artículo 1775 CCyC.

La sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada en el proceso civil respecto de la existencia del delito y de la autoría (art. 1776 CCyC). Lo mismo sucede con las sentencias penales absolutorias, cuando declaran la inexistencia del hecho, de autoría, de delito o de responsabilidad penal (art. 1777, primer párrafo, CCyC). Pero si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del presunto autor, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de responsabilidad civil (art. 1777, segundo párrafo, CCyC).

Efectos

El ejercicio de la acción civil en el proceso penal tiene incidencia en materia de procedencia de medidas cautelares tendientes a proteger el patrimonio de la persona sometida a proceso, así como también en la pretensión de poder reclamar la indemnización del daño causado por el delito, en los términos del artículo 29 inciso 2 CP.

La doctrina tiene dicho que puede solicitarse la traba de embargo aun cuando el actor civil todavía no se haya constituido como tal, porque, precisamente, la finalidad radica en proteger el eventual ejercicio de un derecho.

Sin embargo, la jurisprudencia ha resuelto que si la parte damnificada formuló denuncia y se constituyó en querellante, sin exteriorizar su voluntad de ejercer la acción civil en el proceso penal, en tanto dicha facultad precluye con la formalización del requerimiento de juicio (art. 14 CPPCABA), no corresponde hacer lugar al embargo de bienes del acusado porque se trata de una medida cautelar que tiene por

finalidad garantizar un derecho orientado a asegurar el pago del daño causado por el delito que no intentó hacer valer en el proceso penal.[111]

Sobre la base de tales fundamentos, y con apoyo en estas normas, en casos seguidos por presunto incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (art. 1 Ley Nº 13944) se ha resuelto la nulidad parcial del acuerdo de avenimiento presentado por las partes, en lo referido a la obligación de abonar sumas de dinero durante un tiempo determinado en concepto de indemnización del daño material y moral a la víctima que no se había constituido como parte querellante.[112]

Sin embargo, la experiencia judicial da cuenta de la habitualidad con que las partes arriban a acuerdos de avenimiento que contienen cláusulas relativas a la reparación del daño, fundamentalmente frente a imputaciones por los delitos tipificados por la Ley Nº 13944, que compromete los derechos de niños, niñas y adolescentes y los derechos de las mujeres víctimas de violencia económica, en contextos de violencia de género.

Frente a esto, más allá de que hasta el momento de redacción de este comentario no hay antecedentes de que la cuestión haya sido objeto de abordaje por parte de la Cámara de Apelaciones local, se ha resuelto que resulta necesario interpretar las exigencias procesales relativas a la actuación en juicio de la querella y las formalidades vinculadas con la promoción de la acción civil de modo que resulten compatibles con las prescripciones internacionales que rigen para los casos que involucran hechos de violencia contra la mujer, y hechos que tengan por víctimas a niños, niñas o adolescentes, situación que impone interpretar estas disposiciones a la luz de los artículos 3 incisos c) y d), 16 inciso b) y 35 de la Ley Nº 26485, artículos 7 incisos f) y g) CDP; así también del artículo 24 de la Ley Nº 26061, artículos 3 y 27 CDN y Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño.

Sobre la base de estos argumentos, frente a la anuencia expresada por todas las partes del proceso en relación a la procedencia de la indemnización, a pesar de que la víctima no se había constituido como

111. Ibídem, Sala II, "Galindo Rivas, Jorge s/ art. 94 bis CP", causa N° 15468/2020, 17/02/2021. En el mismo sentido, de la misma Sala, "NN", causa N° 17945/2015, 16/03/2016, y de la Sala I, "I, S. E.", causa N° 53792/10, 15/12/2011. Véase también Aboso, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires, BdeF, 2007, pp. 114-115.

112. Ibídem, Sala II, "M. L., D. M.", causa N° 17610/2011, 24/06/2013.

querellante, ni había promovido la acción civil antes de la formulación del requerimiento de juicio, se admitió su procedencia, señalando la necesidad de priorizar una solución que garantice que tanto el niño como la mujer víctima de violencia tengan acceso efectivo a un resarcimiento justo y en tiempo oportuno, interpretando las herramientas procesales de un modo que resulte compatible con la obligación de generar una respuesta estatal multidimensional, coordinada e integral.

Así, con remisión a las Conclusiones y Recomendaciones del Informe de la Organización de Estados Americanos sobre Acceso a la Justicia Para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas,[113] se hizo énfasis en que la práctica judicial demuestra a diario las dificultades que muchas mujeres víctimas de violencia de género –quienes en muchas ocasiones se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad social– enfrentan para acceder a un patrocinio jurídico que, en forma gratuita, les permita hacer efectivo el ejercicio de sus derechos ante los tribunales civiles y de familia, mientras que en el proceso penal pueden ser representadas, al menos, por el Ministerio Público Fiscal, agregando que

> ... hay que tener en cuenta el innegable desgaste que implica, en la generalidad de los casos, el desdoblamiento formal en el ejercicio de las acciones civiles y penales, con el consecuente riesgo que genera de que se produzcan los mal denominados "casos de abandono" del proceso.

Parece interesante la interpretación que se propone en esta resolución, en tanto parte de una lectura de las exigencias procesales previstas para la generalidad de los casos, atendiendo a las características particulares de las víctimas (niños, niñas y adolescentes, y mujeres víctimas de violencia de género) a la luz de las prescripciones internacionales contenidas en la CDN y de la CBDP, y se apoya en el derecho de las víctimas de acceder a la justicia, y en el deber estatal de garantizar integralidad en su respuesta ante conflictos de estas características y de evitar instancias de revictimización secundaria que podrían generarse frente a la innecesaria derivación de las víctimas al fuero civil.

113. Ser.L/V//II. Doc. 68, del 20/01/2007, punto 296. Disponible en: http://www.cidh.org/women/Access07/chap4.htm [fecha de consulta: 26/03/2023].

TÍTULO II
Ejercicio de la jurisdicción

Capítulo 1
Competencia

Artículo 17. Competencia*

Entenderá en el hecho el órgano jurisdiccional competente al tiempo al que se hubiere cometido el delito según lo determinen las leyes y los reglamentos pertinentes.

Los/as Jueces/zas en lo Penal, Contravencional y de Faltas son competentes para el dictado de las medidas previstas en el artículo 26, incisos a) y b) de la Ley 26485.

Artículo 18. Declaración de oficio

La incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado del proceso. La competencia por razón del territorio es improrrogable y la incompetencia por esta causal deberá ser declarada por el órgano jurisdiccional, de oficio o a pedido de parte, en cuanto sea advertida.

Artículo 19. Órgano que resuelve el conflicto de competencia

Si dos (2) jueces/zas se declararan simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes, el conflicto será resuelto por la Cámara de Apelaciones.

Artículo 20. Conexidad. Unificación de casos

Los casos serán conexos en los supuestos de concurso real o ideal de delitos.

Cuando se sustancien investigaciones preparatorias en casos conexos, se unificarán la investigación y el juzgamiento, con intervención de los/as magistrados/as del Ministerio Público Fiscal que

---

* Comentario sobre los artículos 17 a 28 por María Victoria López, Silvia Mihovilcevic, Juan Manuel Neumann y Juan Manuel Silveira.

establezca la reglamentación y el órgano jurisdiccional que hubiere entendido en primer término.

En caso de unificación, las investigaciones se tramitarán separadas.

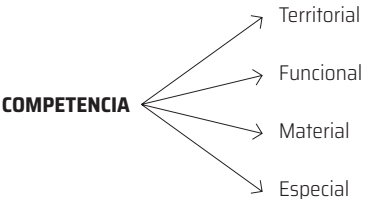
Artículo 21. Unificación de juicio

No procederá la acumulación material de casos para juicio cuando ello determine un grave retardo, aunque en todos los procesos intervenga el mismo Tribunal.

Introducción. Tipos de competencia

Como menciona Binder:

> ... es muy difícil que, en cualquier Estado, un juez ejerza una jurisdicción ilimitada en todas las materias posibles. La forma de limitar la jurisdicción es lo que se denomina 'competencia'. La competencia es una limitación de la jurisdicción del juez; este solo tendrá jurisdicción para cierto tipo de casos. Esto responde a motivos prácticos: la necesidad de dividir el trabajo dentro de un determinado Estado por razones territoriales, materiales, funcionales.[1]



Es así que se llama competencia territorial a la que delimita el lugar en el que el juez podrá ejercer su jurisdicción; material a la que establece sobre qué cuestiones podrá hacerlo; funcional, en razón del momento del proceso que lo hará, sea debido a que se trata de un juez de primera o segunda instancia o bien de un tribunal superior; y especial, para los casos de fueros específicos como pueden ser, en nuestro fuero, el penal juvenil,

1. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 1999, pp. 318-319.

que hasta la conclusión del concurso que se halla en trámite y la puesta en marcha de los tres juzgados previstos está provisoriamente en manos de los juzgados de primera instancia N° 3, 7 y 11.

Competencia material

En lo que se refiere a la competencia material del fuero, esta ha ido variando con el tiempo, ya que ha dependido, primeramente, de las sucesivas transferencias de competencia que se han llevado a cabo desde la justicia nacional. Así, la inicialmente llamada Justicia Contravencional –luego Contravencional y de Faltas– fue adquiriendo paulatinamente competencias penales, convirtiéndose con el paso de los años en la actual Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas.

Fue así que en el año 2000 se firmó el primer convenio de transferencia de competencias penales desde la justicia nacional en lo criminal y correccional a la justicia local, el cual por imperio de la Ley local Nº 597 y la nacional Nº 25752 comenzó a tener vigencia a finales del año 2003. Este primer convenio transfirió a la CABA la competencia sobre la entonces contravención de tenencia de armas de uso civil (art. 42 bis, Ley Nº 20429, derogado en 2004 por Ley Nº 25886, que convirtió a dicha conducta en un delito). También lo hizo sobre los delitos de portación de armas de uso civil sin la debida autorización y su suministro a quien no fuera legítimo usuario (arts. 189 bis, 3er párrafo y 189 ter del Código Penal). Finalmente, se transfirió también la competencia sobre los hechos previstos en los artículos 3, 4 y 38 de la Ley Nº 24192.

Tras ello, en el año 2004 se suscribió el segundo convenio, que luego del dictado de las Leyes local Nº 2257 y nacional Nº 26357, empezó a regir a mediados del año 2008.[2]

2. En el segundo convenio se transfirió a la CABA la competencia sobre diversos delitos, que protegen distintos bienes jurídicos, a saber: lesiones en riña (CP, arts. 95 y 96), abandono de personas (CP, arts. 106 y 107), omisión de auxilio (CP, art. 108), exhibiciones obscenas (CP, arts. 128 y 129), matrimonios ilegales (CP, arts. 134 a 137), amenazas simples (CP, art. 149 bis primer párrafo), violación de domicilio (CP, art. 150), usurpación (CP, art.181), daños simples y agravados (CP, arts. 183 y 184), ejercicio ilegal de la medicina (CP, art. 208), y aquellos previstos en las Leyes Nº 13944 (incumplimiento de deberes de asistencia familiar) y 14346 (actos de maltrato y crueldad hacia los animales) y el artículo 3 de la Ley Nº 23592 (actos discriminatorios).

Con posterioridad, en el año 2011, se sancionó la Ley nacional Nº 26702, que implicaba una tercera transferencia de competencias, ampliando significativamente la carga de trabajo de la justicia local. Dicha transferencia fue aceptada por Ley local Nº 5935 en el año 2017,[3] y por imperio de las Resoluciones FG N° 32/18, DG N° 26/18 y AGT N° 17/18, comenzó a regir parcialmente en marzo de 2018 y en su totalidad el 1° de enero de 2019.[4]

Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia contribuyó también a esta ampliación de la competencia del foro local en materia penal, al establecer un criterio jurisprudencial que obliga a que todo delito creado con posterioridad a la sanción de la ley de garantía de los intereses del Estado

3. En esta tercera ocasión se hizo una transferencia masiva de competencias sobre un amplísimo universo de conductas delictivas, que comprenden también a diferentes bienes jurídicos. Así, se transfirió competencia sobre lesiones dolosas y culposas (CP, arts. 89 al 94), duelo (CP, arts. 97 al 103), abuso de armas (CP, arts. 104 y 105), incendio y otros estragos (CP, arts. 186 al 189), tenencia, portación y provisión de armas de guerra de uso civil condicional (CP, art. 189 bis, acápites 2 y 4), impedimento u obstrucción de contacto de menores con su progenitor no conviviente (Ley Nº 24270), delitos y contravenciones en el deporte y en espectáculos deportivos (Leyes Nº 20655, 23184 y modificatorias).
Por otro lado, también se transfirió competencia sobre diversos delitos contra la administración pública cuando se tratare de actos cometidos por funcionarios públicos de la CABA, o contra sus funcionarios públicos, que atenten contra el funcionamiento de sus poderes públicos u ocurran en el marco de un proceso judicial que tramite ante los tribunales locales.
Lo mismo ocurrió con los delitos contra la fe pública, siempre que se tratare de instrumentos emitidos, o cuya competencia para emitirlos sea de la CABA. Finalmente, este paquete de transferencias incluyó también a delitos de funcionarios públicos locales contra la libertad individual (CP, arts. 143 al 144 quinto), delitos contra la libertad de trabajo y asociación (CP, arts.158 y 159), estafa procesal acaecida en procesos judiciales tramitados ante los tribunales de la CABA (CP, art. 172), defraudación a la administración pública local, participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente (CP, art. 193 bis), desarmado de autos sin autorización (Ley Nº 25761, art. 13,), delitos contemplados en la ley de profilaxis antivenérea (Ley Nº 12331), suministro irregular de medicamentos (CP, arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater); Ley de Estupefacientes Nº 23737,arts. 5, incs. "c", "e" y párrafos penúltimo y último, 14 y 29).

4. En concreto, se asumió competencia el 1 de marzo de 2018 por todos los delitos transferidos por las referidas Leyes nacional Nº 26702 y local Nº 5935, con excepción de los de lesiones dolosas y culposas (CP, arts. 89 al 94 bis), suministro irregular de medicamentos (CP, arts. 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater,) y arts. 5, incs "c", "e" y párrafos penúltimo y último, 14 y 29 de la Ley de Estupefacientes Nº 23737). Estos últimos pasaron a ser de competencia local el 01/012019.

Nacional en la Ciudad de Buenos Aires (Ley Nº 24588, también conocida como "Ley Cafiero") sea de competencia de nuestra justicia.[5]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su lado, fue en un principio muy restrictiva con relación a la intervención de la justicia de la CABA en casos penales. Sin embargo, fundamentalmente a partir del fallo "Corrales",[6] ello se modificó. Allí, el Alto Tribunal señaló que

> … el carácter nacional de los tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencia de competencias antes aludidos. En efecto, si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local.[7]

Competencia territorial

Cuando hablamos de competencia territorial, el artículo 17 hace mención a su carácter improrrogable. Sin embargo es dable destacar que hay supuestos en los que es necesario evaluar cada caso en concreto para poder llegar a una solución del conflicto más justa, situación bastante recurrente cuando se trata de analizar casos bajo la lupa de la perspectiva de género. Con frecuencia suceden situaciones en las que en un mismo contexto de conflicto existen eventos que tienen lugar dentro del territorio de la CABA y otros en zonas muy cercanas del AMBA, pero que corresponden a la justicia de la provincia de Buenos Aires. Pues bien, la CSJN en esos casos ha decidido atribuir competencia sobre todos los sucesos en cuestión, independientemente de dón-

5. TSJCABA, "Neves Cánepa, Álvaro Gustavo y otro s/ art. 193 bis, CP", causa N° 7312, 21/12/2010.

6. CSJN, Fallos: 338:1517, "Corrales", 09/12/2015.

7. Conf. consid. 8 del voto de la mayoría.

de tuvieron lugar, al organismo judicial que tenga competencia sobre aquellos que son más graves.[8]

La competencia es uno de los mecanismos que permiten salvaguardar la garantía de juez natural. Binder resalta que "todo proceso penal estructurado conforme a los principios republicanos tiene una suerte de 'obsesión': evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial".[9] Para ello, mediante los criterios de división de competencia de los jueces, establecidos por la legislación, se busca determinar de antemano quién o quiénes tendrán a cargo el juzgamiento de un caso en particular y, de esta forma, proteger la tan buscada imparcialidad, estableciendo así el sistema de turnos que intenta dividir el trabajo de forma equitativa, aunque sea difícil lograrlo por la diferente conflictividad que existe en las distintas zonas de la ciudad.

Sobre este último punto, es interesante señalar que la Ley N° 6286 modificó la Ley N° 7 (orgánica del Poder Judicial) y estableció que la competencia de los juzgados de primera instancia del fuero PPJCyF se iba a dividir en cuatro zonas judiciales. Esto lo hizo solo respecto a la competencia para personas mayores, no así para Penal Juvenil.

Como consecuencia de ello, el Consejo de la Magistratura dictó la Resolución CMCABA N° 294/2020 que estableció dichas zonas, denominándolas "norte", "sur", "este" y oeste". No obstante que para el momento de entrega de este comentario la vigencia de dicha resolución se encuentra suspendida "hasta tanto finalicen las reformas de infraestructura edilicia y adecuaciones tecnológicas de las distintas sedes proyectadas para cada zona judicial",[10] lo cierto es que cuando se ponga en práctica significará una sensible modificación a la modalidad de trabajo del fuero. Es que los juzgados se distribuirán en cada zona y atenderán de modo exclusivo en la etapa preparatoria solo los asuntos que se originen en dicha zona.[11] Teniendo en cuenta ello y a efectos de no perjudicar el servicio de justicia que se brinda a la comunidad será necesario realizar los ajustes que correspon-

8. CSJN, Fallos: 344:1828, "A., S. P. s/ incidente de incompetencia", 15/07/2021.

9. Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, p. 141.

10. Resolución CMCABA N° 158/2022.

11. Está previsto en la citada Resolución CMCABA N° 294/2020 que los casos que pasen a la etapa de juicio puedan ser juzgados por jueces de zonas diferentes a la del origen del caso.

dan a efectos de garantizar, como dijimos, que la carga de trabajo sea equitativa.

La Acordada Nº 3/2019 de la Cámara de Apelaciones

En el devenir diario de ingresos de expedientes a los juzgados van ocurriendo distintas cuestiones que generan controversias que, tal como menciona el artículo 19, son resueltas por la Cámara del Fuero. Para ello se encuentra establecida como base la Acordada N° 3/2019 de ese órgano judicial, que prevé estas cuestiones como pautas de asignación de causas:

A. En los procesos penales y contravencionales que se inicien por prevención ante un hecho flagrante, intervendrá el juez en turno al momento del hecho flagrante que tenga asignada la zona correspondiente al lugar en donde habrían ocurrido los sucesos que dan motivo a la intervención oficial.
B. En los procesos penales y contravencionales que se inicien de oficio o por denuncia ante un representante del Ministerio Público Fiscal o ante cualquier dependencia policial, o de autoridad de prevención o ante la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN, o incluso en aquellos en que haya intervenido otro fuero judicial del ámbito de la CABA (Acordada N° 2/19) intervendrá el juez en turno a la fecha de inicio de oficio de la causa o de formulada la denuncia, según el caso, que tenga asignada la zona correspondiente al lugar en donde habría ocurrido el hecho.
C. En los procesos penales y contravencionales que se inicien por la remisión de testimonios o causas de otros fueros judiciales de competencia territorial ajena a la Ciudad (Acordada N° 2/19),[12] intervendrá el juez en turno al momento de su recepción en la Mesa de Entradas de la Secretaría General de esta Cámara o en la Mesa de Entradas del Ministerio Público Fiscal, que tenga asignada la zona correspondiente al lugar en donde habría ocurrido el hecho.

12. Incluye a las causas que provienen del fuero federal, aunque tengan asiento en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

D. En los supuestos previstos, cuando no se encuentre determinado el lugar del hecho, el sistema informático realizará un sorteo entre la totalidad de los juzgados que se encontraren de turno a la fecha del hecho, de formulada la denuncia o de inicio de oficio de la causa, o de recibida la causa en la Mesa de Entradas de la Secretaría General de esta Cámara o del Ministerio Público Fiscal.
E. Cuando los hechos fueran cometidos mediante el uso de Internet, a través de redes sociales, servicios de mensajería o similar, a los efectos de la asignación del juzgado a intervenir se tendrá en cuenta el domicilio en el que la comunicación fue recibida.
F. En materia penal tributaria el sistema informático efectuará a los efectos de la asignación un sorteo entre los juzgados de turno a la fecha de la denuncia.
G. Las causas que se inicien por los delitos contra la Administración Pública de la Ciudad se sortearán por el sistema informático entre todos los jueces del fuero, y las que sean elevadas a juicio de la misma manera entre las que no hayan tenido intervención en la Investigación Penal preparatoria (Acordada N° 4/18).
H. Los procesos de faltas, ejecuciones de multas administrativas por faltas, recursos de amparo y los expedientes remetidos por el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires serán sorteados por el sistema informático entre todos los jueces en forma equitativa según el orden de recepción.
I. En las acciones de hábeas corpus interviene el juez de turno según el cuadro de turnos correspondiente aprobado por el Acuerdo de Cámara.
J. En los casos de excusación, el juez remitirá la causa a la Secretaría General y el sistema informático sorteará el juez que deba intervenir entre aquellos ubicados en la misma sede del juez excusado. El juzgado ante el cual se radique una causa por excusación o recusación podrá remitir al juzgado originario una o más causas en trámite que por sus características haga equitativa la compensación con respecto a la que recibió por este motivo.

K. Las cuestiones de turno deben ser planteadas dentro de las 24 horas de recibidas las actuaciones en el juzgado, remitiéndolas al juez que considere competente, o a la Secretaría General en caso de requerirse sorteo. No podrá iniciarse contienda ni requerirse sorteo de nuevo magistrado después de transcurrido el plazo improrrogable mencionado.

En idéntico plazo debe el juez receptor expedirse por la aceptación o rechazo de la competencia atribuida. Si la rechazare, devuelve las actuaciones al juez remisor para que, en caso de considerarlo procedente, las eleve a la Presidencia de la Cámara para resolver la contienda.

Cuando fuere necesario practicar diligencias urgentes, el juez que tome conocimiento en la causa debe disponer las que no admitan demora, aun cuando considere que no le corresponde intervenir por razones de turno. En el plazo improrrogable establecido en el primer párrafo, hace saber por nota al juez que a su juicio corresponde intervenir, o a la Secretaría General en caso de requerirse sorteo, que deja planteada la contienda y, terminadas las diligencias impostergables, remite la causa dentro del plazo de 24 horas subsiguientes.

El juzgado que inicie la contienda de turno no dispondrá la anotación del detenido, si lo hubiere, ni de los efectos pertenecientes a la causa a la orden de otro tribunal hasta que quede dirimida la contienda. Si el juzgado receptor acepta la causa, hará saber aquel a los efectos señalados precedentemente.

Es importante señalar que este sistema de asignación de causas muchas veces no coincide con la mecánica utilizada por las fiscalías para asignar juzgado a los legajos que tienen en trámite, con lo cual se generan múltiples inconvenientes en la labor diaria de los juzgados que solo cuentan con veinticuatro horas para asignar correctamente el caso, tratándose nada más y nada menos de una cuestión que dirime cuál es el juez competente, porque no nos olvidemos de que, más allá de la distribución del trabajo, lo que aquí está en juego es la garantía constitucional de juez natural.

Es muy importante remarcar el criterio elegido para la determinación de la competencia en casos de delitos contra la Administración Pública (pauta G), donde se ha optado por un sistema de selección transparente entre todos/as los/as jueces/zas del fuero, evitando así cualquier posible sospecha de direccionamiento.

Finalmente, se debe tener en cuenta que para el caso de trabarse contienda entre un juzgado nacional y uno de la justicia local, el tribunal competente para resolver es el Tribunal Superior de Justicia, [13]mientras que para el caso de una contienda de competencia entre un juzgado federal y uno perteneciente a la justicia de la CABA, la definición está en manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Conexidad. Criterios de la CSJN

Las reglas de conexidad implican una prórroga de la competencia y no solo se aplican por cuestiones de economía procesal, sino que también evitan el dictado de sentencias contradictorias, la revictimización de las víctimas y, además, facilitan la individualización de las penas.

El CPPCABA se diferencia del CPPN en esta materia, al establecer como único criterio para definir el juez competente ante casos conexos el de aquel que hubiere entendido en primer término. Nótese que en este sentido la Ley N° 23984 tiene una regulación bastante más detallada y establece un orden de prelación para determinar la competencia. El primer criterio es que le corresponde intervenir al juez del hecho más grave; luego, si son equivalentes, al del delito primeramente cometido y si aun así no fuera posible definirlo porque fueron delitos simultáneos, el que hubiere ordenado la detención del imputado o el que hubiere prevenido. Y si todo ello no fuera suficiente, se definirá priorizando una mejor administración de justicia.

El CPPCABA ha sido mucho más escueto, definiendo la cuestión solo con un criterio temporal. Sin embargo, creemos que para brindar mayor transparencia a la determinación del magistrado, sería mejor establecer como regla que el caso le corresponderá al juez al que le corresponda el hecho más antiguo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en numerosos precedentes que todo planteo de incompetencia, para no ser considerado prematuro, debe estar precedido de la investigación suficiente que permita circunscribir de modo preciso el objeto procesal de las actuaciones y dar sustento a la decisión –sin perjuicio de la provisionalidad de la calificación legal sugerida propia de la etapa en que el

13. CSJN, Fallos: 342:509, "Bazán, Fernando s/ amenazas", 04/04/2019.

proceso se encuentre– y que las cuestiones de competencia en materia penal deben decidirse de acuerdo con la real naturaleza del delito y las circunstancias especiales en que se haya producido, según pueda apreciarse *prima facie*, y con prescindencia de la calificación que, en iguales condiciones, le atribuyan los jueces en conflicto.[14]

Asimismo, y como ya hemos dicho más arriba, con fundamento en el citado fallo "Corrales", y también en "Nisman",[15] la Corte determinó en el ya mencionado precedente "Bazán" que resulta imperioso cumplir con "el claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena". Allí reconoció al Poder Judicial de la Ciudad como el "ámbito que constitucionalmente le corresponde" a las competencias que transitoriamente ejerce la justicia nacional ordinaria en el territorio de la Ciudad, y mencionó que "tras un cuarto de siglo de inmovilismo" en la concreción de un mandato constitucional y desoída la exhortación efectuada en la causa "Corrales", la Corte Suprema ejercería una de las atribuciones que le confiere el Decreto-Ley N° 1285/58. Así, como ya se ha dicho, estableció que sería el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa Ciudad.

Estos pronunciamientos vinieron a modificar radicalmente los criterios de la Corte en materia de conflictos de competencia que involucraran a juzgados de la Ciudad, puesto que con anterioridad se decía que correspondía que asuma la competencia el juzgado que poseía la competencia más amplia y que, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia, la pesquisa debía quedar a cargo de un único tribunal. Ese tribunal con competencia más amplia era, invariablemente, el nacional.[16]

14. CSJN, Fallos: 242:529; 301:472; 305:435; 307:1145; 310:2755; 315:312 y 318:53, entre otros.

15. CSJN, Fallos: 339:1342, "Nisman", 20/09/2016. Allí se dijo que "… el carácter nacional de los Tribunales ordinarios de la Capital Federal es meramente transitorio" (consid. 5).

16. CSJN, Fallos: 328:867, "Longhi, Viviana Graciela s/lesiones dolosas", 02/06/2009 y otros.

Después de "Bazán"

Cuando el Tribunal Superior de Justicia comenzó a ejercer su facultad en materia de contiendas de competencia entre la justicia nacional y la local, esa tendencia favorable a la autonomía local en materia jurisdiccional se hizo aún más profunda.

En multiplicidad de fallos, el Máximo Tribunal de la CABA fue marcando la equivalencia entre el fuero penal ordinario nacional y el fuero PPJCyF. Sin embargo, donde esa postura aparece bien clara por primera vez es en el precedente "Giordano".[17]

Allí, se señaló que los órganos jurisdiccionales con competencia no federal de distinta naturaleza –unos nacionales otros locales–, tienen potencialmente la misma competencia. Si bien ella se halla dividida en función de los convenios vigentes de transferencias, en caso de que deba resolverse un conflicto en el que convivan imputaciones por delitos transferidos a la órbita de la CABA y otros que continúan siendo investigados en el fuero nacional y sea necesario atribuir el conocimiento de la causa a un solo juez, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos imputados con independencia de la delimitación trazada por los convenios.

Para así decidir, tuvieron en cuenta que debe "primar un criterio que privilegie un servicio de justicia eficiente que atienda al grado de conocimiento e intervención ya desplegado por uno de los órganos y a la probabilidad de progreso del encuadre legal discutido". Por lo que, si bien el delito de femicidio en grado de tentativa no ha sido transferido al ámbito de la CABA, el Tribunal Superior de Justicia consideró conveniente mantener la radicación de las actuaciones en el Poder Judicial de la Ciudad y concluyó que

> … podrá pronunciarse acerca de cualquiera de los tipos penales enunciados en la imputación, puesto que, una vez suscitada su competencia, los jueces penales no federales en el ámbito de la CABA no tienen limitaciones para la calificación de delitos que aún no fueron transferidos (en el caso de los jueces de la CABA) o que, en el pasado, fueron parte de su quehacer (en el caso de los jueces nacionales).

17. TSJCABA, "Giordano", causa N° 16368, 25/10/2019.

Para la fecha de redacción de este comentario, si bien siguen existiendo conflictos de competencia entre la justicia nacional y la local, la tendencia jurisprudencial (no solo del TSJ sino también de los tribunales inferiores) es la de admitir la competencia local no solo en casos por delitos que no han sido transferidos pero son conexos con otros de competencia de la justicia de la CABA, sino también en delitos no transferidos ni relacionados a ninguno en el que intervenga el Fuero PPJCyF.

Trámite del planteo de incompetencia

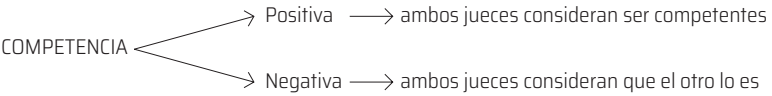
La solicitud de incompetencia se plantea mediante excepción por escrito. Si bien el Código dispone que estas cuestiones se resuelven en las audiencias previstas por los artículos 185, 190, 199 y 223 y también menciona que en la audiencia se recibirá la prueba y a continuación se resolverá por auto, lo cierto es que en la mayoría de las veces no se produce prueba y son planteos simples que terminan resolviéndose por escrito a fin de evitar dilaciones en el trámite.

De todas formas, debe tenerse en cuenta que una excepción de incompetencia debe resolverse sin necesidad de aguardar la celebración de la audiencia de etapa intermedia. Es decir, si en el caso no se requirió ninguna medida cautelar o si se hizo anteriormente y no hay nada para plantear al respecto, no corresponde dejar pendiente la cuestión de competencia hasta que sea el momento de la audiencia de etapa intermedia. Esto es así debido a que la competencia es de orden público y, como dijimos, se relaciona con una garantía constitucional fundamental como es la de juez natural.

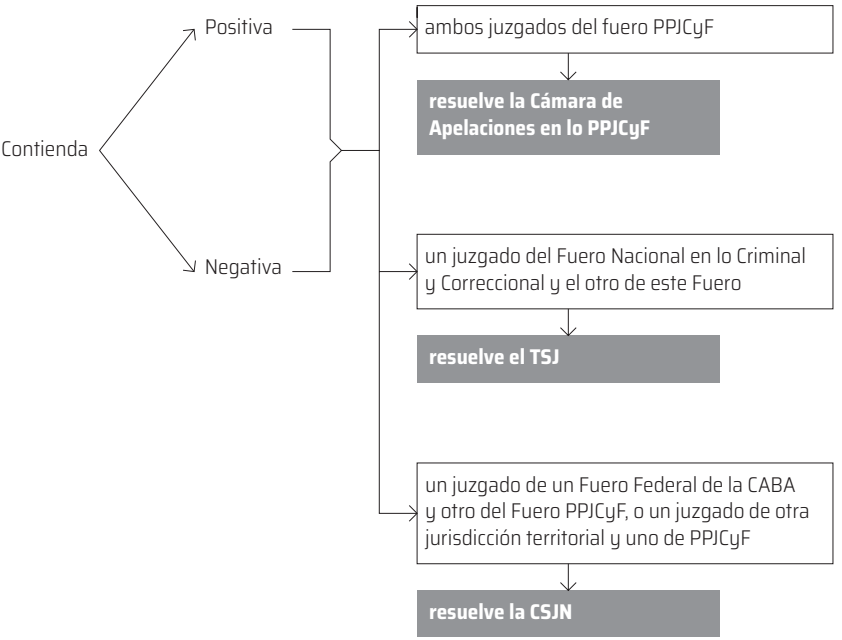
La decisión es apelable dentro del tercer día de notificada.

Contiendas de competencia. Órganos que resuelven y particularidades

A continuación veremos qué ocurre con las contiendas de competencia:



Es así que las contiendas se resuelven de este modo:



Para el caso de las contiendas entre dos juzgados del Fuero PPJCyF, antiguamente el plazo de veinticuatro (24) horas comenzaba a correr desde la hora que consignaba el cargo de recepción en la mesa de entradas del juzgado, mas con el devenir de la pandemia y la acelerada digitalización del trámite de los legajos se fueron dando distintas cuestiones que impedían que las veinticuatro horas comenzaran a

contar desde el momento en que el legajo era cargado en el sistema informático, ya sea por haber sido cargado en hora y/o día inhábil o porque llegaran con un solo escrito que no fuera respaldado por ninguna documentación que acredite el inicio de las actuaciones, lo que impide establecer si el juzgado que recibe las actuaciones es competente o no.

En la práctica, algunos juzgados devuelven las actuaciones a la fiscalía interviniente mediante nota en la que se hace la salvedad de que con las actuaciones remitidas no se puede establecer el juzgado competente, y que hasta tanto se remitan aquellas constancias que den cuenta sobre dónde, cuándo y cómo se inició el caso, no tomarán intervención en él; otros juzgados se comunican con la fiscalía mediante correo electrónico o teléfono a fin de solicitar la documentación necesaria, pero la jurisprudencia de la Presidencia de la Cámara del Fuero es clara en cuanto a que pasadas las veinticuatro horas de recibido el expediente ya no puede plantearse una cuestión de competencia, por lo que la primera opción suele ser la más elegida.

Por otro lado, en algunos casos surgen discrepancias con el modo de asignación de causas del Ministerio Público Fiscal y de la Cámara del Fuero. Es así que actualmente se ha visto incrementada la labor diaria de todos los operadores del Poder Judicial puesto que, por ejemplo, la gran mayoría de las causas que pueden llegar a ser encuadradas como constitutivas del delito de defraudación informática son asignadas a los juzgados con criterios diferentes. El MPF asigna según el lugar donde se encuentra radicada la cuenta bancaria de la persona damnificada o el domicilio del denunciante, mientras que en la Secretaría General de Cámara se tienen en cuenta las pautas establecidas en la resolución dictada en la causa "Israel".[18] Esto provoca múltiples conflictos ya que se generan cuestiones de competencia que tienen trato urgente (debido al plazo de veinticuatro horas antes mencionado).

Además de ello, los asuntos de competencia se resuelven teniendo en cuenta la importancia de asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, razones de mejor y más eficiente administración de justicia y economía procesal, tendiendo siempre a

18. CAPPJCyF, Presidencia, "Israel, León s/ art. 173 inc. 15 CP", causa N° 117459/2021-0, 14/05/2021.

evitar sentencias contradictorias, como así también la revictimización de la víctima y, en el caso de los imputados, en pos de una pena justa.

En esa línea, en los casos en los que existe estrecha vinculación entre los hechos cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar se aconseja su juzgamiento en conjunto. [19]

Contiendas de competencia resueltas por la Presidencia de la Cámara de Apelaciones PPJCyF

Consideramos que resulta interesante para el lector (fundamentalmente para aquellos operadores del sistema de justicia) analizar algunos casos de contiendas de competencia resueltos por la Presidencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, a efectos de brindar un panorama de los criterios que rigen en las disputas de competencia más comunes.

Nueva denuncia con causa anterior archivada

Caso "G. C., M.". Causa Nº 20366-2015-0. Rta. 21/03/2022

La magistrada rechazó la competencia del caso por hechos denunciados por la víctima contra su hija ante la Oficina de Violencia Doméstica (delitos de amenazas y de desobediencia), por considerar que al momento de los hechos no estaba de turno, y que la causa que tramitó ante el Juzgado a su cargo entre las mismas partes por el delito de amenazas había sido archivada hacía varios años.

Sin perjuicio del período de tiempo transcurrido entre las denuncias, no se trata de una fragmentación de los sucesos ocurridos; muy por el contrario, lo que denota es una situación de violencia familiar global que no encontró solución por esta vía y que perdura con nuevos hechos. No se trata de distintos hechos, sino que se trata de las mismas circunstancias que se reiteraron en el tiempo.

En efecto, el criterio de Presidencia es que el juez natural debe ser quien se encontraba de turno al momento del hecho (en su caso de la pri-

19. TSJCABA, "Barone", causa N° 16365, 21/10/2019; "Novello", causa N° 16293, 18/12/2019; "Salas", causa N° 17316, 26/08/2020 y el ya mencionado "Giordano".

mera denuncia) independientemente del trámite que se les haya impreso a las actuaciones. Ello es así ya que toda la situación familiar conflictiva transita en un mismo expediente en el que se encuentran las mismas partes involucradas, los mismos hechos y en idéntico lugar.

Asimismo, las sucesivas presidencias de la Cámara han sostenido con relación a la primera denuncia que

> … si tal resulta posteriormente archivada, sobreseída o desestimada o por cualquier otra razón no incluida en el requerimiento o en la determinación de los hechos, por ello no se alteran las reglas de asignación, ya que de no ser así, la radicación de las causas dependería de las vicisitudes procesales que se presenten en cada caso, lo que afectaría contra la imparcialidad y el principio del juez natural, lo que generaría la posibilidad de sustituir un juez por otro.[20]

Caso "C., F. M. L.". Causa Nº 13121-2020-0. Rta. 25/02/2021

En el caso, se decidió que correspondía la intervención del juzgado que se hallaba de turno en la fecha en la cual se efectuó la primera de las dos denuncias realizadas por el padre por impedimento de contacto con el hijo menor de edad que reside con su madre.

Se dijo que era criterio de Presidencia que el juez natural debe ser quien se encontraba de turno al momento del hecho (en su caso de la primera denuncia) independientemente del trámite que se le haya impreso a las actuaciones. Es por ello que la suerte corrida por la primera denuncia realizada por el actor resulta irrelevante a los efectos de la asignación.

Qué debe entenderse por "denuncia" a los efectos de la competencia

Caso "M. V., J. N. y otros". Causa Nº 107502-2021-0. Rta. 10/05/2021

El caso se inició a raíz de las manifestaciones efectuadas por la víctima el 31/03/2021 ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Allí refirió haber sido víctima de lesiones. Si bien se dejó constancia de que la denunciante se retiró de

20. CAPPJCyF, Presidencia, "T. S., R. A. M. sobre 52 – Hostigar, intimidar y otros", causa N° 225355/2021-0, entre muchas otras.

la citada dependencia, ello derivó en una serie de constataciones médicas acerca de los hechos sufridos. Así, fue remitida directamente al juzgado, cuyo titular entendió que no le correspondía su intervención toda vez que las actuaciones tuvieron su origen recién con la denuncia formal hecha el día 20/04/21, en que se encontraba de turno su par de juzgado con la zona geográfica del domicilio del imputado, ya que los hechos se habrían producido ahí, y así se las remitió conforme a lo dispuesto en el punto B de la Acordada N° 3/2019.

El juez receptor a su vez rechazó la competencia y devolvió el expediente por considerar que la primera comparecencia ante la OVD por parte de la denunciante fue el día en el cual el juzgado a su cargo no se encontraba de turno –sin que al momento de realizarla se encuentre determinado el lugar en donde se habrían sucedido los hechos–.

A la hora de resolver, se dijo que se advertían una serie de actos de violencia de género siendo dirimentes los expresados en la primera denuncia o en la mera manifestación del 31/03/21 ante una autoridad pública específica en la materia que motivó la elaboración de un informe médico (12/04/21). No debe perderse de vista que por la gravedad del relato, esa manifestación del 31/03/21 constituye la noticia *criminis* para iniciar cualquier investigación en orden a los delitos descriptos en el marco de una situación de violencia. Por ello, se le asignó competencia al primer juez.

Causa originada por extracción de testimonios

Caso "Personal Policial de la Ciudad de Buenos Aires".
Causa Nº 84814-2021-0. Rta. 10/03/2021

En el caso se resolvió que correspondía que intervenga el juzgado que estaba de turno en el momento de los hechos denunciados en ocasión de una declaración indagatoria prestada ante el fuero nacional en lo criminal y correccional.

En la contienda de turno suscitada, el conflicto a dirimir se centró en determinar la fecha que habría de considerarse a los fines de la correcta asignación. Es decir, si debía tomarse en cuenta la fecha en que se pusieron de manifiesto los apremios ilegales denunciados en la

referida indagatoria o la fecha en que el juzgado nacional (que luego remitió la causa a este fuero), ordenó la extracción de testimonios.

Se dijo que correspondía considerar la fecha de los hechos denunciados en ocasión de la declaración prestada ante el fuero criminal ordinario de la CABA. La extracción de testimonios dispuesta por el magistrado no fue más que una consecuencia o un desenlace de dicha denuncia.

Domicilio del denunciante

Caso "C., E. E.". Causa Nº 143944-2021-0. Rta. 30/12/2021

Se decidió que correspondía que intervenga el juzgado que se encontraba de turno en oportunidad de los hechos y en la zona donde tuvieron lugar. El juez no aceptó la competencia que le fue asignada en razón del domicilio de la víctima, y lo remitió a la Secretaría General a efectos de su sorteo, conforme a la pauta "D", por cuanto entendió que no se desprendía de las actuaciones un lugar del hecho determinado dentro del ejido de esta Ciudad.

La jueza que resultó sorteada solicitó a la Fiscalía la totalidad de las piezas que conforman el caso, y advirtió que las agresiones habrían ocurrido en el domicilio de la víctima, por lo que devolvió los actuados al juzgado remitente que se encontraba de turno a la fecha de la denuncia con ese lugar, quien mantuvo su postura, quedando así trabada la contienda de competencia.

De las constancias originalmente aportadas por la Fiscalía al juzgado asignado y luego a la Secretaría General no surgía la determinación de un lugar, por lo cual la asignación por aplicación de la pauta "D" (sorteo entre los juzgados de turno de las distintas zonas), resultó correcta. Pero dicho extremo más tarde resultó alterado, en función del pedido de la totalidad de los antecedentes efectuado a la Fiscalía, cuando ello, vale indicar, pudo haberse realizado desde un primer momento por parte del acusador. En esos antecedentes, había otras denuncias y surgía la manifestación expresa de la denunciante en cuanto a que las agresiones que habría padecido habrían ocurrido en su domicilio, por lo que se resolvió que debía ser el primer magistrado el que interviniera.

Algunas consideraciones de la Presidencia de la Cámara del Fuero respecto del fallo "Israel" y casos análogos referidos a delitos contra el patrimonio cometidos por medios electrónicos

Caso "Israel, León". Causa Nº 117459-2021-0. Rta. 14/05/2021

A los fines de otorgar un mejor servicio de justicia, evitando dilaciones e incidencias procesales, en cierta medida, la Acordada N° 3/2019, con la adecuación de las reglas de asignación de causas a esas nuevas formas comisivas de los delitos de índole patrimonial, ha dado solución en gran parte a esa problemática; pero también es cierto que no contempla todos y cada uno de los supuestos que se presentan a diario, máxime para este tipo de delitos y sus múltiples formas de comisión. En efecto, en estas conductas de desapoderamiento patrimonial se advierten distintos modos comisivos, algunos por engaño a las propias víctimas o suplantando su identidad, y otras operando directamente vía Internet (*phishing*). En todos ellos, de manera genérica, el principal problema radica en determinar el lugar de los hechos, ya que son cometidos vía Internet –pero desde algún lugar– y su principal característica reside en la extraterritorialidad.

Ahora bien, es importante señalar que en las reglas de asignación, salvo las excepciones previstas, prevalece el conocimiento del lugar de los hechos por sobre el sorteo de las causas a los juzgados para garantizar de esa manera cuál es el juez natural del lugar de los eventos.

Estos argumentos resultan de vital importancia para garantizar la inmediatez a los damnificados de estos delitos a través de un control y ejercicio concreto y eficaz de sus derechos que se vieron afectados por maniobras ilícitas.

La Presidencia de la Cámara, ante la cantidad de casos que arriban para adjudicar a una sede jurisdiccional, estima conveniente reproducir algunos criterios o estándares que coadyuvarán a la asignación de las causas a los juzgados del fuero en las que se ventilen este tipo de delitos de índole patrimonial, a saber:

i. El criterio rector es el del lugar de los hechos. Es decir, en caso de hallarse consignado, es el que determinará la zona judicial y el juzgado de turno con aquella y a la fecha de la denuncia (acorde a la pauta B de la Acordada N° 3/2019).

ii. En caso de no encontrarse consignado el lugar de los hechos, se procederá a establecer la zona judicial según el lugar donde el denunciante advirtió el ilícito denunciado. Es, en dicha oportunidad, aquel que conociendo la situación cuenta con la posibilidad fáctica de hacerlo cesar (denunciar el ingreso a su cuenta, clonación de su tarjeta, comunicarse con la entidad bancaria, etc.). En definitiva, de ese modo, la/el denunciante verá garantizado su derecho de acudir a la justicia.
iii. Se contemplará también, a los fines de determinar la zona judicial para la correcta asignación de la causa, el lugar de radicación de la cuenta o de la entidad bancaria donde se hallare la misma, siendo que en tal sitio se produjo el desapoderamiento y el consecuente perjuicio económico que motiva la intervención judicial.
iv. En caso de no contar *prima facie* con los datos necesarios para proceder a la asignación de la denuncia, conforme los ítems anteriores, se procederá a realizar un sorteo entre todos los juzgados de turno a la fecha de la denuncia conforme la pauta D del anexo de la Acordada N° 3/2019.

Así las cosas, estos criterios expuestos para la asignación de los casos por este tipo de delitos al juzgado competente son aplicables según las particularidades de cada uno de ellos. Es decir, como veremos en el caso que sigue, no tienen un orden de prioridad.

Caso "NN". Causa Nº 169760-2021-0. Rta. 27/10/2021

Allí se decidió que correspondía que intervenga el juzgado que se encontraba de turno en la zona judicial donde la víctima tenía radicada la cuenta bancaria en la fecha de la denuncia.

La magistrada a cargo del juzgado al que el Ministerio Público Fiscal había atribuido el conocimiento del caso se declaró incompetente y la remitió a su par del juzgado que se halló en turno en la zona de radicación de la cuenta en donde la damnificada habría sufrido el perjuicio patrimonial por la presunta estafa.

El magistrado que la recibió rechazó la competencia atribuida en el entendimiento de que en el caso no resultaba de aplicación la pauta B de la Acordada N° 3/2019, haciendo referencia a los criterios esta-

blecidos por la Presidencia del Tribunal para este tipo de delitos en la mencionada causa "Israel", que en su punto 2 consideraba el lugar donde el/la denunciante advirtió el ilícito en cuestión, y en su punto 3 el lugar de radicación de la cuenta bancaria donde sufrió el perjuicio económico.

En tal sentido refirió:

> … el fallo de Presidencia de Cámara establece los parámetros a seguir para la asignación de causas, los cuales enumera, y se debe asignar por descarte, es decir, que si no se aplica el punto IV.1, se debe aplicar el siguiente 2 y así sucesivamente…

En consecuencia, consideró que, dado que se conoce el lugar donde el denunciante se anotició de la presunta estafa, el caso se adecua al punto 2 del fallo precitado, y atento que dicho ámbito se hallaba fuera del ejido de la Ciudad, resultaba de aplicación la pauta D de la Acordada N° 3/2019, debiéndose practicar un sorteo entre los juzgados que se encontraron de turno a la fecha de la denuncia, y así remitió el legajo a Cámara a los fines de dirimir la cuestión. Al momento de resolver, se señaló que, en las reglas de asignación, salvo las excepciones previstas, prevalece el conocimiento del lugar de los hechos por sobre el sorteo de las causas a los juzgados para garantizar de esa manera cuál es el juez natural del lugar de los eventos.

Asimismo se resaltó que los criterios del fallo "Israel" para la asignación de las causas por este tipo de delitos a los juzgados del fuero no debían aplicarse con un orden de prioridad específico sino de forma global, de manera tal que según las circunstancias se beneficie la inmediatez y celeridad en la resolución del asunto.

Así, subsumiendo el caso a dichos criterios, conforme a que de la lectura de la causa se desprendía la determinación de un lugar dentro de la Ciudad –el de radicación de la cuenta del denunciante, previsto en el punto 3 de "Israel"– es que correspondía la aplicación de la pauta B de la Acordada N° 3/2019, ya que es sobre esa cuenta bancaria la que había operado el desapoderamiento.

Caso "NN". Causa Nº 174607-2021-0. Rta. 17/08/2021

En el caso, la víctima había sufrido un hurto de efectos personales en un bar. Con posterioridad, ya en su domicilio, ella advirtió que con

datos obtenidos a través de esos elementos que le habían sustraído le habían causado ciertos perjuicios patrimoniales, que verificó al consultar su cuenta bancaria.

Al momento de analizar la contienda de competencia, se dijo que ambos jueces de primera instancia coincidían en que correspondía aplicar la pauta B de la Acordada Nº 3/2019, de manera que el único punto a resolver era el vinculado al lugar de los hechos, es decir, si este era el bar donde le sustrajeron las pertenencias a la denunciante o su domicilio, donde advirtió la presunta estafa a través de la consulta bancaria virtual.

La Presidencia de la Cámara señaló que en el bar se había desarrollado una conducta distinta al motivo de la investigación, comprensible en la figura de hurto, que luego habría ocasionado otros hechos o maniobras que fueron advertidas en el domicilio de la denunciante, por lo que en ese incipiente estado procesal de la causa correspondía dar intervención al juzgado que se encontraba de turno en la zona del domicilio de la denunciante.

Caso "Mañana, Carlos". Causa Nº 123443-2021-0. Rta. 02/06/2021

En el caso, se resolvió que correspondía que intervenga el juzgado que había sido sorteado por la Secretaría General de Cámara previo a la contienda.

La causa se inició a raíz de la denuncia en la que el damnificado refirió que un individuo no identificado sustrajo su teléfono celular de su camioneta mientras se encontraba estacionada, y que luego advirtió que se habría realizado a través de su cuenta de Mercado Pago –aplicada en el celular mencionado– una transferencia virtual a la cuenta de titularidad de la persona imputada.

La magistrada del juzgado desinsaculado entendió que no le correspondía su intervención ya que las actuaciones fueron sorteadas sin lugar del hecho, en aplicación de la pauta D de la Acordada Nº 3/2019, siendo que de conformidad con lo establecido en "Israel" el principio rector que debía utilizarse para estos casos era el lugar de radicación de la cuenta o entidad bancaria donde se hallare la misma.

La Presidencia, sin perjuicio de lo establecido en aquel fallo, en este, por las particularidades de la entidad "Mercado Libre" y de su

aplicación "Mercado Pago", indicó que la situación era diferente, por cuanto aquella hipótesis fue concebida para otro tipo de operatorias, aun cuando la mecánica del ilícito se perpetrara de la misma manera, es decir, a través de maniobras virtuales. Justamente, el motivo de esa pauta fue facilitar a los damnificados el acceso a la justicia según la proximidad con el lugar de radicación de la cuenta bancaria, que no se vislumbraba en este asunto.

Así, más allá de si "Mercado Libre" o "Mercado Pago" reúne o no características propias de una entidad bancaria, lo cierto es que a diferencia de la mayoría de aquellas, las cuales además de poseer una casa central cuentan con sucursales en el territorio de esta Ciudad, tanto Mercado Libre como su aplicación "Mercado Pago" concentran todas sus operaciones en un solo lugar (Av. Caseros 3039, CABA), sin perjuicio de que se desconoce la ubicación de los servidores donde se encuentran alojados los datos de los usuarios. Aclarado ello, se estimó que no resultaba apropiado tener en cuenta la sede donde se encuentra Mercado Pago puesto que, de tal manera, cada una de las investigaciones de los hechos que ocurran mediante el uso de esa aplicación recaería sobre una misma zona geográfica provocando una suerte de concentración que pesaría solo sobre uno de los juzgados de turno en cada oportunidad temporal, no respetando así el espíritu de asignaciones equitativas de las pautas de asignación. Más aún, estrictamente en el caso, no surgía desde qué lugar se produjo la maniobra de desapoderamiento, tan solo por quién habrían sido dirigidos los fondos, o donde el damnificado tomó conocimiento de la situación que lo afectaba.

Vencimiento o no del plazo de 24 horas

Caso "Ribeiro Monteiro, Marcelo y otros". Causa Nº 9940-2021-0.
Rta. 14/07/2021

Aquí se decidió que correspondía que intervenga el Juzgado al que la Fiscalía le remitió el legajo primigeniamente.

La cuestión a resolver pasaba por determinar si había vencido o no el plazo de 24 horas establecido en la pauta K de la Acordada Nº 3/2019.

En el caso, el día 18 de junio se había dejado constancia en el sistema EJE que el legajo había impactado en los ingresos del juzgado sin

que hubiere arribado con las constancias pertinentes para determinar su competencia. El 23 de ese mes la magistrada requirió a la Fiscalía la remisión de las actuaciones dejando constancia de que ello no implicaba aceptación de competencia alguna, pero excediéndose del plazo en cuestión.

Fue así que la Presidencia de la Cámara estableció el criterio que toda precisión de datos, subsanaciones o requerimientos a la Fiscalía actuante debe formularse dentro del plazo perentorio de 24 horas en función de lo que indica la pauta reglamentaria, es decir, las cuestiones de turno deben ser planteadas dentro de las 24 horas de recibidas las actuaciones en el juzgado, lo cual no sucedió, de modo que correspondía que ella siguiera interviniendo.[21]

Caso "F., V. N.". Causa Nº 200311-21-0. Rta. 22/09/2021

En esta ocasión, la titular del juzgado receptor rechazó la competencia atribuida por su par del fuero, por considerar que no se daban los supuestos de conexidad objetiva toda vez que los sucesos denunciados habrían ocurrido en diferentes espacios temporales. A ello agregó que se advertía que habían transcurrido las 24 horas establecidas por la Acordada Nº 3/2019, pauta K, para que el magistrado plantee contienda de turno con el juzgado que, a su juicio, corresponda intervenir, o bien la remita a la Secretaría General. Ello así pues la causa había sido recibida por el juzgado remitente el 7 de septiembre a las 15:08 horas y recién la remitió a Cámara el 9 de septiembre a las 6:48 horas.

A la hora de resolver, se destacó que

> … la modalidad judicial virtual es una forma de desarrollar ciertos actos procesales que posibilitó el acceso a la justicia durante la pandemia mundial y que para algunos aspectos registrales, administrativos y procedimentales resultó y resulta útil en pos de la celeridad. Aún resta decidir por el órgano competente cuáles serán las cuestiones que podrán o no ser mante-

21. Es interesante subrayar lo que añadió el Dr. Franza a modo de *obiter dictum*. Allí dijo: "… no puedo dejar de señalar que estas situaciones de insuficiente remisión de las piezas que remiten las fiscalías a los juzgados son reiteradas, que los colocan en un estado de vacilación a la hora de resolver algún planteo que les someten a consideración para no afectar de algún modo la garantía del juez natural, lo que termina provocando sino luego estas incidencias que son absolutamente evitables". Lamentablemente estos inconvenientes, a la fecha de redacción de este comentario, no han podido ser solucionados.

> nidas de manera virtual. Pero ese panorama digital debe tener sustento de igual manera que con el marco o soporte "papel" ya que se trata de una herramienta al uso de la gestión humana judicial. Como luego se detallará, la aceptación virtual de una causa es sinónimo de su recepción en la Mesa de Entradas del Juzgado; mientras tanto ello no ocurra entonces significa que se encuentra a disposición del remitente. En el caso no fue objetado el tiempo hábil de los actos procesales y si tenemos en cuenta la relación entre los horarios de "aceptación" y de "remisión" por parte del juzgado remitente al inicio de la incidencia, ello implica que fueron realizados para su desarrollo o prosecución [...] del cotejo del 'historial de movimientos' del sistema EJE, surge que las presentes actuaciones fueron asignadas por la Secretaría General de esta Cámara el día 07/09/2021 y aceptadas por el Juzgado –que en esta contienda resulta ser el remitente–, el día 8 de septiembre a las 06.27hs –fecha en que comenzó a correr el plazo sin que se aludiera al tiempo hábil de los actos procesales–, y que luego se remitió virtualmente al otro Juzgado del fuero el día 9 de septiembre a las 06.48hs, es decir, vencido el plazo; cuestión temporal que todas las Presidencias de este Tribunal lo entendieron con carácter perentorio (conf. Causa IPP 12086/2020-0 "NN, Aaron s/ 53 bis - agravantes –conductas descriptas en los artículos 51,52 y 53–" rta. el 04/08/2020, entre muchas otras).

Ello así, los restantes planteos esgrimidos, se tornan abstractos toda vez que ha operado el plazo perentorio establecido en la pauta K de la Acordada Nº 3/2019 de este Tribunal.

Casos denunciados ante organismos judiciales que no pertenecen a la justicia de la CABA

Caso "Servicio integral de seguridad SRL". Causa Nº 160390-2021-0. Rta. 09/12/2021

En este caso, la Fiscalía le solicitó a un juzgado la prórroga de la IPP y este no aceptó su competencia por entender que el proceso tuvo su inicio el día 12/07/2019 (cuando esa judicatura no estaba de turno), oportunidad en la que la Unidad Fiscal especializada en la Investigación de ilícitos relacionados con armas de fuego, explosivos y demás materiales controlados del Ministerio Público Fiscal de la Nación (UFI-IARM) recibió la denuncia efectuada por la Coordinación de

Asuntos Jurídicos de la ANMaC. Estimó que esa repartición recibió la *notitia criminis*, instruyó una investigación preliminar y luego de efectuar diversas medidas de prueba dictaminó que los hechos denunciados debían ser subsumidos en uno de los tipos previstos en el artículo 189 bis del Código Penal y ordenó la remisión del legajo a la Unidad de Orientación y Denuncia del Ministerio Público Fiscal de la CABA a los efectos de que se determine la fiscalía que debía intervenir.

El juzgado remitente, entonces, entendió que correspondía aplicar la pauta B y que la fecha que correspondía tomar en cuenta para la asignación era la mencionada del 12/07/2019. El juzgado receptor no aceptó la competencia en el entendimiento de que cabía tomar como fecha relevante la de la "denuncia" efectuada el 14/07/2021 por la UFI-ARM del Ministerio Público Fiscal Nacional ante el MPF local.

La Presidencia de la Cámara destacó que

> … habiéndose originado estos actuados a raíz de una denuncia formulada por un hecho presuntamente infringido en el distrito, y siendo que las actuaciones se iniciaron ante una dependencia del Ministerio Público Fiscal de la Nación, conforme reza la pauta precitada, prevalece la fecha que indica el inicio del trámite de la causa en el ámbito de la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la Unidad Fiscal Especializada en la Investigación de Ilícitos relacionados con Armas de Fuego, Explosivos y demás Materiales Controlados (UFI-ARM) del Ministerio Público Fiscal de la Nación, esto es, el 12 de julio del 2019, siendo esas medidas preliminares válidas y que dan sustento a la prosecución en este fuero.[22]

Justicia nacional y justicia local: misma jurisdicción ordinaria

Caso "T., G". Causa Nº 175542-2021-0. Rta. 23/08/2021

Este caso había comenzado por una denuncia de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas de la Procuración General de la Nación ante el Fuero Criminal y Correccional. Tiempo después el

22. Este criterio se condice con el adoptado por la presidencia de la CAPPJCyF en los precedentes "NN", causa Nº 139724-2021-0, 18/08/2021. "Contradex", causa Nº 146423-2021-0, 09/12/2021.

juzgado nacional interviniente se declaró incompetente y lo remitió al fuero local.

La cuestión a dirimir radicaba en la fecha que debía tomarse como referencia para la asignación del caso. Una opción era la de la denuncia de la citada Procuraduría ante la Mesa de Entradas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. La otra, la de ingreso ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas.

La Presidencia de la Cámara dispuso que

> … en favor de la autonomía judicial receptada en los fallos del Máximo Tribunal nacional "Bazán", Corrales", "Nisman", "Panaciuk" y para despejar cualquier sospecha que por esas circunstancias y declaraciones de incompetencia como las reseñadas se pueda alterar el juez natural, una vez ingresada una causa dentro de la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sin perjuicio de tratarse del fuero Criminal y Correccional o del Penal, Contravencional y de Faltas) se entiende que corresponde a una misma jurisdicción ordinaria.

Importancia del "historial de radicación" del sistema EJE

Caso "Correa Perdomo, Keidy Atamary". Causa Nº 219643-2021-0.
Rta. 08/11/2021

En el caso se decidió la intervención del juzgado que fue sorteado por la Secretaría General de la Cámara PPJCyF.

La magistrada que recibió el caso procedente de una fiscalía local decidió declinar su competencia para intervenir toda vez que la causa había sido "asignada" por la interoperabilidad de los sistemas digitales del Ministerio Público Fiscal y de la Jurisdicción, cuando debió haberse efectuado un sorteo conforme lo dispuesto en la pauta D de la Acordada Nº 3/2019, ya que no es posible determinar el lugar donde habrían ocurrido los hechos aquí denunciados. Practicado el sorteo por la Secretaría General de Cámara, se remitió el legajo al juzgado que resultó desinsaculado, cuyo titular devolvió la causa al juzgado anterior en la inteligencia de que el Ministerio Público Fiscal había realizado el sorteo del expediente y que por tal circunstancia le correspondía su intervención. Recibidas nuevamente las actuaciones, la magistrada

trabó formalmente la contienda y elevó la causa a la Presidencia de la Cámara del Fuero.

Por su parte, la Presidencia de la Cámara resolvió que del historial de radicación/elevación de EJE surgía que el Ministerio Público Fiscal, luego de la denuncia, había "asignado" la causa, es decir, que no efectuó un sorteo, razón por la cual *a posteriori* la Secretaría General sí lo hizo debido a la falta de determinación del lugar de los hechos, y resultó desinsaculado el juzgado que se encontraba de turno a ese entonces, quien debió continuar a cargo del caso.

Capítulo 2
Recusación y excusación de los/as jueces/zas

Artículo 22. Excusación. Causas
Son causas legales de excusación:

1. **El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguno de los interesados.**
2. **Tener el/la Juez/a o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados.**
3. **Tener el/la Juez/a pleito pendiente con alguno de los interesados.**
4. **Ser el/la Juez/a, su cónyuge, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo, acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, con excepción de los bancos oficiales.**
5. **Ser o haber sido el/la Juez/a actor, denunciante o querellante contra alguno de los interesados, o denunciado o querellado por alguno de estos con anterioridad a la iniciación del pleito.**
6. **Haber sido el/la Juez/a defensor de alguno de los interesados, emitido opinión o dictamen, o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado.**
7. **Haber recibido o recibir el/la Juez/a, su cónyuge, padres, hijos u otras personas que vivan a su cargo beneficios de importancia de alguno de los interesados.**
8. **Tener el/la Juez/a con alguno de los interesados amistad que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato.**

9. **Tener contra alguno de los interesados enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la excusación por ataques u ofensas inferidas al Juez/a después de que haya comenzado a conocer en el asunto.**
10. **Ser o haber sido el/la Juez/a, tutor/a o curador/a, o hubiere estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados.**
11. **Tener el/la Juez/a o los parientes en el grado establecido en el inciso 1 interés en el proceso.**
12. **Haber intervenido como juez o jueza en la investigación preparatoria, pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia; haber intervenido como miembro del Ministerio Público o defensor/a; haber actuado como perito, o conocido el hecho como testigo o si en otras actuaciones judiciales o administrativas hubiere actuado profesionalmente con intereses contrapuestos con algunas de las partes involucradas.**
13. **Cuando el/la juez/a alegue causales de violencia moral debidamente expresadas y justificadas.**

Artículo 23. Interesados

A los fines del artículo anterior, se considerarán interesados el Ministerio Público Fiscal, el/la imputado/a y el/la damnificado/a, el/la tercero/a civilmente responsable, o sus letrados/as.

Artículo 24. Trámite de la excusación

El/la Juez/a se excusará por auto y remitirá la causa al Juez/a que corresponda. Si este/a último/a no aceptara la excusación, dará intervención a la Cámara de Apelaciones, que resolverá de inmediato, sin sustanciación.

Cuando se excuse uno/a o más miembros de una Cámara, conocerán en la solicitud los/las restantes miembros del Tribunal.

Aceptada la excusación, el caso quedará radicado ante el tribunal que corresponda.

Artículo 25. Recusación

La recusación se interpondrá por escrito fundamentado y en el mismo acto se ofrecerá la prueba. Solo podrá ser interpuesta en las siguientes oportunidades:

1. **Durante la investigación preparatoria, antes de su clausura.**
2. **En el juicio, durante el término de citación.**
3. **Cuando se trate de recusar a alguno de los miembros de la Cámara de Apelaciones, en la primera presentación ante esa instancia. En caso de causal sobreviniente o, de ulterior integración del Tribunal, la recusación podrá interponerse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de acaecida la causal sobreviniente o desde que la ulterior integración sea notificada.**

Artículo 26. Trámite de la recusación

Si el/la Juez/a admitiera la recusación, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24. En caso contrario, el/la Juez/a remitirá a la Cámara de Apelaciones dentro de los cinco (5) días el escrito de recusación con un informe sobre el rechazo de las causas alegadas.

La Cámara de Apelaciones resolverá por auto dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. De considerarlo necesario, podrá citar a una audiencia a las partes, la que se celebrará con las que concurran, luego de lo cual resolverá por auto dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. Contra esta decisión no se admitirá recurso alguno.

Artículo 27. Rechazo

Si el/la Juez/a recusado no admitiera la recusación continuará entendiendo en el caso, aún durante el trámite del incidente; pero si se hiciera lugar a la recusación, los actos en que hubiese intervenido deberán ser reproducidos, siempre que el recusante lo pidiera en la primera oportunidad que tomare conocimiento de ellos y los mismos le causaren agravio.

Artículo 28. Prohibición de actuación

Producida la excusación o aceptada la recusación, el/la Juez/a excusado/a o recusado/a no podrá realizar ningún acto en el proceso. La intervención de los nuevos magistrados será definitiva aunque posteriormente desaparezcan los motivos que determinaron aquellas.

Introducción y generalidades

Una vez que está establecido el juez competente pueden surgir cuestiones respecto a situaciones particulares que afectan su imparcialidad. Para ello están previstos los institutos de excusación y recusación, a fin de que un juez se aparte o sea apartado del conocimiento de la causa. La excusación es planteada por el/la juez/a, mientras que la recusación por la/s parte/s.

La garantía de ser juzgado por un juez imparcial se desprende expresamente del artículo 13 de la Constitución local, pero también comprende la Constitución Nacional a raíz de la incorporación de los pactos internacionales en el año 1994 (art. 75 inc. 22). Es así que la CSJN ha entendido que existía cuestión federal suficiente para tratar esta cuestión que no es una sentencia definitiva ni equiparable a tal, toda vez que omitir considerarla, podía comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente a los compromisos asumidos internacionalmente. Así lo sostuvo en el reconocido fallo "Llerena".[23]

Esto permite que las causales no tengan que interpretarse de forma restrictiva, debiéndose realizar un análisis del caso en concreto para verificar la posible parcialidad, sin que ello implique que deba darse curso a cualquier planteo puesto que está en juego la garantía de juez natural.

Quizás la causal más común y fácil de verificar sea la de "intervención funcional anterior", con la que se pretende evitar que el juez que tiene conocimiento del caso, por haber intervenido anteriormente, sea parcial. Es que no se necesita acreditar una conducta parcial de parte del juzgador (como en líneas generales era la interpretación mayoritaria durante el siglo XX, en especial previo a la reforma constitucional de 1994) sino que existen ciertas circunstancias, como la mencionada, que permiten generar una sospecha, un temor fundado de parcialidad que hacen que el propio legislador decida el apartamiento de ese magistrado.

En ocasiones como las que contemplaba "Llerena" (intervención de un magistrado en la etapa preparatoria, que lo imposibilita a ser quien juzgue el caso en la etapa de juicio) con la evolución jurispruden-

23. CSJN, Fallos: 328:1491, "Llerena", Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal", 17/05/2005.

cial se han ido generando mecanismos estandarizados de cambio de juez que son aplicables a todos los casos, sin necesidad de hacer uso de los institutos en comentario.[24]

Sin embargo, existen también otros casos muy comunes en la justicia local que no han llegado a regularse de manera genérica dado que ello sería, francamente, hilar demasiado fino. No obstante, existe unanimidad en considerar que, también en esas situaciones, es pertinente la excusación y el apartamiento del magistrado. Nos referimos a los casos en que jueces subrogantes han intervenido en la etapa de investigación en una causa y luego resultan sorteados para intervenir en la etapa de juicio, o también situaciones en las que una persona interviene en un proceso como miembro del MPF o MPD y luego llega a ser designado juez.

El paso del tiempo y una reevaluación del alcance de la garantía de imparcialidad en el marco de un sistema acusatorio y adversarial han generado más debates, referidos fundamentalmente a la etapa intermedia. Así, al momento de la sanción del CPPCABA se consideró un avance formidable (y de hecho lo era, en comparación con el CPPN) que la prueba para el debate tuviera que ser ofrecida en la etapa intermedia y que fuera el juez que interviene en la etapa preparatoria quien decidiera sobre su admisibilidad para el debate.

Nadie duda de que ello resguarda mucho mejor la garantía en trato que permitir que quien haga ese análisis sea el órgano que en definitiva va a juzgar el caso, puesto que para definir la prueba admisible para el juicio es necesario imbuirse de un nivel de conocimiento del conflicto que no es compatible con la necesidad de que el juzgador llegue desprovisto de cualquier prejuicio al juicio oral.

Pero la discusión avanzó bastante más allá. Así, cuando antes era normal enviar al juzgado de juicio todo el expediente, se cuestionó que al juez de juicio le llegara esa cantidad de información, lo que podría (y de hecho estamos convencidos de que así era) "contaminarlo" previo a tener que intervenir en el caso. Fue entonces que se dispuso que se enviara solo el requerimiento de juicio y las pruebas documentales admitidas.

24. En el ámbito de la CABA, por ejemplo, este mecanismo estaba inicialmente previsto solo para la materia penal, pero tiempo después se impuso también para el juzgamiento de contravenciones.

Pero eso no fue bastante, puesto que la prueba documental admitida seguía siendo suficiente para generar cierto prejuicio en el juez de juicio. Así, se eliminó entonces (por vía jurisprudencial)[25] esta posibilidad, aunque la definitiva imposición de esta visión llevó algo más de tiempo, dado que seguían existiendo resistencias por parte de algunos tribunales. Entendemos que a partir del precedente "Serulnik" se alcanzó cierta uniformidad de criterios en este sentido.[26]

No obstante, la discusión siguió en torno a la afectación a la imparcialidad que podía generar la conformación del requerimiento de juicio. Si esta pieza contenía una valoración completa de la prueba, se señaló que ello también podía contaminar al juez con una cantidad de información (y de una visión del caso) que no era legítimo que aquel tuviera, puesto que para que pudiera alcanzar una real ecuanimidad era menester que arribara al juicio desprovisto de cualquier interpretación de los hechos que previamente hubieran hecho las partes.[27] Se dijo entonces que la mejor forma de instrumentar la remisión del caso a juicio era mediante la emisión de un certificado que contara únicamente con la descripción del objeto procesal, la prueba admitida y la parte dispositiva del acta de audiencia celebrada en los términos del actual artículo 223.[28]

Para un mayor desarrollo de estas situaciones en particular, remitimos al comentario del Libro II, Título IX, Capítulo 2 de esta obra.

Ante los casos de recusación/excusación, se contempla un sistema de compensación[29] equitativa entre los juzgados y también entre las salas de la cámara que tiene previsto que el juzgado/sala que reciba un

25. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/ inf. art. 1, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)'", causa Nº 9443/12, 18/12/2013.

26. TSJCABA, "Ministerio Público – Fiscalía de 1ª Instancia en la PCyF Nº 13 de la CABA s/ queja por retardo, privación o denegación de justicia en: Legajo de Juicio en autos Serulnik, Marcelo s/ art. 149 bis CP", causa N° 14289/17, 07/04/2017.

27. CAPPJCyF, Sala III, "Suárez, Víctor Hugo s/ art. 149 bis CP", causa Nº 7223/12, 17/11/2015.

28. El fallo de la Cámara fue recurrido por el MPF pero el TSJCABA declaró mal concedido el recurso (TSJCABA, "Suárez, Víctor Hugo s/ infr. art(s). 149 bis, amenazas, CP (p/L 2303) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", causa N 13411/16, 19/10/2016).

29. Reglamento para la jurisdicción Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Aprobado por Res. CMCABA Nº 1050/2010, art. 48: "El juzgado ante el cual se radique una causa por recusación o excusación podrá remitir

expediente por estas causales podrá remitir en compensación al juzgado o sala originaria otro expediente en trámite, de similares características, en cuanto a la carga laboral que implique.[30] Por último, si bien el artículo 25 menciona que la recusación se interpondrá por escrito, teniendo en cuenta el sistema acusatorio que impera en el proceso, entendemos que podría plantearse en audiencia oral, siempre que las pruebas que mencione la parte sean acercadas a dicho acto.

Causales

El análisis que realizaremos a continuación tiene por objeto tratar las causales que han provocado mayores discusiones y/o generado problemas de interpretación. Por otro lado, a fin de evitar repeticiones innecesarias, no realizaremos comentarios sobre cuestiones obvias o que no requieran mayor observación.

Interés del/la juez/a o sus familiares en el pleito o sociedad o comunidad del juez con alguno de los interesados (art. 22, inc. 2)

Se ha interpretado mayoritariamente que el interés al que se refiere la norma es el económico; sin embargo, a veces puede tratarse de daño o perjuicio moral.

Cuando el inciso señala el interés en el pleito "… se refiere a una contienda, disputa o litigio judicial que no necesariamente debe ser el mismo proceso o caso, ya que el interés puede surgir indirectamente en razón a la incidencia que este pueda tener eventualmente en otro".[31]

---

al juzgado originario una o más causas en trámite y que por sus características haga equitativa la compensación con respecto a la que recibió por aquellos motivos".

30. Este sistema no rige cuando el apartamiento del juez es decidido por la Cámara de Apelaciones por otros motivos que no encuadran en situaciones de excusación o recusación.

31. Dupuy, Daniela, "Comentario a los artículos 21 a 27", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. I, p. 125.

Por otro lado, respecto al alcance del término "comunidad", se interpretó que el hecho de haber apoyado a una persona como candidata a integrar el Tribunal Superior de Justicia no encuadraba en esta causal.[32]

Tener el/la juez/a pleito pendiente con alguno de los interesados (art. 22, inc. 3)

No necesariamente debe tratarse de un pleito penal; puede ser de cualquier índole. Por otro lado, se ha dicho que el conflicto sometido a juzgamiento del magistrado debe estar vinculado con el pleito pendiente,[33] razón por la cual no resultaría de aplicación esta causal ante la existencia de una denuncia interpuesta por alguna de las partes contra aquel ante el Consejo de la Magistratura. No obstante, creemos que podría sí ser procedente la causal de violencia moral prevista en el inciso 13.

Ser o haber sido el/la juez/a actor/a, querellante o denunciante contra alguno de los interesados o haber sido denunciado/a o querellado/a por ellos con anterioridad al inicio del pleito (art. 22, inc. 5)

Esta causal no abarca el supuesto en que un juez denuncie a un abogado durante el transcurso del proceso, dado que en ese caso no estaría haciendo otra cosa que cumplir con su deber de denunciar en su calidad de funcionario público. Tampoco abarca situaciones en que las partes denuncian al juez por acciones que este lleve a cabo en el transcurso de un proceso, puesto que de lo contrario se convertiría en una herramienta muy sencilla para cambiar al magistrado ante cualquier situación que no sea del agrado o conveniencia de la parte de que se trate.

32. CAPPJCyF, Sala III, "Guidi, M. Rosa", causa N° 12859-01/10, 10/06/2010.
33. Ibídem, Sala I, "Schwarzman", 05/11/2013, entre otras.

Haber sido el/la juez/a defensor/a de alguno de los interesados, haber emitido opinión o dictamen o haber dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de que este comience (art. 22, inc. 6)

La característica de "defensor" a la que alude la norma no debe ser entendida en sentido estricto, sino que puede extenderse a haber revestido la calidad de letrado patrocinante o apoderado e, incluso fuera de la materia penal, haber sido abogado de alguna de las partes en cualquier otro tipo de proceso.

Haber emitido opinión, dictamen o recomendaciones se refiere específicamente a la situación de prejuzgar, es decir, revelar de manera precisa y fundada su parecer sobre el mérito del proceso en una circunstancia en la que no correspondía (sea esta dentro del proceso o fuera de él, de manera particular o privada).

Se ha dicho que "… el hecho de haber desarrollado el rol jurisdiccional que le compete en resguardo de las garantías constitucionales, en modo alguno importa una causal de parcialidad",[34] y que "… las opiniones emitidas por los judicantes como fundamento de sus decisiones no constituyen el supuesto de prejuzgamiento.[35]

Sin embargo, estas expresiones son en realidad relativas, pues todo depende del momento en que dichas opiniones hayan sido vertidas. Por ejemplo, haber analizado y resuelto un pedido de prisión preventiva y luego intervenir en el caso como juez de juicio, claramente constituye una violación a la garantía.[36] Lo mismo ocurre con los jueces de cámara que intervinieron para confirmar la prisión preventiva de la persona imputada y luego lo hacen nuevamente para analizar la apelación de la condena.[37]

Haber condenado a una persona y luego intervenir en otro juicio contra esa misma persona por otro hecho, aunque sea similar, no constituye causal de excusación[38] y tampoco lo es estar interviniendo

34. Ibídem, Sala III, "Gómez, Miguel", causa N° 14017/13, 04/02/2015.
35. Ibídem, Sala II, "Rubio, José", causa N° 34714/12, 05/08/2013.
36. Ibídem, Sala III, "Pietro", causa N° 10964-03/13, 19/11/2015.
37. CSJN, Fallos: 329:3046, "Dieser", 08/08/2006.
38. CAPPJCyF, Sala I, "Agencia Nova", causa N° 32492/2022-1, 16/09/2022.

como juez en dos casos diferentes contra la misma persona, por hechos similares en dos etapas distintas del proceso (en una como juez de garantías y en la otra como juez de juicio). Ni siquiera, si en el que el magistrado interviene en la etapa preparatoria ha impuesto también medidas restrictivas.[39]

Tampoco constituye razón suficiente para el apartamiento el rechazo de un avenimiento por parte del juez que interviene en la etapa preparatoria, rechazo este que se fundó en la opinión del magistrado de que la calificación jurídica a aplicar en el caso debía ser más gravosa.[40]

Misma consecuencia tuvo el planteo de recusación efectuado contra una jueza que fijó audiencia de juicio pasado el plazo de tres meses que prevé el artículo 226,[41] y otro formulado contra una magistrada que previo a la celebración del juicio dispuso que se forme legajo de personalidad del imputado, el que contenía informes de sus antecedentes penales y copia de una sentencia condenatoria dictada en su contra. Respecto de este último caso, se dijo que no era posible entender que la jueza haya efectuado un accionar propio de una parte, toda vez que no impulsó el proceso ni ofreció la producción de prueba tendiente a acreditar la materialidad del hecho investigado o su autoría en el caso.[42]

Finalmente, tampoco es admisible una recusación contra un juez que, con anterioridad, se declaró incompetente en el caso y lo remitió a la justicia nacional, decisión que finalmente no prosperó dado que el caso quedó definitivamente radicado en la justicia local.[43]

Sin embargo, sí se ha estimado que correspondía el apartamiento del juez si al condenar a una persona en un juicio anterior hizo mérito

39. Ibídem, Sala I, "Agencia Nova", causa N° 32492/2022-1 (es el mismo expediente de la nota anterior), 08/11/2022.

40. Ibídem, Sala III, "R. B., A.", causa N° 204731-2021-0, 05/10/2021.

41. Ibídem, Sala III, "F., A. C.", causa N° 22568-2019-7, 01/10/2021.

42. Ibídem, Sala I, "Irala, Ramón", causa N° 20148-2018-1, 07/12/2018. Discrepamos con la doctrina sentada en este precedente, en tanto creemos que proporciona una interpretación demasiado restrictiva de lo que constituye la garantía de imparcialidad. Creemos que sería sumamente saludable implementar el juicio de cesura en todos los casos (no solo en los juzgados por jurados). Consideramos en ese sentido que conocer los antecedentes que pudiera tener una persona previo al juicio no solo no es necesario (dado que ello puede ser expuesto y debatido en la etapa de alegatos) sino que además puede perfectamente coadyuvar a formar un prejuicio en el juzgador.

43. Ibídem, Sala II, "Salbarreguy, Fabricio Gonzalo", causa N° 18192-2015-3, 05/07/2018.

de prueba que es esencial en un segundo proceso contra esa misma persona en el que debería intervenir.[44]

Ha sido materia de discusión la situación de un/a magistrado/a que decide revocar la suspensión del juicio a prueba oportunamente otorgada a un imputado y luego interviene como juez/a de juicio. Al respecto, en un mismo caso se han expedido tanto la Cámara de Apelaciones como el Tribunal Superior. La primera, consideró que el debate que se realizó y la condena posteriormente dictada eran nulas debido a que

> … si bien es cierto que la magistrada no ha intervenido en la etapa de la investigación penal preparatoria no lo es menos que al pronunciarse sobre la procedencia de la *probation* y posterior revocación la ha llevado a involucrarse y tomar conocimiento de circunstancias fácticas que se ventilarían luego en el debate.[45]

El TSJCABA destacó en primer lugar que la presunta nulidad del debate había sido articulada por la Defensa recién en la etapa recursiva y no previo a que comenzara el debate oral. Indicó asimismo que el CPPCABA:

> … prevé además una sola hipótesis en la cual corresponde suponer que la intervención anterior pone bajo sospecha *per se* la operatividad de aquella garantía en la cual se estableció que el juez que hubiere intervenido, durante la investigación o en la etapa intermedia de cualquier modo, necesariamente tiene que apartarse del conocimiento del caso remitiéndoselo a otro juez que "entenderá en el juicio".

Seguidamente destacó que "… toda cuestión relativa a la constitución del Tribunal que celebrará el juicio debe plantearse y resolverse como "cuestión previa" luego de abierto el debate, 'bajo consecuencia de caducidad'".

Y añadió que

> … el CPP no ha establecido, al menos no expresamente, que luego de que un juez de juicio concede o revoca una suspensión del proceso a prueba no pueda continuar conociendo en el caso, sino *a priori* lo contrario, correspondiendo asumir por ende que, a criterio del legislador, aquella actuación resulta acorde a las reglas preestablecidas y no puede afirmarse sin más que la misma desconozca la garantía constitucional de la

44. CNCP, Sala II, "Calderón, Miguel", causa N° 13402.2, 24/10/2008.

45. CAPPJCyF, Sala III, "Ibrahim", causa N° 15070-01/12, 11/04/2016, voto de la Dra. De Langhe.

> imparcialidad judicial que habría guiado su reglamentación; sobre todo, cuando por regla el otorgamiento o revocación de ese beneficio no implicaría un pronunciamiento categórico sobre los hechos o las pruebas que fundan la imputación, a cuyo respecto, conviene añadir, esta salida alternativa al juicio no exige en momento alguno reconocimiento expreso por parte del imputado acerca de su materialidad o mérito.[46]

A nuestro modo de ver, una situación como la planteada es imposible de resolver de modo general y *a priori*. En efecto, hay en la experiencia diaria multiplicidad de casos en los que un/a magistrado/a, al decidir otorgar, controlar o revocar una suspensión del juicio a prueba, no analiza ninguna cuestión relativa al hecho imputado al probado, ni tampoco a las eventuales evidencias que se usarían si se llevase a cabo el juicio. En estas situaciones, no advertimos motivos que justifiquen su apartamiento en la etapa de juicio.

Sin embargo, existen otros casos (por ejemplo, alguno por incumplimiento de deberes de asistencia familiar) en los que, sobre todo a la hora de ejercer el control del cumplimiento de lo acordado, el/la juez/a debe inmiscuirse en conflictos relativos al cumplimiento de los compromisos de pago de las cuotas alimentarias que se puedan haber fijado durante el plazo de suspensión. Estas circunstancias sí guardan íntima relación con el hecho imputado, razón por la cual ante una revocación del instituto y la necesidad de que se realice el juicio, creemos que la defensa podría construir fundadamente un argumento respecto a ese temor de parcialidad, que debería aparejar el apartamiento del/de la juez/a.

Haber recibido o recibir el/la juez/a, su cónyuge, padres, hijos u otras personas a su cargo beneficios de importancia de parte de alguno de los interesados (art. 22, inc. 7)

Consideramos que para aventar cualquier temor de parcialidad es necesario que no reciban ningún tipo de regalo, presente o bien, por pequeño que este sea. De lo contrario, creemos que sería adecuado el apartamiento del/de la magistrado/a.

46. TSJCABA, "Ibrahim, Julio Ismael s/ art. 149 bis, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", causa N° 13833/16, 06/09/2017, con voto de la Dra. Conde que lideró el acuerdo.

Tener el/la juez/a amistad con alguno de los interesados (art. 22, inc. 8)

La norma habla de amistad que se manifieste en "gran familiaridad" o "frecuencia en el trato". Se trata de un supuesto difícil de medir en parámetros objetivos, por lo que ante la duda consideramos que debería admitirse una excusación planteada en esos términos.

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones no la ha admitido cuando un juez se ha excusado debido a que quien actuaba como fiscal interina había sido su secretaria, y de hecho lo seguía siendo dado que se hallaba en uso de licencia por ejercicio transitorio de ese cargo en el MPF. El magistrado había considerado que se daba una situación rayana en la amistad, por la frecuencia en el trato. La Cámara entendió que en el caso la excusación no era admisible dado que el asunto que el juez debía resolver no era una situación contradictoria sino un acuerdo de suspensión del juicio a prueba.[47]

Tener el/la juez/a enemistad, odio o resentimiento hacia alguno de los interesados, que se manifieste por hechos conocidos (art. 22, inc. 9)

La norma misma aclara que no será procedente la excusación ante ofensas o ataques dirigidos al/a la juez/a luego de que haya comenzado el proceso. Sin embargo, dependiendo de la intensidad de ellos, podría llegar a configurarse la causal del inciso 13.

La RAE define la palabra "enemistad" como la "aversión u odio entre dos o más personas".[48]

Para que se aplique no es necesario que la enemistad sea bilateral, basta con que sea del/de la juez/a hacia la parte. Sí es necesario que sea personalizada, derivada de una relación personal. No será suficiente la falta de saludo o actitudes de descortesía, sino que se requiere animosidad notoria, no solo por la publicidad sino por la existencia de antecedentes que la hayan causado. En general, no será suficiente basarla en cuestionamientos al modo de proceder del/de la juez/a en su actividad procesal.

47. CAPPJCyF, Sala II, causa N° 25385/11, 13/07/2011.

48. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: https://dle.rae.es/enemistad [fecha de consulta: 23/12/2022].

Haber intervenido como juez o jueza en la investigación preparatoria, pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia; haber intervenido como miembro del Ministerio Público o defensor/a; haber actuado como perito, o conocido el hecho como testigo o si en otras actuaciones judiciales o administrativas hubiere actuado profesionalmente con intereses contrapuestos con algunas de las partes involucradas (art. 22, inc. 12)

Esta causal, que tiene puntos de contacto con algunas de las anteriores, es la que demuestra claramente la faz objetiva de la garantía de imparcialidad. Sin necesidad de demostrar que exista una conducta parcial, la ley presume que una intervención en una etapa anterior del proceso genera en las partes un temor de parcialidad suficiente para ameritar el apartamiento del/de la juez/a.

Ahora bien, la escasa participación de un/a juez/a subrogante en etapa de investigación no habilita su excusación si luego es designado/a para el debate. Si su intervención se limitó a dictar proveídos simples o a llevar a cabo cualquier otra diligencia que no implique toma de decisiones e implique análisis del mérito existente, entonces no corresponde que se aparte o sea apartado. [49]

Violencia moral

Se trata solo de una causal de excusación, no así de recusación, y en general la doctrina y la jurisprudencia son contestes en la necesidad de interpretar las razones que se invoquen con criterio restrictivo. El análisis a efectuar será mucho más casuístico que en otras situaciones.

Como ocurre con otros supuestos, esta causal es muy difícil de delimitar con parámetros objetivos, dado que solo quienes alegan encontrarse incursos en esa situación pueden determinar hasta qué punto se ve comprometido su espíritu y su poder de decisión libre e independiente.[50]

> Sin embargo, de los motivos expuestos por el juez, no debe desprenderse una excesiva sensibilidad, quisquillosidad o susceptibilidad extrema

49. Ibídem, Sala I, "Pena, J.", causa N° 9465-02/13, 29/11/2013, entre otras.
50. CSJN, Fallos: 330:2520, "Beratz, Mirta", 18/12/2002.

que desvirtúen esta causal [...] La imputación de un delito, por infundada que pueda ser, no genera por sí sola violencia moral...[51]

Trámite de la excusación

Si bien el artículo 24 prevé que el juez se excuse por auto y remita el expediente al que corresponda, lo que sucede en la práctica es que lo remite a la Secretaría General de Cámara del Fuero, a fin de que desinsacule el juzgado que corresponda y lo remita a esa judicatura. Si este nuevo juzgado no acepta la recusación, dará intervención a la Cámara, donde se resolverá la cuestión de inmediato y sin sustanciación. Si la excusación es aceptada por el tribunal al que se remitió el legajo, este puede hacer uso de su derecho a compensación tal como se ha mencionado precedentemente.

Recusación. Oportunidad y trámite

Los momentos establecidos por la norma para poder plantear la recusación no admiten interpretación extensiva, por lo que su interposición fuera de estas oportunidades será causal de rechazo.

Como se ha visto, el TSJCABA en "Ibrahim" admitió tácitamente la posibilidad de introducirla en la etapa de juicio hasta la ocasión que regula el artículo 241, inciso 1.

Si el juez admite el planteo, procederá de la misma forma prevista para la excusación (remisión a la Cámara de Apelaciones para sorteo de nuevo juez). Si no lo hace, debe remitir a la Cámara de Apelaciones dentro de los cinco días el escrito de recusación con un informe donde explique por qué rechaza las causales invocadas. Mientras tanto, seguirá a cargo del caso.

51. Dupuy, Daniela, "Comentario a los artículos 21 a 27", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, T. I, p. 134, con cita de CCC, Sala IV, "Díaz Cano, Ana", causa N° 27330, 29/08/2005 y de CAPPJCyF, Sala III, "Yattah, Mauricio", causa N° 60439/09, 03/11/2010.

Se ha interpretado que la audiencia que prevé el artículo 26 no es obligatoria si no se va a producir prueba.[52] Discrepamos con esta postura. En el marco de un proceso adversarial como el que rige en la CABA, la oralidad debe ser un principio rector en todas las etapas del proceso, y las decisiones deben ser tomadas de cara a la sociedad. Nada modifica el hecho de que se vaya o no a producir prueba, puesto que la argumentación oral en audiencia también tiene un valor intrínseco altísimo, obviamente superador de las manifestaciones que se realicen por escrito. De esta manera se refuerza el contradictorio y la inmediación y se evita la delegación de funciones.

La Cámara de Apelaciones resuelve dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. Sería muy saludable que esto pudiera ocurrir en la propia audiencia.

Contra esta decisión no se admite ningún recurso, aunque esto es relativo luego de la causa "Llerena".

Actos procesales cumplidos por el/la juez/a apartado/a. Intervención del/la nuevo/a juez/a

Si la recusación obtuviere un resultado favorable, los actos en que hubiese intervenido el/la juez/a apartado/a solo deberán reproducirse a pedido de parte y siempre que aquellos le hubieran causado agravio. De lo contrario, mantendrán su vigencia. La solución que brinda el Código es harto razonable, dado que carecería de sentido invalidar diligencias que a nadie perjudican.

Producida la excusación o aceptada la recusación, el/la juez/a excusado/a o recusado/a no podrá realizar ningún acto en el proceso, mientras que la intervención del/de la nuevo/a magistrado/a será definitiva, aunque posteriormente desaparezcan las causales que motivaron el apartamiento. Ello por cuestiones de seguridad jurídica, estabilidad de competencia y de una correcta administración de justicia.

52. CAPPJCyF, Sala I, "Muchnik", causa N° 41239-08/11, 11/04/2014; Sala III, "Ercolano", causa N° 17617-01/12, 08/06/2016.

Compensación

Como se dijo, ante una decisión de excusación o recusación existe la posibilidad de que el/la juez/a que recibe el caso procedente del/de la juez/a recusado/a pueda remitirle a él/ella uno de similares características que contemple, de manera equitativa, la carga de trabajo.

Sin embargo, este tipo de prácticas también generan contiendas, principalmente porque:

> … la característica de "equitativa" de la compensación […] debe evaluarse con criterio amplio ya que no existen pautas precisas que permitan realizar esa determinación de modo incontrastable, menos aun teniendo en cuenta la imposibilidad de pronosticar un desarrollo ulterior y las derivaciones que puede tener un proceso hasta su finalización.[53]

Así, se ha resuelto que

> … la diferente calificación no es razón suficiente para sostener que un hecho reviste mayor complejidad que el otro. Además de que la posibilidad de optar ser juzgado por un tribunal colegiado responde a razones de seguridad jurídica relacionada con el mayor monto de pena con el que se conmina determinadas conductas, pero en nada se vincula con lo enrevesado que pueda resultar el suceso en sí.[54]

En otro caso, en el que se intentó una compensación de una causa que estaba en etapa preparatoria con otra que tenía el juicio pendiente, se recalcó que

> … las causas en trato se hallan en distintos grados de avance. Una se encuentra pendiente de fijación de fecha para la audiencia de debate, mientras que la otra se halla en etapa de investigación. Asimismo, el imputado aquí se encuentra detenido, y en la otra se encuentra en estado de rebeldía.

Luego se añadió que se advertía "una desproporción actual entre los expedientes en trato en cuanto a la carga objetiva de trabajo, bienes jurídicos protegidos y la complejidad de ambas causas", por lo que la compensación fue rechazada.[55]

53. Ibídem, Presidencia, "Arias, Franco Nahuel", causa N° 31951-2019-1, 01/10/2021.
54. Ibídem, Sala III, "García, Miguel Ángel", causa N° 5938-00-00-10, 05/03/2013.
55. Ibídem, Presidencia, "Rudy, Ariel", causa N° 56178-2019-1, 11/04/2022.

TÍTULO III
Sujetos pasivos del proceso

Capítulo 1
Derechos del/la imputado/a

Artículo 29. Derecho de defensa*

A todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo las fuerzas de seguridad, el/la fiscal y el/la juez/a, según la circunstancia, informarle de inmediato y de modo comprensible los derechos de:

1. **Conocer la causa o motivo de su detención y el funcionario que la ordenó.**
2. **Guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad.**
3. **Designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su detención y que el aviso se haga en forma inmediata. Si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido.**
4. **Proponer para ser asistido por un defensor técnico público o privado designado por sí o por persona de su confianza, desde el primer acto del procedimiento judicial, con quien deberá entrevistarse en condiciones que aseguren confidencialidad en forma previa a la realización del acto de que se trate, en los términos del artículo 30.**
5. **Presentarse ante el/la fiscal o el/la juez/a, para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan, dentro de las veinticuatro (24) horas si estuviera detenido/a y declarar cuantas veces quiera. Cada vez que manifieste su deseo de declarar, se le hará saber que podrá hacerlo con la presencia de su defensor.**
6. **No ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad.**

---

* Comentario sobre los artículos 29 a 44 por Matías Martínez del Cerro y Florencia Romero.

7. **Que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el/la juez/a o el/la fiscal; y**
8. **Acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, según las previsiones de este Código.**

En todos los casos deberá dejarse constancia del cumplimiento del deber de información de los derechos establecidos en este artículo.

Artículo 30. Derecho de designar defensor. Designación de oficio. Representación

El/la imputado/a tendrá derecho a hacerse defender por abogado/a de la matrícula de su confianza o por un/a defensor/a público/a. Podrá designar defensor/a aún estando privado de libertad y por cualquier medio.

Si el/la imputado/a que estuviera a derecho no designara defensor o pretendiera defenderse personalmente, el/la Fiscal o el/la Juez/a podrán disponer que sea asistido/a por el/la defensor/a público/a para evitar que se perjudique la eficacia de la defensa o la normal sustanciación del proceso.

El/la Fiscal al momento de notificarlo/a del decreto de determinación de los hechos o cuando fuere necesario para la realización de un acto definitivo o irreproducible, lo/a invitará a que elija defensor/a dentro de un plazo no mayor a tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio un/a defensor/a oficial.

El/la defensor/a oficial sólo intervendrá en la causa cuando sea designado/a expresamente por el/la imputado/a o en las circunstancias previstas en este V. Cuando intervengan dos (2) o más defensores/as de una persona, la notificación hecha a uno de ellos resultará válida para los demás y la sustitución de uno por otro no alterará trámites ni plazos.

Artículo 31. Examen del caso. Aceptación del cargo

El/la defensor/a particular propuesto tendrá derecho a examinar la causa antes de aceptar el cargo. Tendrá tres (3) días para aceptar el

cargo, bajo apercibimiento de considerarse el nombramiento por no efectuado y designarse o mantenerse al defensor público hasta que el/la interesado/a ratifique al propuesto o designe otro.

Artículo 32. Abandono de la defensa

Si el/la defensor/a renunciara o abandonara el cargo se lo sustituirá de inmediato por el/la defensor/a oficial, hasta que el/la imputado/a decida a ese respecto.

Cuando el abandono ocurriere inmediatamente antes o durante el debate, el nuevo defensor podrá solicitar una prórroga máxima de tres (3) días para la audiencia. El debate no se suspenderá nuevamente por la misma causa, aún cuando el/la Juez/a conceda la intervención de otro defensor.

Artículo 33. Incumplimiento

El abandono de la defensa constituirá falta grave y obligará al que incurra en él a pagar las costas en caso de sustitución, sin perjuicio de las sanciones que correspondan. A ese efecto el órgano judicial comunicará el caso al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Introducción

El capítulo 1 del presente Título enumera el conjunto de derechos de los que goza la persona que se encuentra sujeta a la persecución penal.[1] Los artículos que lo conforman dejan entrever los lineamientos básicos que hacen al ejercicio del derecho de defensa, en sus dos aspectos (formal y material), y que permanecerán vigentes durante todo el proceso.

Dos facetas de la defensa

En ese sentido, el artículo 29 CPPCABA compila detalladamente aquellos derechos que protegen a quien se encuentra sospechado de haber cometido algún ilícito. El conjunto de aquellas previsiones con-

1. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, T. II, pp. 188-189.

forma un completo esquema que pretende salvaguardar las garantías del debido proceso y de defensa en juicio previstas en los artículos 18 CN, 13.3 CCABA, 26 DADDH, 11.1 DUDH, 8.1 y 2 CADH y 14.1 y 3 PIDCP.

Al respecto, es preciso destacar –tal como ya mencionamos– que el derecho de defensa, como facultad de la persona para resistir la persecución penal, se conforma por dos aristas bien diferenciadas, pero que deben complementarse a fin de obtener el efectivo resguardo de la garantía mencionada.

Podemos sostener entonces que la defensa en el proceso penal debe contar con un aspecto material y con un aspecto formal o técnico. El primero de ellos refiere a la posibilidad que posee el imputado de ejercer su defensa personalmente en el proceso, tomando conocimiento de la imputación en su contra, prestando declaración, ofreciendo medidas probatorias, etcétera. Pero la defensa se integra también con la actividad que desarrolla el abogado defensor, elaborando la estrategia defensiva, proponiendo, controlando y participando en la producción de las pruebas, alegando sobre los hechos o sobre el derecho aplicable y fundando los recursos.[2] Concretamente, es una garantía cuyo respeto coadyuva a la legalidad del proceso penal que debe existir en todo Estado de derecho.[3]

Asimismo, debemos mencionar que la norma en cuestión debe tornarse operativa desde:

> … el primer acto del proceso en el cual la persona es señalada como posible sujeto jurídico-penalmente responsable […] En ese sentido, reviste el carácter de imputado quien al tiempo de labrarse el acta de procedimiento resulta la persona respecto de la cual están dirigidas las sospechas acerca de la autoría del suceso denunciado, aunque estas resulten provisorias.[4]

Entendemos que dicha interpretación es la que mejor se integra a la lectura de la norma analizada, pues el artículo 29 del Código de forma dispone la obligación de las fuerzas de seguridad, el/la fiscal o el/la jueza que diera inicio a la investigación, o que fuera competente para

2. Cafferatta Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS, 2ª ed., 2008, p. 127.

3. Corte IDH, "Velásquez Rodríguez", 19/07/1988.

4. Duacastella Arbizu, Luis, "Comentario a los artículos 28 a 36", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. 1, p. 141.

intervenir en un procedimiento penal –aun en su etapa más prematura– de poner en conocimiento del imputado que, desde ese momento, cuenta con el resguardo de los derechos que allí se enumeran.

Antes de avanzar hacia la mención de cada uno de ellos, creemos necesario aclarar que la obligación descripta *ut supra* no se verá satisfecha con el mero cumplimiento de la formalidad de recoger la firma de la persona afectada y plasmarla en la documentación que se confecciona a efectos de dejar constancia de la observancia de las reglas procesales, sino que requiere ineludiblemente que la lectura de los derechos en cuestión se realice a conciencia, con la seguridad de que el sujeto que se encuentra frente al funcionario comprenda fácilmente su contenido, evitando el lenguaje técnico dificultoso, pues solo ello permitirá al imputado ejercer libremente sus facultades.

Ahora bien, pasaremos a analizar la enumeración explícita que realiza la normativa bajo estudio.

Análisis de los derechos del/la imputado/a

Derecho a conocer los motivos de su detención

El primer inciso de dicha norma prescribe que el imputado tendrá derecho a "conocer la causa o motivo de su detención y el funcionario que la ordenó". Dicha facultad se desprende del artículo 13.4 CCABA, mediante el cual se establece que "toda persona debe ser informada del motivo de su detención en el acto, así como también de los derechos que le asisten".

Por otro lado, también es congruente con las disposiciones del artículo 7.4 CADH que reza: "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella". Lo propio hace el artículo 9.2 PIDCP.

La previsión resulta lógica si tenemos en cuenta que toda restricción de la libertad ambulatoria de las personas debe descansar sobre un fundamento razonable dictado por una autoridad competente, por lo que es entendible que quien se vea afectado por dicha restricción

posea la facultad de conocer las razones que la motivan y el funcionario que la dictó.

Este recaudo "constituye un mecanismo para evitar detenciones ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de la privación de libertad y, a su vez, garantiza el derecho de defensa del individuo detenido".[5] En ese sentido se ha expedido la Corte IDH en su sentencia del caso "Palamara Iribarne vs. Chile".[6]

Y, por su parte,

> El artículo 8.2.b) de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Más aún, la Corte estima que se debe tomar en particular consideración la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen, como en este caso, el derecho a la libertad personal.[7]

Compartimos el criterio que sostiene la necesidad de que esta información sea puesta en conocimiento del imputado a la mayor brevedad posible, ya que el cumplimiento de este recaudo hará que la persona sometida al incipiente proceso pueda escoger la defensa que crea más adecuada. Por ejemplo, podrá optar por la designación de un abogado defensor especializado en la materia, o bien adelantar a su representante técnico las medidas de prueba que podrían contrarrestar la sospecha de su participación en el hecho investigado, y cuya producción podría frustrarse ante la eventual demora de la imputación formal.

En conclusión, no quedan dudas de que la letra del Código acierta al contemplar este supuesto como necesario para el efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio.

---

5. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 8: Libertad personal*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana, 2020, p. 74.

6. Corte IDH, "Palamara Iribarne vs. Chile", 22/11/2005.

7. Ídem.

Derecho a guardar silencio

El derecho de guardar silencio sin que ello implique presunción de culpabilidad se encuentra previsto en el inciso 2 de la norma bajo análisis y guarda íntima relación con el ya conocido principio *nemo tenetur se ipsum accusare*,[8] recogido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional que, además, resulta indudablemente congruente con el respeto por el debido proceso.

Entendemos que la facultad aquí mencionada tiene en miras velar por el cumplimiento de la prohibición de utilizar la coacción contra quien se encuentra imputado de cometer un delito para obligarlo a colaborar durante el desarrollo del proceso.

En esta línea, el derecho bajo análisis no solo constituye una pieza fundamental de la garantía de defensa en juicio, puesto que la persona perseguida por la acusación puede ejercer una defensa íntegramente pasiva, negándose a declarar y a aportar prueba, impulsando a que el órgano acusador consiga las evidencias necesarias para obtener un veredicto condenatorio, sino que además hace al respeto por la dignidad de la persona, quien –dentro de un estado de derecho– debe gozar de libre autodeterminación, aun estando señalada como presunta autora de un delito.

Sumado a ello, cabe mencionar la prohibición de que dicho silencio sea tomado como una presunción de culpabilidad. Recordemos que, en nuestro procedimiento penal, es la fiscalía quien posee la carga de probar la participación del imputado en los hechos investigados. Por su parte, la persona acusada goza del derecho de permanecer inactiva durante el desarrollo de la investigación y, aun así, ello no podrá ser valorado negativamente. En ese supuesto será entonces el acusador quien debe colectar las evidencias de cargo para producir eventualmente frente al juez o tribunal que lleve adelante el debate oral y público.

Es decir, el imputado puede permanecer inmutable si así lo desea, esperando que el Ministerio Público Fiscal pruebe su hipótesis acusatoria o, por el contrario, deba archivar las actuaciones por los motivos que considere oportunos.

8. En su traducción al castellano, nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

Por otro lado, este derecho guarda estrecha relación con el *holding* de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Miranda v. Arizona", de 1966. Tal pronunciamiento analizó cuatro casos diferentes relacionados con interrogatorios bajo custodia. En cada uno de ellos, el acusado fue interrogado por policías, detectives o un fiscal en una habitación en la que estaba aislado del mundo exterior y, en ningún caso se le dio al imputado una advertencia completa y efectiva de sus derechos al comienzo del proceso de interrogatorio. En todos los casos, el interrogatorio tuvo como resultado admisiones orales y, en tres de ellos, declaraciones firmadas que fueron admitidas en juicio.[9]

Así, el más alto Tribunal de los Estados Unidos sostuvo que la circunstancia de encontrarse detenido, o bajo custodia, condiciona necesariamente la declaración de la persona interrogada socavando la resistencia y obligándolo a expresarse cuando, en otra situación, no lo haría. Y dispuso que un acusado:

> … debe ser advertido antes de cualquier interrogatorio de que tiene derecho a guardar silencio, que cualquier cosa que diga puede ser utilizada en su contra en un tribunal, que tiene derecho a la presencia de un abogado y que si no puede pagar un abogado, se le nombrará uno antes de cualquier interrogatorio si así lo desea.[10]

Entendemos que este razonamiento resulta atinado y, a nivel nacional, también compartido por los más prestigiosos expertos en la materia. Sobre este punto, Binder ha sostenido que

> … no puede haber de parte del Estado ningún tipo de mecanismo, argucia o presión tendiente a provocar la confesión del imputado. Esto significa que no se pueden utilizar medios violentos […] pero significa también que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado. No se pueden emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en el caso de que no confiese. Estos u otros procedimientos similares

9. Administrative Office of the U.S. Courts, "Facts and Case Summary - Miranda v. Arizona". Disponible en: https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona [fecha de consulta: 16/05/2022].

10. Ídem.

resultan atentatorios contra la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.[11]

Derecho a comunicarse con quien desee

El tercer inciso de la norma prevé el derecho del imputado de "designar la persona, asociación o entidad a la que debe comunicarse su detención y que el aviso se haga en forma inmediata". Asimismo, dispone que "si el imputado ejerciere este derecho, se dejará constancia de la producción del aviso y del resultado obtenido".

La regla que debe primar en el proceso penal, desde su inicio, indica que quien se encuentre detenido/a podrá poner dicha situación en conocimiento de quien desee, ya sea de su familia, allegados, o bien de alguna institución de la que forme parte o de la que requiera asistencia.

La posibilidad que aquí se describe podría facilitar la organización de la defensa de quien se encuentra a disposición de la justicia, pues permitiría a su círculo de confianza contactar a su abogado defensor o bien arbitrar los medios para disponer de la defensa oficial. Por eso, es posible afirmar que el ejercicio de esta facultad permitirá que la persona detenida pueda hacer efectiva también la atribución prevista en el inciso 4 de este mismo artículo.

Este presupuesto resulta lógico si tenemos en cuenta que la incomunicación de la persona detenida es una medida que debe ser utilizada de manera excepcional y por tiempo determinado.

Por otro lado, esta previsión es una consecuencia directa de lo dispuesto por el artículo 13.6 CCABA que establece que "ningún detenido puede ser privado de comunicarse inmediatamente con quien considere". Por lo que resulta acertado brindar al imputado dicha posibilidad.

Sin perjuicio de ello, y siempre que no se encuentre interviniendo otro abogado defensor, es necesario que la detención llevada a cabo se ponga en conocimiento del Defensor Oficial de turno de manera inmediata, a fin de garantizar el resguardo de las restantes garantías de la persona detenida.

11. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 2ª reimp., 2002, p. 182.

Derecho a proponer defensor y a entrevistarse con él

El inciso cuarto de la norma bajo análisis establece que la persona detenida podrá:

> … proponer para ser asistido por un defensor técnico público o privado designado por sí o por persona de su confianza, desde el primer acto del procedimiento judicial, con quien deberá entrevistarse en condiciones que aseguren confidencialidad en forma previa a la realización del acto de que se trate, en los términos del artículo 30.

Esta facultad resulta fundamental para asegurar la legitimidad del proceso penal llevado a cabo, pues permitirá al imputado gozar de todas las restantes garantías que conforman el derecho de defensa en juicio, y opera como una consecuencia de las disposiciones de los artículos 13.3 CCABA, 18 CN, 8.2 CADH y 14.3.d PIDCP.

La designación de un defensor técnico jurídico constituye un derecho esencial a punto tal que su inobservancia podría teñir de nulidad al procedimiento. Por eso, es factible sostener que, en principio, se trata de un derecho irrenunciable para el asistido. Sin perjuicio de ello, ampliaremos sobre esta cuestión en el comentario al artículo 30.

Constituye además un acto de defensa material, puesto que requiere que sea la persona imputada quien elija al profesional que lo asistirá en su defensa, es decir, requiere la participación personal del interesado.

Tal como describe la norma, el imputado podrá optar por designar un abogado de su confianza, o bien podrá solicitar la designación de un Defensor Oficial provisto por el Estado. Ante esa elección comenzará a participar del proceso el Ministerio Público de la Defensa.

La necesidad de que el propio Estado provea un abogado gratuito a quien se encuentra sometido a una investigación obedece a preceptos constitucionales y convencionales, y tiende también a garantizar la paridad de armas entre el acusador y el acusado y a resguardar el derecho a la igualdad para todos los habitantes.

Así, la persona imputada no verá afectada su intervención en el proceso y –consecuentemente– sus derechos, por el mero hecho de no contar con recursos económicos o desconocer a un abogado privado que pueda asistirlo en su asesoramiento técnico.

Por otro lado, la norma establece que el imputado deberá contar con la posibilidad de designar a su letrado defensor desde el primer acto del procedimiento judicial y, sobre este punto, creemos importante destacar que no es posible aguardar a la celebración de la audiencia prevista en el artículo 173 CPPCABA para ello.

Como sostiene Binder:

> … el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación, y no con el grado de formalización de tal imputación. Al contrario: cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa. Por lo tanto, el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que esta sea. Esto incluye las etapas "preprocesales" o policiales; vedar durante estas etapas el ejercicio del derecho de defensa es claramente inconstitucional.[12]

Justamente por ello, coincidimos con la doctrina que explica la necesidad de que "todo funcionario policial o judicial informe al imputado que le asiste la facultad de designar a un letrado de su confianza desde el primer acto del procedimiento judicial",[13] pues solamente así el interesado podrá hacer efectivo el derecho mencionado sin demoras innecesarias.

Este criterio también es conteste con los lineamientos de la Corte IDH, pues en el caso "Barreto Leiva vs. Venezuela"[14] ha sostenido que

> El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.

Y continúa:

> En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes

12. Ibídem, p. 156.

13. Duacastella Arbizu, Luis, "Comentario a los artículos 28 a 36", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 146.

14. Corte IDH, "Barreto Leiva vs. Venezuela", 17/11/2009.

> investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada…

En otro orden de ideas, la norma analizada también resguarda las condiciones bajo las cuales tiene que celebrarse la entrevista entre la persona detenida y su defensor/a. Al respecto, dispone que dicha comunicación tiene que ser privada y confidencial. Únicamente bajo esas circunstancias podrá entenderse que la persona imputada no se encuentra condicionada para mantener una comunicación libre con su asesor jurídico y que podrá brindarle toda la información que deseara y que fuera necesaria para hacer efectiva su estrategia de defensa.

Sobre la necesidad de garantizar la libre comunicación y la privacidad de la entrevista entre el imputado y su defensor se ha expedido la Corte IDH en el caso "Suárez Rosero vs. Ecuador", donde sostuvo que

> … debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende […] el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana.[15]

Asimismo, es fundamental que la comunicación entre el imputado y el defensor pueda darse incluso cuando aquel se encuentra incomunicado, puesto que dicha cautela solo tiene como finalidad impedir el entorpecimiento de las medidas probatorias urgentes y necesarias para asegurar la investigación.

Y al respecto también existe doctrina y jurisprudencia que apoya la postura tomada. En ese sentido se expidieron Cafferata Nores[16] y Duacastella Arbizu,[17] y, a nivel internacional, la Corte IDH ha sostenido –también en el precedente "Suárez Rosero vs. Ecuador"– que

> La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo deter-

15. Corte IDH, "Suárez Rosero vs. Ecuador", 12/11/1997.

16. Cafferatta Nores, José, *Proceso penal y derechos*. op.cit., p. 134.

17. Duacastella Arbizu, Luis, "Comentario a los artículos 28 a 36", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 146.

> minado expresamente por la ley. Aun en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.[18]

Por último, la norma aquí comentada también prevé la necesidad de que el imputado mantenga la entrevista mencionada con anterioridad a la realización del acto de que se trate.

Con relación a ello, si bien la posibilidad del imputado de mantener una entrevista con su abogado defensor debe darse durante todo el proceso penal, y desde el acto más incipiente que lo señale como presunto autor de un delito, entendemos que debe ponerse especial atención a aquellos actos que surtirán un efecto determinado en el avance de la imputación, o provocarán la toma de algún temperamento por parte de la autoridad judicial (fiscal o juez), respecto de la continuación del imputado sometido a proceso, de la modificación de su situación de detención, de la posibilidad de ofrecer medidas probatorias, realizar descargos o bien reconocer algún tipo de responsabilidad en el hecho investigado.

Aquellos actos fundamentales que se dan durante el proceso deben estar precedidos obligatoriamente por un correcto asesoramiento del imputado, pues la inobservancia de tal requisito podría provocar desinformación al acusado acerca de cómo relacionarse con el proceso en trámite y, consecuentemente, agraviarlo en sus derechos.

Derecho a ser informado de la imputación que se le dirige

El quinto inciso del artículo 29 resguarda la facultad del imputado de "presentarse ante el/la Fiscal o el/la Juez/a, para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan, dentro de las veinticuatro (24) horas si estuviera detenido/a y declarar cuantas veces quiera". Asimismo, prevé que "cada vez que manifieste su deseo de declarar, se le hará saber que podrá hacerlo con la presencia de su defensor".

El texto de este inciso hace referencia de manera clara al derecho a ser oído y, a su complemento: el derecho a conocer la imputación. Esta norma es especialmente interesante pues entiende correctamente que, para poder ejercer efectivamente el derecho a ser oído, es ne-

18. Corte IDH, "Suárez Rosero vs. Ecuador", cit.

cesario que el imputado conozca primeramente la imputación que se formulará en su contra.

Maier indica que

> … para que alguien puede defenderse es imprescindible que exista algo de qué defenderse: esto es, algo que se le atribuye haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como *imputación*.[19]

La oportunidad en la cual el imputado podrá brindar su versión de los hechos, formular su descargo, y aportar prueba o solicitar la producción de medidas probatorias por parte de la fiscalía se dará a partir de la audiencia prevista en el artículo 173 del Código. Pero, con anterioridad a ello, es necesario que se haya confeccionado el correspondiente decreto de determinación de los hechos. De esta manera, el imputado tendrá la posibilidad de determinar, junto a su defensor, cuál es la estrategia de defensa a seguir más conveniente para resistir la imputación del órgano acusador.

La imputación formulada debe cumplir con requisitos básicos para que resulte válida. Así, debe ser comprensible para el imputado –incluso deberá nombrarse un traductor en caso de que no comprenda el idioma– y, tal como sostiene Maier:

> … debe consistir, así, en la noticia *íntegra, clara, precisa y circunstanciada* del *hecho concreto* que se atribuye al imputado. No se cumple esta condición de validez si solo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del *nomen iuris* del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuidas, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado (por ej. se apoderó de una cosa mueble ajena); de la misma manera, no se observa la exigencia (íntegra o completa) si resultan omitidas circunstancias o elementos que caracterizan jurídicamente a la imputación.[20]

Por otro lado, creemos importante destacar que el imputado y su defensa deben tener necesariamente acceso al expediente o legajo de investigación. Esta será la única manera de contrarrestar la prueba de

19. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 1999, T. I, p. 553.
20. Ibídem, p. 560.

cargo y de conocer de forma completa la imputación y las evidencias con las que la acusación cuenta.

Asimismo, se prevé la posibilidad de que la persona acusada declare cuantas veces crea necesario, pues posee el derecho de formular aclaraciones y de agregar información que entienda relevante para mejorar su situación procesal. Pero para ello siempre debe ponerse en su conocimiento que podrá requerir la presencia de su abogado defensor.

Por último, el Código establece el plazo en el cual el/la fiscal deberá celebrar la audiencia de intimación de los hechos en aquellos casos en que la persona imputada se encuentre detenida. Dicho plazo, en principio, no podrá exceder de las veinticuatro (24) horas, es decir, la audiencia prevista en el artículo 173 del Código de forma deberá celebrarse con la mayor rapidez posible. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que –por las circunstancias particulares del caso y ante la necesidad de llevar a cabo medidas de investigación– el fiscal prorrogue la detención de la persona imputada por veinticuatro (24) horas adicionales.

Derecho a no ser sometido a prácticas que alteren o induzcan su voluntad

Esta previsión guarda íntima relación con lo expuesto al comentar el inciso segundo del artículo 29, pues la garantía que aquí se describe se encuentra ligada a la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, incluyendo la utilización de medidas que puedan colocar a la persona detenida en una situación de vulnerabilidad, a punto tal de llevarlo a expresarse en contra de su voluntad.

La veda aquí descripta incluye tanto la recurrencia a tratos tortuosos, inhumanos o degradantes, como así también cualquier ardid o manipulación psicológica por parte de quien tenga a su cargo la detención del imputado y, a nivel normativo, encuentra resguardo en los artículos 18 CN y 8.2.g CADH.

Para analizar esta cuestión debemos recurrir necesariamente a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la que en su artículo 1 determina expresamente las conductas prohibidas.

Por su parte, Binder ha dicho que

> ... no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado. No se pueden emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en el caso de que no confiese. Estos u otros procedimientos similares resultan atentatorios contra la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra.[21]

El trato que aquí se pretende otorgar al imputado desliza el reconocimiento de aquel como sujeto del proceso y no ya como objeto de la investigación tendiente a lograr la confesión del acusado. Es el Estado quien debe probar los hechos investigados y, claro está, para alcanzar sus fines no puede valerse de la persona acusada a cualquier costo.

Derecho a la libertad de movimientos

El séptimo inciso del artículo analizado dispone que la persona imputada tiene derecho a:

> Que no se empleen medios que impidan el libre movimiento de su persona en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que en casos especiales y a su prudente arbitrio estime ordenar el/la juez/a o el/la fiscal.

Al respecto, resulta interesante destacar dos cuestiones. Por un lado, debemos recordar que la persona imputada goza del estado de inocencia hasta que recaiga un pronunciamiento condenatorio en su contra. Por ello, es necesario que se tomen las medidas necesarias para garantizar al acusado que atraviese los actos procesales a celebrarse gozando de libertad. Ello, sin perjuicio de la eventual custodia que todo juez o fiscal pueda solicitar por medidas de seguridad.

Lo cierto es que cualquier medida que pueda señalar al imputado como culpable antes de tiempo debe ser restringida. En este sentido, deberá permitirse que la persona detenida pueda afrontar los actos de intimación de los hechos o audiencias de prisión preventiva sin ser esposado, siempre que ello fuese posible. Claro está que debe evaluarse cualquier situación que indique la existencia de un peligro para sí o para terceros.

21. Binder, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.*, 2ª ed., 2ª reimp., 2002, p. 182.

Por último, deberá procurarse que la solicitud del dictado de la prisión preventiva sea utilizada en aquellas oportunidades en que resulta estrictamente necesaria y en las circunstancias en que se den los presupuestos requeridos para su procedencia, pues el principio general indica que el imputado deberá atravesar el proceso seguido en su contra estando en libertad como consecuencia del estado de inocencia que lo ampara.

Derecho a acceder a información sobre el proceso

El inciso octavo del artículo 29 dispone que el imputado podrá "acceder a toda la información disponible desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso, según las previsiones de este Código". Y sobre esta cuestión nos interesa hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, tal como ya hemos mencionado, un presupuesto necesario para que el imputado pueda ejercer correctamente su derecho de defensa en juicio es la posibilidad de conocer la imputación y con ella los elementos de prueba que la sustentan. La única manera de acceder a ellos es a través del contacto con el legajo de investigación.

Si bien nuestro Código admite la desformalización de la investigación, también es cierto que ello no puede producir un entorpecimiento para ejecutar correctamente el derecho de defensa, por lo que resulta necesario que el/la fiscal a cargo de la investigación brinde acceso al imputado y a su defensor a todas las medidas probatorias que utilizará para su persecución.

Ello también incluye permitir a la defensa que participe de aquellos actos irreproducibles, cumplir con las formalidades de los actos periciales, poner a disposición la información que proviene de organismos administrativos o que haya sido solicitada a algún organismo público o privado, agregar las actas confeccionadas por las fuerzas de seguridad y por funcionarios judiciales.

Estos recaudos deben ser especialmente tenidos en cuenta en aquellos momentos que resultan cruciales para la defensa del imputado, como lo son la celebración de la audiencia de intimación de los hechos y el traslado a la defensa de la presentación del requerimiento de juicio.

Este último supuesto ha sido abordado por el Ministerio Público Fiscal en acuerdo con el Ministerio Público de la Defensa mediante

las Res. FG N° 92/16 y DG N° 518/16 de fecha 31/08/2016, suscripta de manera conjunta, en la cual se puso de manifiesto la necesidad de la defensa de acceder a la totalidad del legajo de investigación en orden a contestar el requerimiento de juicio de manera eficiente y con un conocimiento integral del caso, como así también el compromiso del acusador de poner a disposición de la defensa la totalidad de las evidencias sobre las que descansa la pieza que requiere el caso a juicio.

Mediante el cumplimiento de esta previsión nos encontraríamos más cerca de un verdadero sistema adversarial, en el que cada una de las partes puede producir su propio material probatorio, con la misma fuerza de convicción, pero –para ello– debe existir una real paridad de armas entre los protagonistas del proceso, y la observancia de esta norma es la base desde la cual debe partirse en miras a nivelar la fuerza entre el imputado y el sistema de persecución estatal.

Defensa técnica

Tal como ya hemos señalado, el derecho de defensa posee también una fase técnica, y en razón de ella es que se reconoce al imputado la facultad de designar un abogado defensor de su confianza que posea matrícula habilitante. Esta facultad, como ya dijimos, puede ejercerla aun estando privado de su libertad y por cualquier medio. Aquí nos remitimos al comentario del inciso cuarto del artículo 29.

Sin perjuicio de ello, entendemos relevante recordar que este derecho podrá hacerse efectivo desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo incuestionablemente la etapa de ejecución de la condena.[22]

Desde el punto de vista normativo, el derecho aquí resguardado emana de los artículos 13.3 CCABA, 18 CN, 8.2.d, 8.2.e CADH, y 14.3.d PIDCP, y ha sido reconocido en un gran número de precedentes judiciales locales, nacionales e internacionales.

22. Rua, Ramiro, *Selecciones de Derecho Procesal Penal. Doctrina. Sumarios de fallos organizados temáticamente y ordenados por tribunales nacionales y organismos internacionales*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, T. 1, p. 178.

Asimismo, el Código establece un plazo dentro del cual la persona imputada podrá designar a su asesor técnico. Dicho plazo comenzará a contar desde el momento en que sea notificado de los derechos que le asisten en razón de este artículo, lo que sucede habitualmente al poner en su conocimiento el inicio de las actuaciones, la existencia de una denuncia en su contra, o al momento de notificarlo del decreto de determinación de los hechos o de su deber de presentarse y participar de la audiencia de intimación de los hechos.

Entendemos importante destacar que si bien el Código establece un plazo de tres (3) días para que la persona sometida a proceso designe a su defensor, lo cierto es que podrá revocar dicha designación y modificarla cuantas veces lo desee y a lo largo de todo el proceso, pues resulta fundamental para reforzar la garantía bajo análisis que el imputado se encuentre conforme con el desempeño de su abogado y que haya generado un vínculo de confianza con él.

Por otro lado, el artículo 30 prevé otros supuestos. En primer lugar, habilita a aquella persona investigada en un proceso penal a optar por la designación de la defensa oficial. En este caso, se le dará inmediata intervención al área o dependencia del Ministerio Público de la Defensa que por turno corresponda para asistir a la persona interesada.

Pero la actuación de la defensa oficial también se requiere en los casos en que la persona debidamente notificada de su derecho de designar abogado de su confianza no hace uso de dicha facultad, o bien pretende defenderse personalmente. Este último supuesto ha sido motivo de debate, y si bien se autoriza la posibilidad de que el imputado se defienda en causa propia, el/la fiscal o el/la juez/a posee la facultad de requerir la asistencia del defensor público para asegurar que exista un efectivo ejercicio del derecho de defensa y, consecuentemente, no vulnerar la legalidad del proceso.

Sobre esta cuestión, Binder explica:

> ... la defensa en juicio no es únicamente un derecho disponible por parte del imputado, sino que también está en juego la legitimidad del juicio y del proceso en general conforme a lo exigido por el Estado de Derecho. Por lo tanto, si por razones particulares el imputado entiende que ejercerá mejor su derecho de defensa sin esa asistencia letrada y el juez consi-

> dera que esto no es así, el magistrado tiene la posibilidad de imponer la asistencia técnica obligatoria de un abogado para la defensa.[23]

En otro orden de ideas, el último párrafo del artículo 30 aclara que el/la Defensor/a Oficial solo intervendrá en la causa cuando sea designado/a expresamente por el/la imputado/a, o en las circunstancias ya descriptas. Entendemos que dicha aclaración deja entrever la necesidad de hacer primar la voluntad del/de la defendido/a en caso de que manifieste el deseo de que intervenga algún abogado de su confianza.

Es decir, la actuación del Defensor Público Oficial será siempre subsidiaria y sujeta a la voluntad o a la inactividad del asistido, pues cualquier designación contraria a su deseo podría significar una afectación irreparable.

Para aquellos casos en que la persona imputada se hallara ausente o no hubiera siquiera comparecido a las notificaciones cursadas también será obligatoria la intervención del/de la Defensor/a Oficial. Al respecto, explica correctamente Duacastella Arbizu que

> … en efecto, corresponde a los defensores actuar cuando fueren designados en las respectivas causas judiciales para ejercer la defensa y representación en juicio de quienes se encontraren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos. La norma impone la intervención –nuevamente subsidiaria– del Defensor Público para garantizar la eficacia de la defensa de quien se encuentra en una situación de contumacia. Una vez que se encuentre a derecho, el justiciable podrá ratificar su intervención o designar un abogado de la matrícula. [24]

Finalmente, la norma explica que para el caso en que intervengan dos o más defensores de la misma persona, la notificación que se cursare a uno de ellos resultará válida para los demás y la sustitución de uno por otro no alterará trámites ni plazos, pues no existe en este ordenamiento procesal un límite en el número de defensores designados.

23. Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2002, p. 159.

24. Duacastella Arbizu, Luis, "Comentario a los artículos 28 a 36", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 150.

El examen del caso por el defensor. La aceptación del cargo

El artículo 31 del Código en estudio determina la necesidad de que, una vez propuesto por el imputado, el defensor designado se presente en las actuaciones y acepte el cargo que le fue encomendado. Lógicamente, la norma otorga un plazo de tres (3) días para que se efectúe dicha presentación y permite al letrado realizar un estudio del expediente y del caso con anticipación a tomar una decisión acerca de su intervención.

Ahora bien, resulta interesante la omisión que este artículo hace a la disposición del secreto de sumario, lo que sí se evalúa en otros ordenamientos procesales. Al respecto, debemos destacar que de dicho silencio emana claramente la voluntad del legislador de permitir al defensor y a su asistido tomar conocimiento de las actuaciones aun cuando dicho secreto se haya dictado, tal como surge del artículo 109 de este mismo digesto. Esta disposición coincide con la doctrina que entiende que "la tutela de la defensa prima por sobre otros intereses que se persiguen mediante el procedimiento penal".[25]

Por último, el Código menciona un apercibimiento para el caso en que, pasados los tres días referidos, el letrado defensor no hubiera aceptado el cargo para el que fue designado. En ese caso, la letra de la norma prescribe que la designación mencionada se tendrá por no realizada y se le dará intervención nuevamente, o por primera vez, al/a la defensor/a oficial que corresponda.

Sin perjuicio de ello, tal como ya hemos explicado, la facultad del imputado para modificar dicha designación y reiterar o realizar una nueva propuesta debe permanecer intacta durante todo el desarrollo del proceso.

Abandono de la defensa

La norma del artículo 32 analiza el supuesto en que el abogado defensor hace abandono del cargo que le fue encomendado. Sin perjuicio de las consecuencias sancionatorias que el Código prevé en el artículo

25. Ibídem, p. 151.

que se comentará a continuación, también existen consecuencias procesales que deben ser tenidas en cuenta para que el proceso continúe teñido de legalidad.

Maier sostiene que "el cargo de defensor, una vez aceptado, es de ejercicio obligatorio, salvo excusación atendible", y continúa: "se llama *abandono*, precisamente, al incumplimiento de esta obligación".[26]

Frente al abandono mencionado, resulta necesario que el/la fiscal o el tribunal le brinden inmediata intervención al/a la Defensor/a Oficial correspondiente en miras a que haga efectivo el derecho de defensa del imputado, ya sea tomando conocimiento del proceso o bien, para el caso en que se estuvieran desarrollando actos procesales fundamentales, continúe la actuación del letrado que abandonó su cargo.

Párrafo aparte merece la consideración del abandono de la defensa antes o después de la celebración del debate oral y público. En aquellos casos, en razón de la complejidad del acto mencionado y de la necesidad de que exista un vínculo de confianza entre el abogado defensor y su asistido, como así también la necesidad de elaborar una estrategia de defensa de cara al juicio, se prevé la posibilidad de que el/la nuevo/a defensor/a solicite, por única vez, una prórroga de tres (3) días para la materialización de dicha audiencia.

Esta facultad guarda una incuestionable relación con la necesidad de que la defensa en juicio sea realmente efectiva, pues ello no sería posible si no se le permitiese al nuevo letrado realizar un estudio del caso que llevará a juicio, entrevistar a su defendido y evaluar qué estrategia jurídica llevará adelante en su actuación.

En tal sentido, cabe señalar:

> La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que el principio de igualdad de armas en el proceso penal es una de las implicaciones de un juicio justo en virtud de lo cual cada parte debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso bajo condiciones que no la sitúen en una condición de desventaja frente a su oponente.[27]

En la misma línea, la CSJN ha sostenido este criterio en el precedente "Seco, Rafael Ramón".[28]

26. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2003, T. II, p. 279.

27. Rua, Ramiro, *Selecciones…*, *op. cit.*, T. 2, p. 179.

28. CSJN, Fallos: 335:2574, "Seco, Rafael Ramón", 18/12/2012.

Por otro lado, cabe destacar que el digesto de forma no hace mención a aquellos casos en que exista una falta o incumplimiento del abogado defensor en razón de la ineficacia de su actuación, por lo que no se encuentra regulado el procedimiento o la forma en la cual un letrado que, a entender del tribunal, genera una situación de indefensión para su asistido, ya sea por desconocimiento de las cuestiones jurídicas tratadas, o por una negligencia en ejercicio, entendiendo a esta última como la omisión de contestar vistas, de formular planteos defensivos, de participar de las audiencias, entre otras falencias.

Al respecto, creemos que el análisis que debe realizarse acerca de la posibilidad de excluir a un defensor del trámite de las actuaciones en las que fue designado debe resolverse con un criterio cuidadosamente restrictivo. Ello, en función de que su operación se encuentra dada por la voluntad del imputado, quien debe tener seguridad y confianza en su representante legal y quien posee la facultad de escoger a su asesor jurídico.

Sin perjuicio de ello, también entendemos que el derecho de defensa eficaz en el proceso penal debe ser resguardado por los órganos jurisdiccionales en miras a garantizar la legalidad del proceso y evitar la vulneración de derechos y garantías en desmedro del acusado. Así lo ha sostenido la Excelentísima Cámara de Apelaciones del fuero en diversas oportunidades,[29] y la CSJN ha mantenido el mismo criterio en los precedentes "Núñez",[30] "Schenone"[31] y "Rodríguez".[32]

Por su parte, el artículo 33 de la ley procesal que rige en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que el abandono de la defensa del imputado, en los términos descriptos en el artículo que antecede, "constituirá falta grave", lo que podrá habilitar a la condena en costas del letrado por la sustitución que se generó a raíz de su comportamiento. Pero además, la norma prevé que el órgano judicial que perciba dicha falta deba ponerlo en conocimiento del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

29. CAPPJCyF, Sala I, "Manonellas, Ángela Ruth y otros s/ infr. art. 52 CC", causa N° 33225/2018-0. En el mismo sentido, Sala I, "Muchnik", causa N° 41239-11/11, 17/11/2014.

30. CSJN, Fallos: 327:5095, "Núñez, Ricardo", 16/11/2004.

31. CSJN, Fallos: 329:4248, "Schenone, Carlos", 03/10/2006.

32. CSJN, Fallos: 329:1794, "Rodríguez, Luis", 23/05/2006.

Entendemos que esto último implica que la condena en costas antes mencionada no genera la clausura del juzgamiento ético-profesional por el órgano competente para el control de las faltas en el ejercicio de la profesión de abogado.[33] Así también lo dispone el artículo 113, *in fine*, CPPN.

Capítulo 2
Capacidad del/la imputado/a

Artículo 34. Ebrios e intoxicados

Si el/la imputado/a se hallara al momento de la intervención policial en estado de embriaguez alcohólica o bajo los efectos de cualquier tóxico y existiera peligro para sí o para terceros, la autoridad lo conducirá, directa e inmediatamente, a un establecimiento asistencial, con los recaudos de seguridad pertinentes.

Artículo 35. Incapacidad sobreviniente. Suspensión del proceso

El trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento, provocará la suspensión del procedimiento hasta que desaparezca la misma.

Sin embargo no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del procedimiento con respecto a otros imputados. La incapacidad será declarada por el/la Juez/a, previo examen pericial, quien podrá disponer las medidas de resguardo que estime pertinentes en caso de riesgo físico para el imputado o terceros, sin perjuicio de dar intervención al juzgado civil que corresponda.

Cuando la incapacidad sea irreversible, se dispondrá el archivo a su respecto.

Los actos del incapaz carecerán de valor, salvo que lo favorezcan y la validez la sostenga la defensa.

Artículo 36. Revisación física y psíquica

Toda persona detenida deberá ser inmediatamente revisada por un médico legista para dejar constancia de su estado físico, la existencia de

33. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2003, T. II, p. 280.

lesiones y su capacidad para comprender el acto y los hechos que lo motivaron, sin perjuicio de la posterior realización de peritajes al respecto.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el juez o jueza, a pedido de parte, dispondrá la revisación física o psíquica del/la imputado/a por profesionales idóneos, cuando resulte necesario para establecer sus condiciones, lesiones o afecciones, por circunstancias vinculadas a la prueba de los hechos, la capacidad para comprender el alcance de sus actos y/o dirigir sus acciones o por cualquier otro motivo justificado en las necesidades de la pesquisa.

Introducción

El presente capítulo describe un abanico de posibilidades relativas a la capacidad del imputado, tanto en el aspecto procesal, es decir, para formar parte de la investigación y participar de los actos jurídicos, como en el aspecto general, para ser colocado en la condición de imputado.

Personas intoxicadas

El artículo 34 de este Código de forma delinea el procedimiento que deberá llevarse a cabo frente a la posibilidad de que la persona detenida por la autoridad preventora se encontrara intoxicada, ya sea por alguna sustancia psicoactiva como lo son el alcohol y los estupefacientes, como así también por cualquier tóxico peligroso para su salud o para la salud de terceros.

Ante ese panorama, la norma exige el inmediato traslado del intoxicado a un establecimiento de atención médica, con fines de proveer a la persona el tratamiento o cuidado correspondiente. Por ese motivo, entendemos que dicho traslado reviste un carácter estrictamente tuitivo y que, resuelto el riesgo para la salud del imputado o de terceros, se le deberá otorgar la libertad, con excepción de que exista una orden de privación de su libertad emanada de la autoridad competente.

Incapacidad. Declaración. Efectos

Para el caso en que el imputado se encuentre afectado por un trastorno mental que le impida participar activamente del proceso o conocer y entender sus actos, el artículo 35 establece que se procederá a la suspensión de dicho proceso, hasta tanto la incapacidad desaparezca.

Al respecto, cabe señalar que las previsiones mencionadas resultan razonables a la luz del derecho de defensa en juicio y del debido proceso penal. Ello, en razón de que no sería posible que el imputado ejerciere la fase material del derecho de defensa cuando no cuenta con la aptitud para comprender los requerimientos del/de la fiscal o del tribunal ni para obrar de forma consecuente a estos.

Entendemos que es importante destacar que así como la incapacidad general para soportar una imputación normalmente conduce al sobreseimiento o absolución del sometido a proceso, la incapacidad procesal conlleva la suspensión del trámite hasta tanto la persona se encuentre en condiciones de reactivar su actuación en él.[34] En cualquiera de los dos casos la incapacidad debe ser declarada por el tribunal y, previo a ello, deberá contarse con un examen pericial que acredite los extremos por los cuales se dicta tal decisorio.

Merece un detenimiento especial la discusión en torno a la necesidad de que la pericia mencionada sea llevada a cabo por profesionales que pertenezcan al Cuerpo de Medicina Legal. Si bien es cierto que la existencia de dicha dependencia resulta fundamental para la administración de justicia, también es acertado sostener que siendo fieles a un modelo acusatorio y adversarial como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los jueces no se ven obligados a convocar la actuación de los peritos oficiales a fin de arribar a sus conclusiones. Por el contrario, los magistrados cuentan con la facultad de oír los argumentos de las partes, valorar las evidencias que cada una de ellas presenta y tomar la decisión que considere ajustada a derecho a partir de dichos elementos, sin acudir a las conclusiones de otros profesionales esperando una suerte de "desempate" de la cuestión llevada a su estudio.

Por otro lado, la norma también dispone que, en aquellos casos que poseen multiplicidad de imputados, frente a la percepción de in-

34. Ibídem, p. 218.

capacidad de uno de ellos el proceso deberá continuar su curso respecto de los demás y, también, determina que todos los actos llevados a cabo por la persona que no cuenta con capacidad para intervenir en el proceso carecerán de valor, a excepción de que lo favorezcan personalmente y su validez sea alegada por su defensor.

Finalmente, entendemos acertado que el Código disponga el archivo respecto del imputado sobre quien recae una incapacidad irreversible, pues no resultaría respetuoso de sus garantías mantener su sometimiento al poder punitivo del Estado de manera indefinida.

Exámenes médicos

El artículo 36 regula dos supuestos en los cuales el imputado podría ser sometido a una revisión física o psíquica a cargo de profesionales de la salud o médico legista. Ambas posibilidades se encuentran claramente diferenciadas.

En primer lugar, la norma hace mención a la revisación que recaerá sobre toda persona detenida ya sea por parte del médico legista de la dependencia interviniente, o por los profesionales de la salud que actúen en su atención médica si el imputado es trasladado a un nosocomio en los términos del artículo 34 de este mismo cuerpo legal. En dicha oportunidad, el médico deberá confeccionar un informe dejando constancia de todo lo observado en dicha revisión, incluyendo lesiones, enfermedades preexistentes, sus cualidades psíquicas y si la persona se encuentra bajo algún tratamiento en particular.

Ahora bien, dicha revisión de ninguna manera podrá reemplazar la pericia que pueda ser solicitada para acreditar extremos determinados de la salud del imputado, sino que solamente podría funcionar como un indicador de la existencia de alguna patología debiendo siempre, en esos casos, procederse tal como lo dispone el segundo párrafo de esta misma norma.

Este segundo apartado habilita al magistrado a disponer la revisación del imputado, siempre que haya sido pedido por alguna de las partes del proceso, en orden a acreditar los extremos que resultan pertinentes. Por ejemplo, podrá solicitarse como medida probatoria relativa a los hechos investigados, o bien para determinar la capacidad del sujeto pasivo para continuar sometido al proceso penal.

Capítulo 3
Demandado civil. Tercero civilmente responsable

Artículo 37. Traslado

Cuando el querellante formalice demanda civil contra el/la imputado/a y, en su caso, contra el/la tercero/a civilmente responsable, se le correrá traslado por cinco (5) días, prorrogables por otros tres (3), para contestarla por escrito ante el tribunal.

En oportunidad de contestar la demanda se deberá ofrecer la prueba que se estime pertinente para el debate. El tribunal resolverá sobre su procedencia sin recurso alguno. Vencido el término de traslado sin haberse contestado la demanda, se declarará en rebeldía al demandado/a, quien podrá asistir al debate e intervenir como parte.

Demanda civil. Trámite

El artículo 37 resulta complementario de los artículos 13 y 14 de este mismo Código, por cuanto regula los plazos en los que debe presentarse la demanda en caso de que la querella optara por el ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal. La norma establece que, de ser así, el querellante podrá interponer su demanda no solo respecto del imputado sino también en contra de un tercero que resulte civilmente responsable.

Es posible definir al tercero civilmente responsable como aquella "persona física o jurídica que sin ser autor o partícipe del delito, deba responder civilmente por el hecho del otro".[35] Asimismo, el artículo bajo análisis determina que, una vez presentada la demanda civil, conjuntamente con el requerimiento, se le correrá traslado al demandado para que plantee las cuestiones que resulten pertinentes para que proceda a ofrecer los elementos probatorios en el término de cinco (5) días, fijando además una prórroga de tres (3) días adicionales si fuese necesario.

Por otro lado, la ley procesal también refiere a la consecuencia que produciría la omisión de dicha contestación: la declaración de rebeldía

35. Duacastella Arbizu, Luis, "Comentario a los artículos 28 a 36", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. I, p. 158.

del demandado, y, deja a salvo el derecho del nombrado a participar del debate e intervenir como lo hacen las partes si ese fuese su deseo.

TÍTULO IV
Derechos de la víctima y testigos

Capítulo Único

Artículo 38. Derechos de la víctima y testigos

Se garantizará a las víctimas del delito y a los/las testigos los siguientes derechos:

a. **A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes.**
b. **A la restitución de los gastos causados por la obligación de concurrir a declarar en el proceso.**
c. **A requerir medidas conducentes, de protección física y moral y toda otra que sea necesaria para la seguridad propia, de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes, quienes podrán disponer la utilización de medios tecnológicos adecuados para controlar y garantizar la efectividad de las medidas de protección dispuestas.**
d. **A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que ha participado.**
e. **A cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia, de ser ello posible, cuando se trate de personas mayores de setenta (70) años, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o enfermos graves que no puedan trasladarse, y así lo soliciten con la debida anticipación.**
f. **A ser informado/a sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.**

Artículo 39. Patrocinio jurídico

El Estado garantiza a la víctima el derecho a recibir el patrocinio jurídico necesario para ejercer sus derechos y, en caso de que lo requiera, para querellar, conforme a la reglamentación que establezca la Subsecretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o el organismo que en el futuro la reemplace.

El patrocinio jurídico será gratuito cuando se tratare de un delito contra la vida, la libertad o la integridad sexual, o tuviere por resultado la muerte del ofendido. Si se tratare de cualquier otro delito, el patrocinio jurídico será gratuito cuando la víctima, por sus circunstancias personales de carencia de recursos, se encontrare imposibilitada de solventarlo.

Artículo 40. Derechos de la víctima en particular

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38, la víctima tendrá derecho:

- **a. a ser informado/a por el/la Fiscal interviniente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso y sus consecuencias.**
- **b. a ser informado/a sobre el estado de la causa y la situación del/la imputado/a.**
- **c. a aportar información durante la investigación.**
- **d. a ser acompañado/a por persona de su confianza, cuando sea menor o incapaz, durante los actos procesales en los cuales intervenga, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad de lo ocurrido.**
- **e. a ser informada de los resultados del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él.**
- **f. a requerir la revisión del archivo dispuesto por el/la fiscal, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante, en los casos previstos por este Código y a ser notificada de las resoluciones que pueda requerir su revisión.**
- **g. a que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta.**
- **h. a que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación.**
- **i. a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes.**
- **j. a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispon-**

gan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente.

k. a ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada;

l. a que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia.

La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.

Artículo 41. Situaciones de vulnerabilidad

Cuando la víctima presente situaciones de vulnerabilidad, entre otras causas, en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, o cualquier otra análoga, las autoridades deberán dispensarle atención especializada. Se presumirá situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos:

a. Si la víctima fuere menor de edad o mayor de setenta (70) años, o se tratare de una persona con discapacidad;

b. Si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito.

Artículo 42. Medidas

Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado. A tal fin se podrán adoptar las siguientes medidas:

a. La víctima podrá prestar declaración en su domicilio o en una dependencia especialmente adaptada a tal fin;

b. En el acto en que la víctima participe, podrá disponerse el acompañamiento de un profesional letrado;

c. La víctima podrá prestar testimonio en la audiencia de juicio, sin la presencia del imputado o del público.

Artículo 43

Durante la ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a:

a. Salidas transitorias;
b. Régimen de semilibertad;
c. Libertad condicional;
d. Prisión domiciliaria;
e. Prisión discontinua o semidetención;
f. Libertad asistida.

El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones.

Artículo 44. Información

Los derechos reconocidos en este capítulo serán enunciados por el/la magistrado/a del Ministerio Público Fiscal, al momento de practicar la primera citación formal de la víctima o del testigo.

Introducción

El presente Título consagra, en su capítulo único, los derechos de aquellas personas llamadas a concurrir al proceso para informar todo cuanto supieren y les fuere preguntado conforme las reglas delineadas en este Código –testigos– y de quienes resulten ofendidos/as directa o indirectamente por la conducta que conforma el objeto de aquel[36] –víctimas–.

36. A mayor abundamiento ver Ley N° 27372, llamada "Ley de Derechos y Garantías de las personas Víctimas de Delitos", cuyo art. 2 define como víctima "… a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos".

Derechos comunes a víctimas y testigos

Como punto de partida, el artículo 38 del capítulo en trato establece un catálogo general de derechos que deberán garantizarse a los testigos y a las víctimas durante el desarrollo del proceso.

En relación con la extendida práctica legislativa de confeccionar extensas listas de derechos[37] entendemos necesario resaltar la necesidad de que tales enumeraciones estén acompañadas de mecanismos efectivos que conduzcan a su materialización en procesos concretos y reales, so pena de convertirse en meros reconocimientos formales.

Derecho a un trato digno y respetuoso

En primer orden, el inciso "a" de la norma bajo estudio reconoce la necesidad de que las autoridades brinden, tanto a víctimas como a testigos, un trato digno y respetuoso.

Se trata de un pilar fundamental del ordenamiento adjetivo pues, por un lado, tiende a minimizar la revictimización procesal de las personas afectadas por delitos y, por otra parte, coadyuva a la consecución de los fines del rito al generar un marco cordial que facilite la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal vigente.

En tal sentido, cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció el carácter esencial del derecho bajo estudio mediante la Res. N° 40/34 del 29/11/85 y que, en el ámbito nacional, este constituyó uno de los puntos esenciales del tratamiento parlamentario de la precitada "Ley de Víctimas" con expresa referencia a la importancia de minimizar "las molestias derivadas del procedimiento".[38]

En particular, la reducción máxima de la revictimización adquiere singular importancia en casos de violencia de género. Cabe mencionar que la Ley N° 26485 (Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres) ha dado expreso tratamiento a dicha problemática,[39] al igual que el artículo 4 incisos 'e' y 'f' de la Convención de Belém do Pará –aprobada por la Ley N° 24632–.

37. Véase que ello se observa incluso en el derecho comparado; *v. gr.* el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales de México, que contiene en su art. 109 un listado abierto de veintiocho derechos de las víctimas.

38. Versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del Senado de la Nación, 31/05/2017, p. 30.

39. Cfr. arts. 3 incs. 'd' y 'k' y 16 inc. 'h'.

En línea con ello, la Cámara de Apelaciones del fuero local ha dado tratamiento a la necesidad de asegurar un trato digno y respetuoso a las víctimas de violencia machista en casos en los que se evaluaron los alcances que cabe dar al consentimiento de la mujer brindado a los fines de habilitar una solución alternativa al conflicto ventilado en el caso. [40]

Por último, no debe perderse de vista que una práctica judicial que conduzca a reiterar los padecimientos sufridos por los/las afectadas/os por el delito o a generar un contexto deshumanizado que persiga las necesidades del trámite procesal ciegamente (mediante el libramiento de múltiples citaciones innecesarias, ambientes hostiles, etc.) tiene un profundo efecto sobre la voluntad de la víctima de continuar colaborando con el proceso y de no rendirse frente a las excesivas e innecesarias dificultades que este pueda presentarle; circunstancias que adquieren una particular relevancia en casos en los que la declaración en juicio de los/las damnificados/as posee una importancia central.[41]

Restitución de gastos

El inciso "b" del artículo en trato busca mantener incólume el patrimonio de aquellos/as ciudadanos/as obligados/as a prestar declaración en un proceso penal. De ese modo, se propende a minimizar la limitación de derechos implícita en dicha carga y, desde un punto de vista práctico, se remueven obstáculos materiales para lograr la colaboración necesaria de víctima y testigos.

Justo es reconocer que su aplicación práctica no es todo lo extendida que sería deseable.

Derecho a requerir protección

Además de la protección del patrimonio, la eliminación de los escollos que pueden enfrentar tanto víctimas como testigos requiere la posibilidad de atender a sus preocupaciones en torno a la preservación

40. CAPPJCyF, Sala III, "R., S. A. S/ art. 1 Ley N° 13.944", causa N° 36947/2018-2, 12/06/2019. Del voto del Dr. Sergio Delgado con adhesión de la Dra. Elizabeth Marum.

41. TSJCABA, "Newbery Greve, Guillermo Eduardo", causa N° 8796/12, 11/09/2013. Sobre este último punto nos remitimos a lo comentado respecto a la norma contenida en el art. 42.

de su integridad física y psíquica y de sus familiares mediante la implementación de medidas adecuadas.

En primer lugar, es dable señalar que el legislador local se ha decidido por una redacción más amplia que aquella contenida en la Ley N° 27372[42] que solo hace referencia al derecho de la víctima –sin incluir a los testigos– "(a) requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes". Del mismo modo, se optó por incluir una referencia directa a los medios de materialización de tales resguardos al reconocer expresamente a los peticionarios la posibilidad de solicitar su utilización.

La necesidad de brindar una eficaz protección a las víctimas es particularmente relevante en los casos de violencia contra la mujer, en línea con su derecho a vivir una vida libre de violencia (arts. 2 inc. 'b' y 3 inc. 'a' Ley N° 26485), siendo que diversos instrumentos internacionales se abocan a su reconocimiento. Así, cabe mencionar a los artículos 4 inciso 'g', 7 incisos 'b', 'd' y 'f' de la Convención de Belém do Pará y la Recomendación N° 19 de la *CEDAW*. En el ámbito nacional, los artículos 3 incisos 'h' y 'k' y 16 incisos 'b', 'd' y 'e' Ley N° 26485.

De este modo, se ha entendido que la debida protección de una víctima de violencia de género requiere la adopción de recaudos tendientes a su resguardo, aun cuando no se encuentren acreditados los extremos legales requeridos para la aplicación de medidas de coerción procesal.[43]

En el ámbito de la Ciudad, por su parte, el Tribunal Superior de Justicia sostuvo que el rol del juez:

> ... no se agota, por imposición legal, en imponer sanciones retributivas o asegurar que ellas puedan ser concretadas, la ley brinda una protección para la víctima, que va más allá y requiere del juez que disponga lo conducente para proteger a la mujer: apunta una y otra vez a "... proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia... a garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato...".[44]

42. Cfr. art. 5 inc. 'd'.

43. CFApel. de Tucumán (CFAT), "C., R. s/ legajo de apelación", causa N° 11354/2016, 30/06/2020. Del voto de los Dres. Cossio y Sanjuan.

44. TSJCABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Taranco, Juan José s/ inf. art. 149 bis'", causa N° 9510/13, N 22/04/2014.

Sobre este punto, cabe diferenciar las medidas de protección contenidas en la norma *sub examine* de aquellas llamadas de coerción procesal, pues las primeras solo buscan repeler peligros que se ciernen sobre las víctimas y testigos o sus familiares, en tanto que las últimas tienden a resguardar los fines del procedimiento –la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal– y requieren un análisis de comprobación respecto de la materialidad del hecho investigado y de la existencia de riesgos de fuga y/o de entorpecimiento de la pesquisa.

En términos concretos, como atinadamente señala el Dr. López Zavaleta al comentar esta misma norma,[45] es posible diferenciar las medidas que suelen adoptarse al comienzo de la investigación, al momento de la consulta policial al fiscal en turno[46] –el botón antipánico, las rondas periódicas, las consultas telefónicas asiduas a la víctima, custodias ambulatorias, consignas policiales en lugares fijos, etcétera– de aquellas que se implementan en etapas ulteriores, luego de celebrada la audiencia prevista por el artículo 173 CPPCABA –prohibición de acercamiento y/o contacto, el abandono del domicilio, entre otras– o, incluso, de las que pueden disponerse durante el desarrollo del debate –mediante la posibilidad de que la declaración de la víctima sea recibida sin la presencia del imputado quien podrá, a fin de asegurar su derecho de defensa, observarla por medios electrónicos en una sala contigua–.

Derecho a recibir información acerca de los actos en los que participa

En cuanto al derecho de víctimas y testigos a ser informados sobre los resultados del acto procesal en el que participaron, se ha sostenido que no basta con una mera notificación del modo en que concluyó la diligencia con la que colaboraron, sino que abarca la obligación previa de los operadores de informar de manera clara en qué consistirá el acto del que formarán parte y de brindarle copias de las actuacio-

45. López Zavaleta, Javier, "Comentario a los artículos 37 a 39", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 162.

46. Sobre este punto cuadra señalar que mediante las Res. FG N° 49/2021 y concordantes comenzó la implementación en el ámbito del Ministerio Público Fiscal de Unidades de Flagrancia que tienen dentro de sus funciones la atención de las consultas policiales.

nes labradas a resultas de él, a efectos de que conserve la información completa de su intervención en el caso.[47]

Ello encuentra asidero, en términos generales, en el carácter público de los actos[48] y, en el caso específico de las víctimas, en una expresión particular de su derecho de acceso a la jurisdicción (arts. 18 CN y 8 párr. 1 CADH, 14.1 PICyP y 12 último párr. CCABA), reconocido en términos más amplios en el artículo 40 inciso b de este CPPCABA, que será analizado *ut infra*.

Derecho de ciertas personas de cumplir actos en su lugar de residencia

El inciso "e" del artículo *sub examine* atiende al obstáculo que implica, para ciertos testigos y víctimas, la mera necesidad de trasladarse fuera de su domicilio para el cumplimiento de actos procesales. Así, se ha tenido en consideración la especial situación de vulnerabilidad de las personas mayores de 70 años, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad o enfermos graves que no pueden trasladarse.

En tal sentido, las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia a las Personas en Condición de Vulnerabilidad" –a las que adhirió la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de las Leyes N° 1265 y 1688– reconocen en términos amplios la necesidad de proteger a:

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

Por su parte, la "Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores" –aprobada por Ley N° 27360– establece el deber de los estados de asegurar un adecuado acceso a la justicia a los mayores de 60 años, que incluye la toma de medidas legislativas "a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos" (art. 4 inc. c).

47. López Zavaleta, Javier, "Comentario a los artículos 37 a 39", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, T. 1, p. 164.

48. La Rosa, Mariano; Rizzi, Aníbal, *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Grupo Editorial HS, 2010, pp. 306-307.

Del mismo modo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –con jerarquía constitucional conforme Ley N° 27044– obliga a los estados firmantes a lograr:

> … que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales… (art. 13.1).

En tal sentido, es dable mencionar que en la jurisdicción local el Ministerio Público Fiscal ha implementado –mediante Res. FG N° 67/15– el llamado "Equipo de Intervención Domiciliaria" (EDID), cuyo objetivo consiste en brindar una asistencia integral a aquellas víctimas que, por su especial vulnerabilidad, no pudiesen concurrir a una sede de la Oficina de Asistencia a la Víctima y el Testigo (OFAVyT).

Aunado a ello, corresponde señalar que atento a la situación de emergencia sanitaria declarada en virtud de la propagación del virus del Covid-19 (cfr. DNU del PEN N° 260/2020) desde el Consejo de la Magistratura se adoptaron medidas de carácter preventivo y excepcional[49] tendientes a mitigar los efectos de tal crisis sobre el funcionamiento del servicio de justicia. Ello ha redundado en la redacción de distintos protocolos y guías de buenas prácticas,[50] que como denominador común han incluido la implementación de un régimen mixto de trabajo remoto y presencial. Ante tal avance técnico, se abren nuevas posibilidades a los fines de facilitar el contacto con el proceso de aquellas personas mencionadas en la norma bajo estudio quienes, a través de medios tecnológicos, ahora pueden cumplir con actos del proceso sin la necesidad de trasladarse de sus viviendas.

49. Ver Res. CMCABA N° 58/2020 y ccdtes.

50. Solo a modo de ejemplo, véase la "Guía de buenas prácticas y recomendaciones para la celebración de juicios orales en materia penal y contravencional de manera remota o semipresencial en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA", aprobado por Resolución CMCABA N° 164/2020.

Derecho a ser informado de sus derechos al momento de su primera intervención en el proceso

Finalmente, el último inciso de la norma adquiere una importancia operativa fundamental pues, en definitiva, es el que asegura que los titulares de los derechos antes referidos sean informados de la existencia de estos, requisito esencial previo a su efectivización y eventual reclamo.

En tal sentido, es dable destacar que la lectura del artículo 38 del digesto adjetivo deberá darse durante la intervención primigenia de los preventores o, en su caso, de los agentes de la Fiscalía si el primer contacto de la víctima o el testigo con el proceso se produce en dicha sede.

Patrocinio jurídico

El artículo 39 busca garantizar que quien resulte afectado directa o indirectamente por la comisión de un delito cuente con el patrocinio jurídico necesario para ejercer sus derechos en el proceso e, incluso de así desearlo, impulsar la acción penal.

Como puede observarse, la norma guarda una estrecha vinculación con los requisitos establecidos por el artículo 12 de este Código de rito en tanto este exige a la víctima, entre otras condiciones, contar con patrocinio letrado para constituirse en parte querellante.

De este modo, el legislador intenta efectivizar la garantía de acceso a la justicia (arts. 18 CN, 8 párr. 1 CADH, 14.1 PIDCyP y 12 último párr. CCABA), en sintonía con un creciente marco normativo –tanto doméstico como internacional, que será examinado ut infra–. Así, para ciertos casos particulares (si se tratare de un delito contra la vida, la libertad, la integridad sexual, si su resultado fuese la muerte del ofendido o si la víctima careciere de recursos para solventar los gastos de representación legal en el proceso) se prevé que el referido patrocinio jurídico sea gratuito.

En este escenario, no puede obviarse la vinculación existente entre las previsiones del artículo en cuestión y los lineamientos establecidos por el Capítulo VI de la Ley Nº 27372 de "Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos" que introdujo, en el ámbito nacional, la figura del/de la Defensor/a Público/a de Víctimas.

Dicho ello, surgen ciertos interrogantes sobre la eventual incorporación de un actor análogo al Defensor Público de Víctimas de Nación en el ámbito local. Particularmente, es posible preguntarse si su implementación es realmente necesaria para asegurar el debido respeto de los derechos de la víctima y cuáles podrían ser sus efectos sobre la eficacia de la persecución penal.

En cuanto al primer cuestionamiento, aun sin la puesta en marcha de tal figura, la víctima cuenta con la posibilidad de querellar e impulsar de forma autónoma la acción, incluso de forma gratuita –en caso de acudir a los servicios de patrocinio jurídico gratuito que funcionan en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires–.[51] Por otra parte, tampoco puede obviarse el rol del Ministerio Público Fiscal en la representación de las víctimas, particularmente en la medida en que su estructura se ha adaptado a nuevas demandas que exigen una función más amplia que la mera atención a los intereses generales de la sociedad.[52]

Respecto del segundo punto de discusión, es dable tener en consideración que la eficacia de la persecución penal se complejiza ante la convivencia de múltiples acusadores, circunstancia que ha sido identificada con la figura procesal general del "litisconsorcio",[53] pues estos actores procesales conjugan tanto intereses comunes como, en algunos casos, contradictorios. Frente a ello, no existen motivos para pensar que la inclusión de una figura equivalente al/a la defensor/a de víctimas no conduzca a una mayor conflictividad procesal, particularmente si se tiene en cuenta que aquella probablemente sea incorporada a una estructura preexistente –como ser, por seguir el ejemplo nacional, el Ministerio Público de la Defensa– con todo lo que ello implicaría al momento de gestionar intereses diversos bajo una misma órbita.[54]

51. Tal circunstancia ha sido recogida por la jurisprudencia local: ver CAPPJCyF, Sala III, "NN s/ 153 bis CC", causa N° 5164-2018-0, 06/08/2018.

52. A mayor abundamiento ver Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, T. II, 2014, pp. 451-493.

53. Ibídem, p. 540.

54. Para un tratamiento *in extenso* del aspecto práctico de la problemática planteada ver Vita, Sebastián; Rovatti, Pablo, "La representación de víctimas de violencia institucional en la experiencia del Ministerio Público de la Defensa de la Nación de la República Argentina y la figura del Defensor/a Público/a de Víctimas", en *Revista das Defensorías Públicas do Mercosul*, Brasilia, Defensoría Pública da União, 2018.

Así, de introducirse un nuevo sujeto al proceso, so pretexto de cumplir con las exigencias de la norma, será vital reconocer las dificultades que ello acarrea y efectuar una reglamentación que atienda directamente a ellas, de modo que se eviten redundancias innecesarias en el proceso o conflictos que atenten contra su eficacia en la consecución de sus fines.

Derechos exclusivos de las víctimas

El artículo 40 establece un catálogo de derechos reconocidos específicamente a las víctimas. Al respecto, es dable señalar que la Ley local N° 6115 amplió la cantidad de derechos de los/las damnificados/as en el marco del proceso penal, ello de conformidad con lo establecido a nivel nacional por la Ley N° 27372.

En definitiva, la norma bajo estudio atiende al derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva, consagrada en distintos instrumentos internacionales,[55] que comprende las facultades de acceder a los tribunales sin discriminación, de incoar un proceso, de seguirlo, de intervenir a fin de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, de recurrir y de actuar con el objeto de que la sentencia se ejecute.[56]

Por su parte, los derechos que asisten a la víctima le deberán ser informados al momento de denunciar el hecho que la afectó o de tomar primer contacto con el caso; ello como paso previo necesario para que la misma pueda reclamar el ejercicio de alguno de ellos en caso de entender que las autoridades no cumplen con las obligaciones que estos implican.

Tal derecho de información ha sido consagrado en distintos instrumentos internacionales –*v. gr.* las "100 Reglas Básicas de Brasilia"– y leyes nacionales –en general en el artículo 5 inciso f de la ya citada Ley N° 27372 y, en casos de violencia contra la mujer, en los artículos 3 inciso 'g' y 16 inciso 'g' Ley N° 26485–.

A los fines de cumplir cabalmente con tal obligación la información que se brinde a la víctima debe incluir los sitios donde puede

55. DUDH, art. 8; PIDCP, arts. 14 y 5; CADH, art. 25.

56. La Rosa, Mariano; Rizzi, Aníbal, *Código Procesal...*, *op. cit.*, p. 307.

concurrir para recibir asistencia –médica, social y/o de protección– y asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito –incluyendo aquel que eventualmente sea provisto mediante la implementación de una figura análoga al Defensor Público de Víctimas, una vez sea implementada en el fuero local–.[57] [58]

Derecho a ser informado sobre las facultades que puede ejercer en el proceso

El inciso 'a' del artículo en cuestión profundiza sobre los alcances del derecho de información de la víctima, al especificar que se le deberán hacer saber las facultades con las que contará a lo largo del proceso. Se trata de una formulación más específica que la mera puesta en conocimiento de los derechos con los que cuenta, pues se refiere al modo en que concretamente podrá ejercerlos en el proceso.

Nuevamente, el acto previsto por esta norma deberá llevarse a cabo al momento de la denuncia o del primer contacto del/de la damnificado/a con la causa. Es dable destacar, dentro de las facultades que deberán describir las autoridades, la de constituirse en parte querellante,[59] como así también otras que la ley contempla específicamente en los incisos siguientes.

Derecho a la información sobre el estado del proceso

Como nueva iteración del expreso reconocimiento del derecho de información se presenta el texto del inciso 'b' del artículo 40 que se centra en la necesidad de hacer saber a la víctima el estado de la causa –que, por ejemplo, permitirá al/a la damnificado/a conocer si ha precluido la etapa para constituirse en querellante– y la situación del imputado –necesario para efectuar la solicitud de ser escuchada antes de cada decisión que disponga medidas de coerción o la libertad del imputado; cfr. inc. 'j' del artículo bajo estudio–.

57. A mayor abundamiento ver lo comentado respecto a la norma contenida en el artículo 39 de este Código.

58. En similar sentido ver Mayorga, Silvina; Figueroa, Natalia; Maurino, Gustavo; Bottini, Carola, *Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos: Ley N° 27.372 comentada*, Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 2019, pp. 22-23.

59. CPPCABA, art. 10; La Rosa, Mariano; Rizzi, Aníbal, *Código Procesal…*, *op. cit.*, p. 308.

Una vez más, se trata de una norma que busca garantizar a la víctima la posibilidad efectiva de participar en el proceso en persecución de sus legítimos intereses jurídicos[60] en torno a decisiones que poseen un impacto directo sobre esta.

Derecho a aportar información

El inciso 'c' se refiere a la facultad de la persona afectada por un delito de aportar los datos o evidencias que considere conducentes al descubrimiento de la verdad de los hechos denunciados, ello aun en caso de no haberse constituido en parte querellante.

Se trata de una atribución indispensable para el debido respeto del derecho de acceso a la justicia y que adquiere una importancia inestimable a los efectos de alcanzar los fines del proceso; de forma singular en casos en los que se investiguen hechos inmersos en un contexto de violencia doméstica y de género, pues allí el aporte de testigos, ya sea directos o de contexto, así como también las declaraciones de las víctimas, cobran una importancia fundamental a la luz del principio de amplitud probatoria (arts. 16 inc. 'i' y 31 Ley N° 26485) que ha sido receptado, otorgándole una mayor relevancia al relato de estas últimas, en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia.[61]

Acompañamiento de personas menores o con discapacidad

En este punto cabe recordar que tanto la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" –art. 13.1– como la "Convención sobre los Derechos del Niño y Niña" –art. 8 incs. '1.c' y '3'– ponen especial énfasis en el derecho de acceso

a la justicia de los grupos poblacionales a los que están dedicadas. En tal marco se inscribe el inciso 'd' del artículo 40 al establecer el derecho de que los menores y las personas incapaces puedan ser acompañadas por una persona de su confianza a los actos del proceso en los que deban intervenir.

60. CN,arts. 18; CADH, 8, párr.1; PIDCyP,14.. En el mismo sentido ver CFCP, Sala IV, "T., L. A. s/ recurso de casación", causa N° 17379/2017, 16/08/2019, voto del Dr. Hornos.
61. TSJCABA, "Newbery Greve", cit.

Por su parte, es dable mencionar que, sin perjuicio de la obligatoria participación del Ministerio Público Tutelar en casos que involucren a menores o personas con discapacidad, también resulta valioso a los fines propuestos contar con dependencias dedicadas a brindar asesoramiento a las víctimas. Al respecto, si bien en la órbita del Ministerio Público Fiscal existe la Oficina de Asistencia a la Víctima y el Testigo (OFAVyT),[62] encargada de cumplir tal tarea, lo cierto es que desde el dictado de la Res. FG N° 250/2019 la actuación de dicha dependencia se encuentra limitada únicamente a casos de violencia de género. Tal circunstancia lleva a replantear la posibilidad de que se evalúen nuevos marcos para brindar asesoramiento, dentro del MPF, a aquellas víctimas vulnerables que no hayan sido afectadas por hechos de dicha naturaleza.

Derecho a informarse sobre el resultado del proceso

El inciso 'e' de la norma debe ser interpretado, tal y como se comentó respecto de los incisos 'a' y 'b' y de la cláusula general contenida en el último párrafo del artículo en trato, como una manifestación concreta y más específica del derecho de información de las víctimas. Aquí se reconoce a estas la posibilidad de ser puestas en conocimiento del resultado del proceso, aun cuando no se hayan constituido en parte o, incluso, ni siquiera hayan participado del mismo de cualquier otra forma.

Derecho a pedir la revisión del archivo del caso, aun sin ser parte

En cuanto a los mecanismos mediante los cuales se efectiviza el derecho de las víctimas a solicitar la revisión de los archivos dispuestos por el fiscal de primera instancia, cabe remitirse al comentario de Libro II, Título VIII de esta obra.

Ahora bien, el inciso 'f' reconoce el derecho de los/as damnificados/as a efectuar la mentada petición y, como paso previo, establece el deber de las fiscalías de notificarlos de todo decreto de archivo. Respecto del reconocimiento de tal facultad, se ha sostenido que al ha-

62. López Zavaleta, Javier, "Comentario a los artículos 37 a 39", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, T. 1, p. 167.

bilitarla para todas las víctimas, incluidas aquellas que no se hayan constituido en parte querellante, el digesto adjetivo genera "una clara afectación a la defensa en juicio del individuo imputado, ya que "…no puede ser sorprendido por un recurso deducido en su contra por alguien que no participó como parte en el proceso…".[63]

Sobre tal crítica habremos de exponer nuestro disenso, en tanto el mecanismo de revisión de archivos no constituye un recurso sino, más bien, un procedimiento de control interno del Ministerio Público Fiscal. Al respecto, no debe perderse de vista que quien ejerce la función revisora es el fiscal de cámara bajo cuya órbita se encuentra la dependencia que dispuso el cierre del proceso. A tal punto entendemos que se trata de una herramienta de mero contralor interno que incluso resulta válida la existencia de supuestos de revisión automática de archivos en casos determinados que sean considerados relevantes para la política criminal delineada por Fiscalía General, conforme las facultades conferidas por la Ley N° 1903 y los artículos 124 y 125 inciso '1' de la CCABA –*v. gr.* las Res. FG N° 178/08 relativa a conductas relacionadas con armas de fuego, Res. FG N° 1/10 respecto de hechos de discriminación y, más recientemente, Res. FG N° 65/21 en torno a ciertos casos específicos de violencia de género–.

En cónsono con ello, sobre la naturaleza del archivo cuya revisión puede solicitar la víctima, en la jurisprudencia local se ha dicho que se trata de un "mero acto administrativo" que "le permite a la víctima o al agente fiscal replantear la cuestión denunciada si se concreta alguna averiguación adicional que aporte nuevos elementos de prueba para el desarrollo del proceso".[64]

De todos modos, y más allá de la naturaleza jurídica de ese remedio de contralor, lo cierto es que posibilita un camino real de acceso a la justicia de la víctima, devolviéndole, aunque sea en parte, el rol protagónico que merece.

63. La Rosa, Mariano , Rizzi, Aníbal, *Código Procesal…*, *op. cit.*, p. 308.

64. CAPPJCyF, Sala II, "Amodeo, Eva s/ art. 149 bis CP", causa N° 12377/2021-1, 28/10/2021.

Derecho a denunciar

El inciso 'g' nace de la necesidad de asegurar el efectivo acceso a la justicia a aquellas personas afectadas por delitos desde el comienzo del proceso; ello en plena sintonía con lo establecido por el artículo 5 inciso 'a' de la Ley N° 27372, que consagra el derecho a que se les reciba de inmediato la denuncia, utilizando una redacción idéntica a la disposición en trato.

Cuadra señalar, que, además de la inmediatez requerida, la denuncia deberá ser recibida en un marco que le permita a la víctima expresarse libre y acabadamente sobre los hechos que desea poner en conocimiento de las autoridades. Es que, la observancia de tales condiciones al momento del primer contacto del/de la damnificado/a con el sistema de administración de justicia adquiere una importancia crucial, no solo a los fines de garantizar que reciba un trato digno, respetuoso y humanizado desde los albores de la pesquisa –arts. 3, incs. 'd' y 'k' y 16, inc. 'h' Ley N° 26485 y art. 4 inc. 'e' de la Convención de Belem do Pará–, sino también a efectos de no condicionar de forma negativa su participación en el resto del proceso.

Derecho al respeto de la intimidad

El respeto de la intimidad de las víctimas durante el desarrollo de la investigación constituye un derecho indispensable para evitar una revictimización que, como resultado, cercene su posibilidad de peticionar ante la justicia mediante un efecto desalentador. Así, el inciso 'h' de la norma incorpora otro de los derechos delineados por la Ley N° 27372, particularmente en el inciso 'c' de su artículo 5.

En tal sentido, deberá evitarse la incorporación al proceso de datos que no resulten relevantes para el hecho a juzgar y, por ende, para el debido respeto del derecho de defensa del imputado.

Derecho a la asistencia profesional

En su inciso 'i' el artículo 40 reconoce la necesidad de que las víctimas obtengan la asistencia profesional necesaria para recuperarse de los efectos del delito que padecieron; ello en línea con lo normado por el artículo 5 inciso 'd' Ley N° 27372.

En tal sentido, es dable mencionar la importancia que adquieren dependencias tales como el Centro de Justicia de la Mujer (CJM), la Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN (OVD) y la Oficina de Asistencia a la Víctima y el Testigo (OFAVyT) del Ministerio Público Fiscal, cuyos profesionales no solo aportan información relevante para el proceso penal, sino que también brindan asesoramiento a las víctimas atendiendo otros aspectos de la problemática que las aqueja.

No obstante ello, estimamos que la red de apoyo podría ampliarse a efectos de lograr alcanzar a una cantidad cada vez mayor de víctimas, afectadas por conductas delictivas que no se den en el ámbito doméstico y no constituyan actos de violencia contra la mujer.[65]

Derecho a ser oído antes de que se tomen decisiones trascendentales en el proceso

El inciso 'j' del artículo 40 consagra el derecho de la víctima a ser escuchada, previa solicitud expresa, ante decisiones que afecten directamente la posibilidad de proseguir con la persecución penal –aquellas que impliquen la suspensión o extinción de la acción– o que modifiquen la situación procesal del imputado, particularmente en lo que hace a la disposición de medidas de coerción o a su libertad durante el proceso.

El reconocimiento del mentado derecho guarda relación, nuevamente, con las previsiones de la Ley N° 27372 que, a través de su artículo 5 inciso 'k', lo reconoce en el ámbito nacional.

Es dable señalar que, si bien el juez del caso deberá tener en cuenta las consideraciones vertidas por el/la damnificado/a al momento de ejercer la facultad en trato, estas no resultarán vinculantes para su decisión. De este modo, de considerar que se encuentran dados los requisitos legales, el magistrado podrá disponer la suspensión del proceso a prueba, considerar extinta la acción, imponer o dejar sin efecto medidas cautelares u otorgar la libertad del imputado durante el trámite del caso, aun frente a la oposición de la víctima.

No obstante ello, en todos los supuestos deberá considerar la aplicación de aquellas medidas que garanticen en la mayor medida posible la integridad física y psíquica de esta.

65. En relación a la OFAVyT ver comentario relativo al inc. 'd' del art. 40.

En este contexto se ha considerado que el incumplimiento del deber reseñado en los párrafos que anteceden constituye un vicio *in procedendo* que conlleva a la descalificación de la decisión que es su consecuencia.[66] Ahora bien, ello no implica que el/la damnificado/a deba compulsivamente brindar su opinión sobre las decisiones mencionadas; se trata meramente de un derecho propio cuya posibilidad de ejercicio debe ser garantizada por los operadores judiciales; tal es la extensión de la obligación de mención.

Por su parte, en lo relativo a la relevancia de las manifestaciones de la víctima en torno a la posibilidad de que se conceda una suspensión del proceso a prueba en un caso de violencia de género, se ha sostenido que, si bien estas no resultan vinculantes, constituyen un factor sumamente importante al momento de determinar la procedencia del instituto en cada caso en particular. Así, tal y como puede conducir al rechazo de su aplicación también se ha sostenido que puede tener el efecto contrario:

> … en la medida que en el caso particular se acredite que la mujer prestó su conformidad a la suspensión del proceso sin presión alguna; se aseguró su acceso integral y real a la justicia (esto es, que se le haya informado cuáles son las consecuencias del instituto y su significado); exista una reparación del daño y posteriormente se desplieguen los mecanismos de control adecuados sobre las reglas de conducta establecidas, hay pocos puntos de conflicto con la letra de las leyes y las Convenciones que proscriben la violencia contra las mujeres, en tanto se las coloca en un plano de igualdad.[67]

Respecto de esta postura, cuadra señalar que busca compatibilizar el derecho de acceso a la justicia de la víctima con el deber del estado de sancionar los hechos de violencia contra la mujer, consagrado por la Convención de Belem do Pará y resaltado por la CSJN –y sin perjuicio de todos los reparos que dicha postura ha merecido– *in re* "Góngora".[68]

66. CFCP, Sala IV, "S., F. O. s/ recurso de casación", causa N° 53030615, 30/06/2020, voto del Dr. Hornos.

67. CNCCC, Sala II, "M., J. D. s/ rechazo de suspensión del proceso a prueba", causa N° 5445/2017, 16/07/2019, voto del Dr. Sarrabayrouse.

68. CSJN, Fallos: 336:392, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ c. n. 14.092", 23/04/2013.

Derecho a ser anoticiado de cualquier posible restricción a su derecho a ser oído

La notificación a la víctima de todas aquellas resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada encuentra una estrecha relación con el derecho descripto en el punto que antecede, con la finalidad de brindar mayores herramientas a la víctima para su efectivización. Al colocar tal deber en cabeza de los operadores judiciales, el inciso 'k' de la norma se ajusta a lo establecido por la Ley N° 27372 en el inciso 'l' de su artículo 5 y tiende a resguardar de forma concreta el derecho del/de la damnificado/a a una tutela judicial efectiva.

Derecho a recuperar bienes sustraídos

El último inciso del artículo 40 tiende al rápido restablecimiento del patrimonio de la víctima a su estado previo al delito, en caso de que este haya incluido la sustracción de bienes, de conformidad con lo delineado por el inciso 'ñ' de la Ley N° 27372. En tal sentido, practicadas todas las medidas de prueba necesarias sobre estos, la fiscalía debe actuar con la mayor celeridad posible para restituirlos al/a la damnificado/a.

De este modo, la disposición busca garantizar el derecho de las víctimas a lograr la reparación de los derechos patrimoniales vulnerados, conforme lo normado por los artículos 17 CN, 8.1, 21, 25 CADH y 14.1 PIDCP.

Víctimas vulnerables

El artículo 41 del Título en consideración encuentra su fuente literal en el artículo 6 de la Ley N° 27372. Partiendo de tal redacción, coloca a cargo de las autoridades que participen del proceso el deber de brindar una atención especializada a víctimas pertenecientes a grupos identificados como vulnerables en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, o cualquier otra análoga. A los fines de precisar su alcance la norma establece que se presume la especial vulnerabilidad de los menores de edad, mayores de 70 años, personas discapacitadas y aquellas que posean dependen-

cia económica, afectiva, laboral o de subordinación con el presunto autor del delito.

Como puede observarse, la norma posee un carácter abierto, meramente enunciativo respecto de quiénes pueden ser los titulares del derecho que establece. En línea con ello, la Reglas de Brasilia establecen que

> … se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización.

Asimismo, tal instrumento hace referencia a que "[l]a vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal" y, de conformidad con lo establecido por el artículo bajo estudio, "destaca a las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta" (cfr. Regla N° 11), y establece también que

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

Por su parte, respecto de los grupos destacados es dable mencionar, como se lo ha hecho a lo largo del comentario al presente Título, que resultan aplicables la "Convención sobre los Derechos del Niño y Niña", la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", la "Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores" y la "Convención de Belém do Pará", así como la normativa protectoria del ámbito doméstico, que propenden a lograr el acceso igualitario a la justicia y a la participación en el proceso en condiciones de igualdad de cada uno de los sectores vulnerables a los que se encuentran dedicados.

Medidas para evitar molestias excesivas hacia las víctimas

De la versión taquigráfica del plenario que dio tratamiento en la Honorable Cámara de Senadores a la actual Ley N° 27372 surge una clara preocupación por lograr que "sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento [en relación con la víctima]".[69] Atendiendo a ello, el artículo 10 de la mentada ley establece, en idénticos términos, el deber puesto en cabeza de las autoridades por el artículo 42 del ritual penal de esta Ciudad.

Aquí, el legislador nacional (cuyas consideraciones tomó el local) buscó disminuir la victimización secundaria que el proceso implica para los/las damnificados/as por delitos, en línea con el principio de no revictimización contenido en el artículo 4 inciso c.

De este modo, la norma propende a aumentar la celeridad del proceso[70] y evitar las citaciones múltiples e innecesarias, las esperas e interrogatorios con preguntas inadecuadas y en ambientes hostiles o poco amigables.[71]

En sintonía con ello, la Corte IDH en el caso "Fernández Ortega y otros vs. México" ha sostenido la relevancia de que la declaración de la víctima "se lleve a cabo en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza [...] se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición...".[72]

A modo de ejemplo, y relacionado con la implementación de nuevas tecnologías referida en el comentario al inciso "e" del artículo 38, se ha resuelto que para resguardar a una víctima en especial situación de vulnerabilidad resultaba adecuado recibirle declaración testimonial mediante un servicio de *streaming* de video y por intermedio de preguntas contenidas en pliegos, previamente presentados por las partes, las que han de ser leídas por el juez del caso.[73]

69. Versión taquigráfica de la Sesión Ordinaria del Senado de la Nación, 31/05/2017, p. 30.

70. Ley N° 26485, art. 16, inc. k.

71. Mayorga, Silvina; Figueroa, Natalia; Maurino, Gustavo; Bottini, Carola, *Derechos y garantías..., op. cit.*, pp. 22-23.

72. Corte IDH, "Fernández Ortega y otros vs. México", 30/08/2010, párr. 194.

73. TOCF de Mar del Plata, "M., S. y otro s/ infr. Art. 145 bis-conforme ley 26.842", causa N° 24935/2015, 27/08/2020.

Facultades de la víctima en la etapa de ejecución de la pena

El artículo 43 del digesto adjetivo encuentra inspiración en el artículo 11 bis de la Ley N° 24660 (de "Ejecución de la pena privativa de la libertad") incorporado por la reforma introducida por la Ley N° 27375 que, entre otros objetivos, persiguió dar mayor participación a la víctima en la etapa de ejecución.

En cuanto al derecho de información acordado por la norma es oportuno señalar que "se le debe explicar en qué consiste el régimen (del beneficio objeto del pronunciamiento judicial), cuáles son las condiciones que debe cumplir el condenado y cualquier otra circunstancia relevante".[74]

Por su parte, en lo relativo a la facultad de la víctima de expresar su opinión respecto del instituto en cuestión, cuadra indicar que no resulta vinculante para el juez; no obstante ello, "puede que al expresar su opinión [...] introduzca algún elemento que permita advertir que no se encuentran satisfechos los requisitos que la ley exige para acceder al beneficio, en cuyo caso la resolución deberá ser negativa".[75]

Aunado a ello, el artículo reconoce el derecho del/de la damnificado/a a proponer peritos que podrán intervenir en las evaluaciones técnicas a realizarse para la elaboración de los informes requeridos para la concesión de los beneficios que incluye. En tal sentido, la enumeración de institutos contenida en el artículo es de carácter taxativo.[76]

Es importante destacar, como sucede con otras instancias del proceso, que lo deseable es que esta participación pueda desarrollarse de la manera más amplia y completa posible. Y el mejor método para que ello suceda es en el marco de una audiencia oral, donde en presencia del juez y de las partes pueda exponer su opinión e incluso ejercer las facultades probatorias que la ley le otorga. Por supuesto que puede que ello no sea la circunstancia ideal en todos los casos, pero consideramos que debería ser considerado como principio general.

74. De la Fuente, Javier; Salduna, Mariana, *Ejecución de la pena privativa de la libertad: comentario a la ley 24.660 reformada por la ley 27.375*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 69.

75. Ídem.

76. Ibídem, p. 71.

Obligaciones del MPF

El artículo final del Título bajo estudio reitera la obligación específica de los/as magistrados/as del Ministerio Público Fiscal de cumplir con su deber de enunciar los derechos contenidos en este capítulo único en la primera citación dirigida a quienes son sus titulares –víctimas y testigos– con el objeto de eliminar cualquier posibilidad de que estos no gocen del derecho de información referido en los comentarios previos.

TÍTULO V
Actos procesales

Capítulo 1
Reglas generales

Artículo 45. Idioma*

En los actos procesales se usará idioma nacional bajo consecuencia de nulidad. Se designará un intérprete cuando el/la imputado/a no pueda o no sepa expresarse en castellano o cuando lo impongan sus necesidades especiales.

Artículo 46. Días hábiles

Los actos de la investigación preparatoria se realizarán en lo posible en días y horas hábiles. Se podrán realizar en días y horas inhábiles cuando no deban intervenir las partes o resulte necesario para el resultado de la pesquisa. Los actos procesales ante los órganos jurisdiccionales en la etapa de juicio se celebrarán en días y horas hábiles, sin perjuicio de que durante el debate el Tribunal habilite los días y horas que estime necesarios. Todos los días se consideran hábiles para la tramitación de solicitudes de medidas cautelares urgentes, excarcelaciones y exenciones de prisión.

Artículo 47. Concentración de actos procesales

Durante la investigación preparatoria los planteos de nulidades y excepciones serán tratados y resueltos en la primera audiencia de medida cautelar. Los formulados con posterioridad serán resueltos en la audiencia prevista en el artículo 223.

Introducción

El Código Procesal Penal de la CABA regula en el Título V todo lo referente a los actos procesales. En su primer capítulo se establecen reglas genéricas para su validez.

---

* Comentario sobre los artículos 45 a 59 por Juan Pablo Chiappe, Soledad Diez, Santiago Erdozain y Sebastián Ferrares.

Debe tenerse presente que un acto procesal es una actuación (realizada en o luego incorporada al proceso penal) que tiene por finalidad permitir un avance en el caso, ya sea para recolectar información a través de un medio de prueba o registrar adecuadamente un paso procesal mediante las formas determinadas. En palabras de Maier, el acto procesal es la partícula más pequeña sobre la base de la cual la ley erige el edificio del procedimiento judicial. Así los define como aquellos que no solo son llevados a cabo durante el transcurso de un procedimiento –en principio judicial, pero, al menos, que integra un procedimiento que culminará con la intervención y decisión judicial, para administrar justicia– sino por aquellos que intervienen en él, en el amplio sentido.[1]

Los actos procesales constituyen una parte del proceso penal. Como lógica consecuencia de la naturaleza del proceso penal, en el sentido de que se trata de un conflicto formalizado e institucionalizado,[2] los actos procesales deben reunir ciertas formas, aún en una investigación desformalizada como la regulada en el presente Código (art. 101, CPPCABA). De allí la importancia de ajustar los actos realizados en el proceso bajo las formas exigidas por el procedimiento penal. La finalidad de este último no es otra que la búsqueda de la solución de un conflicto; todas las actividades que se realicen en el proceso constituyen, en definitiva, actos procesales que permiten recopilar información y registrar pasos del proceso que luego serán analizados por las partes y el juez para buscar la mejor solución del caso.

Para graficarlo de manera clara, habrá oportunidades en las que el acto procesal tendrá por finalidad buscar específicamente una solución anticipada del conflicto, por ejemplo un acto procesal que lo que busca es registrar un proceso de mediación o acuerdo entre las partes, una homologación de un acuerdo, etcétera. Otras veces los actos procesales estarán encaminados hacia la búsqueda de información, esto es el secuestro de un elemento, la declaración de un testigo, la formulación de cargos al imputado, etcétera. Cada uno de estos actos procesales, ya sea que se trate de un acto que busca obtener información para hacer un planteo vinculado hacia la acreditación de un hecho, o ya sea que se trate de un acto procesal que está vinculado directamente

1. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III, p. 9.
2. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Ad-Hoc, 2017, T. III, p. 21.

a la solución alternativa de un conflicto, debe reunir requisitos mínimos para su validez.

Las formas en el CPPCABA

El Código Procesal Penal, a diferencia de los ordenamientos procesales denominados mixtos, no regula las formas de los actos procesales bajo una modalidad detallista, sino más bien establece reglas muy genéricas sobre el idioma, la celebración en días hábiles como regla y, en el capítulo cuarto de este título, las formas preferentes –no exclusivas– bajo las cuales se deben formalizar y documentar ciertos actos procesales.

Este tipo de diseño normativo es, a nuestro parecer, el adecuado. Se trata de un proceso penal desformalizado cuya finalidad, repetimos, radica en encontrar una salida lo menos violenta posible al conflicto. De modo tal que los actos procesales realizados durante la investigación penal preparatoria tienen por finalidad verificar el peso probatorio del caso, permitir a las partes analizar posibles acuerdos, eventualmente poder argumentar en audiencias previas al juicio sobre planteos presentados por las partes y, finalmente, permitir la preparación del caso de ambas partes frente a un eventual juicio oral.

Esa información que se registra durante la investigación no servirá como prueba, puesto que solo reviste tal carácter cuando la información ingresa a juicio a través de un medio de prueba admitido en la etapa intermedia, a través de la oralidad, la inmediación, la publicidad y el contradictorio. Si esto es así, no tendría sentido alguno contar con una regulación exhaustiva sobre las formas de los actos procesales, que implicaría una demora en la tramitación de las causas. Como bien señala Quaine, la desformalización permite la agilización de la investigación acortando los tiempos de tramitación.[3]

3. Quaine, Ezequiel, "Un paso hacia la desformalización: el fin del expediente y el comienzo de la oralidad", en García Yomha, Diego; Martínez, Santiago (coords.), *El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, T. II, p. 205.

La exigencia de idioma nacional

El Código Procesal Penal de la CABA, siguiendo en esta parte al CPPN, no exige mayores precisiones para los actos procesales. Es más, diríamos que como regla general la única exigencia procesal está establecida en la utilización del idioma nacional bajo sanción de nulidad, puesto que sobre el resto de las formas reguladas contamos con marcadas excepciones.

Sin embargo, la posible consecuencia nulificante no debe ser interpretada en forma absoluta. Para que opere la nulidad de un acto procesal es preciso no solo comprobar el incumplimiento de una forma procesal. También es exigible acreditar que, como consecuencia de ese incumplimiento, se ha generado un agravio concreto a una de las partes que afecte la defensa en juicio y la garantía del debido proceso legal. Como bien señala Binder, es necesario estudiar la entidad de la irregularidad antes de apelar automáticamente a la nulidad de un acto.[4] Su incumplimiento no acarrea necesariamente la invalidez del acto.

Dicho esto, y a modo de ejemplo, si se trata de una declaración testimonial tomada en el exterior en un país donde el idioma es distinto al español, ese acto realizado en otro idioma requerirá de un traductor y no deja de ser un acto procesal que podría tener la conformidad de todas las partes. De modo tal que la nulidad no es una consecuencia necesaria sino posible. En tal sentido, Binder ha explicado de manera clara que la teoría no debe ser llamada teoría de las nulidades sino "teoría de las formas procesales", siendo la nulidad una posible consecuencia a un vicio formal de un acto.[5]

La exigencia de la utilización del idioma nacional, que lógicamente tiene por finalidad que el acto procesal pueda ser comprendido por las partes, exige un plus a los funcionarios públicos, esto es, poner un mayor esfuerzo por darse a entender sobre quiénes recae la decisión, ello vinculado al lenguaje claro y, como consecuencia, al abandono de toda utilización de palabras o frases en latín o español antiguo (arcaísmos), muy comunes en la práctica judicial. Toda práctica que tienda a alejar a la comunidad del acceso a las decisiones judiciales debería ser abandonada.

4. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1ª reimp, 2000, p. 85.
5. Ídem.

El Código Procesal Penal exige que cuando un imputado no pueda o no sepa darse a entender en el idioma español debe designarse un intérprete para que este pueda comprender el acto procesal. Del mismo modo se establece que cuando el imputado tenga algún tipo de necesidad especial, se designe un intérprete adecuado. No menciona otros presupuestos que, desde una interpretación amplia de la norma, deben tenerse por comprendidos en pos de un proceso penal accesible para todos sus participantes. Así corresponderá también designar a un intérprete o traductor cuando, por ejemplo, un testigo o una parte presente alguna discapacidad o dificultad de comprensión.

Sobre este punto el Código muestra dos deficiencias normativas. En primer lugar, hace referencia a "intérprete" en vez de "traductor". Conforme surge del diccionario de la Real Academia Española, "intérprete" es la persona que interpreta; mientras que interpretar es explicar o declarar el sentido de algo. Por otro lado, "traductor" hace referencia a quien traduce, mientras que traducir es expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes. De estas definiciones surge de manera clara que el vocablo "traductor" pareciera ser la palabra más apropiada. En igual sentido lo menciona D'Albora, quien infiere que debe utilizarse el vocablo "traductor".[6] Del mismo modo, el Código Civil y Comercial (arts. 302 y 419) hace referencia a los traductores cuando es necesaria la convocatoria de alguien que explique. Solo frente a la falta de un traductor público matriculado se podrá convocar a un intérprete.

La segunda deficiencia normativa está vinculada a que se hace referencia únicamente al imputado y omite mencionar testigos u otras personas que participen en el proceso penal.

El Consejo de la Magistratura de la CABA cuenta con una oficina de auxiliares de justicia que posee un listado de traductores de diversos idiomas y lenguaje de señas para aquellos testigos e imputados que tengan alguna dificultad para comprender y darse a entender en el idioma nacional. Esta oficina de auxiliares de justicia cuenta con listados de traductores inscriptos, entre los que se efectuará un sorteo para determinar quién intervendrá en cada caso. Luego será el juez quien determine los honorarios sobre la base de la tarea desempeñada,

6. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal. Anotado. Comentado. Concordado*, 7ª ed., 2005, p. 248.

el tiempo dedicado y la calidad del servicio brindado. En caso de que dicha oficina no contara con traductores de determinados idiomas, se puede convocar al Colegio Público de Traductores para solicitar la designación de un traductor en el idioma en cuestión. En ese caso el Consejo de la Magistratura está obligado a abonar dichos honorarios.[7]

Las exigencias vinculadas a la existencia de un traductor son distintas en caso de ser utilizado para la traducción y comprensión de una fuente de información (por ej., traducir lo que un testigo expresa en otro idioma), de la comprensión de un imputado de los actos de un proceso penal. En el primer caso la exigencia de traductor en el acto procesal radica en obtener información de calidad a través de un determinado medio de prueba. Debemos tener presente que el juicio oral es un mecanismo para obtener información de calidad a través de la vigencia de los principios de publicidad, contradicción e imparcialidad del juzgador y requiere, para que la decisión tenga legitimidad, que la información que ingresa al juicio sea precisa. Desde esa lógica la necesidad de un traductor respecto de, por ejemplo, un testigo, radica en obtener información precisa y clara sobre los datos de prueba que nos proporciona esa fuente de información.

Por el contrario, cuando hablamos de la necesidad de un traductor respecto de un imputado ya no está en juego solamente la calidad de la información que se pretende ingresar al proceso, sino la posible afectación de la garantía de defensa en juicio. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 13, inciso 3, establece la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.3.f y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2.a, también reconocen que toda persona sometida a proceso debe ser asistida gratuitamente por un traductor o intérprete que le garantice entender en su idioma el procedimiento penal en el cual se encuentra sometido.

Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente:

> Los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual

7. CAPPJCyF, Sala III, causa Nº 48258/2019-0, 26/12/2019.

> de los derechos humanos, busca remediar de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas.[8]

El derecho a contar con un intérprete de su confianza y a la traducción de los documentos y prueba constituye una parte fundamental del debido proceso.[9]

Sin embargo, tal como sentáramos con anterioridad y como se tratará en el capítulo dedicado a las nulidades, debemos tener presente que la ausencia de un traductor en la audiencia no acarrea necesariamente la nulidad del acto en sí. En tal sentido, ha dicho la Cámara que no es nulo el acto procesal realizado sin traductor si el abogado defensor manejaba el idioma del imputado y podía comprender lo que se hablaba.[10] No obstante, debemos tener presente que si el imputado no entiende el idioma español por más que haya participado el abogado defensor y haya oficiado como traductor, existe un serio riesgo o indicio sobre la invalidez del acto procesal. Ello por cuanto no se trata de una exigencia mínima, sino de la comprensión del idioma nacional y existe un serio riesgo de no haber comprendido la importancia del acto procesal.

Una buena práctica para estos casos está constituida por la función activa que todo juez debe tener en las audiencias previas al juicio. Tratándose de extranjeros o de personas con alguna discapacidad, al inicio de la audiencia el juez debe verificar si tiene o no alguna dificultad de comprensión del idioma para tratarlo inmediatamente allí. Del mismo modo, mientras la investigación se encuentra a cargo de la fiscalía en la etapa preparatoria de juicio, también constituye una buena práctica que el fiscal, el auxiliar fiscal o alguno de sus funcionarios realice este tipo de constatación previo a comenzar con la audiencia. Tanto los jueces como el resto de los magistrados deben procurar en su actuación manejar un lenguaje llano y comprensible para el resto de los intervinientes en los actos procesales. Siendo ello así no está de más verificar al inicio de cada acto procesal que las partes comprendan adecuadamente el idioma.

8. Corte IDH, "Vélez Loor vs. Panamá", 23/11/2010, párr. 152.

9. Binder, Alberto; Cape, Ed.; Namoradze, Zaza, *Defensa penal efectiva en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2015, p. 93.

10. CAPPJCyF, Sala I, causa Nº 10518/2018-0, 30/10/2018.

Realización de actos procesales en días hábiles

Una segunda exigencia establecida como regla general para los actos procesales radica en que estos se realicen en días hábiles. Debemos tener presente que este principio admite innumerables excepciones. Así, por ejemplo, resulta válido realizar actos de investigación en días y horas inhábiles –de hecho es lo que suele suceder en los momentos iniciales de la investigación, sobre todo en procesos flagrantes donde una demora puede provocar que se pierdan elementos de prueba–.

Del mismo modo, las actuaciones que tienen que ver con la detención de imputados, con la intimación de los hechos, con la realización de allanamientos o requisas es frecuente que se realicen fuera del horario judicial. Más allá de las excepciones apuntadas, el principio de realización de los actos en horario hábil radica específicamente en mantener una forma de trabajo ordenada vinculada al quehacer de los jueces, fiscales, defensores públicos y privados. La decisión de un juez o fiscal de trabajar en día y hora inhábil no genera de por sí ningún tipo de invalidez del acto, debiendo quien invoca una invalidez fundamentar cuál es el agravio concreto e irreparable que le ha generado la realización del acto fuera del horario judicial.

Concentración de los actos procesales

La Ley Nº 6020 estableció el principio de concentración de los actos procesales. Este principio reguló un orden metódico en el proceso penal, de modo tal de fijar momentos procesales oportunos para la realización de planteos vinculados a nulidades y excepciones. Estos planteos tienen, durante la investigación penal preparatoria, solamente dos momentos o estadios para su materialización. El primero radica en la presentación del planteo frente a un pedido de medidas cautelares realizado por la fiscalía. El segundo de ellos se concentra en la audiencia preparatoria de juicio (art. 223) donde el fiscal, como el resto de las partes, debe ofrecer los medios probatorios que considera pertinentes y relevantes para la acreditación de su hipótesis en el juicio.

La práctica judicial previa a la reforma había observado cómo la reiteración de planteos nulificantes y de excepciones perentorias o

dilatorias generaba una demora prolongada en la sustanciación de la investigación penal preparatoria, con los consiguientes planteos, audiencias y recursos posteriores. Estas demoras en el proceso penal resultan innecesarias toda vez que en la investigación penal preparatoria solo hay dos momentos en los cuales un fiscal puede utilizar un medio probatorio o evidencia. El primero de ellos, al momento de solicitar la aplicación de una medida cautelar, oportunidad en la que un acusador –público o privado– utiliza un medio de prueba para fundamentar su petición (sea o no restrictiva de la libertad). La utilización de ese medio de prueba, presuntamente inválido, obliga al defensor a materializar un planteo de excepción o nulidad respectivo.

El segundo momento, recién cuando el fiscal o el acusador particular ofrecen un medio de prueba que la defensa considera inválido. Aquí aparece nuevamente la necesidad de efectuar un planteo de nulidad. Fuera de estos dos supuestos, el planteo de nulidad deviene impertinente, toda vez que es posible que el fiscal no pida ninguna medida cautelar y entonces el proceso penal en sí no le cause ningún agravio al imputado, o también llegado el momento de requerir la elevación a juicio desista de utilizar pruebas o evidencias que el propio fiscal considera inválidas. De este modo, un planteo de la defensa, ya sea nulificante o de excepciones, deviene improcedente hasta tanto el fiscal no demuestre su intención de utilizar esa evidencia.

El principio de concentración de los actos procesales usualmente está vinculado a la audiencia de juicio oral y público. Es común que los códigos procesales penales fijen un principio de concentración en esta etapa. El ordenamiento procesal le ha dado vigencia también en las instancias previas al debate.

Como es sabido, el proceso penal se estructura en tres momentos:

1. Un primer estadio está vinculado a la audiencia de formulación de cargos y planteos de medidas cautelares (audiencia inicial multipropósito).[11]
2. Una segunda etapa está marcada por la audiencia preparatoria de juicio, donde se debaten excepciones, nulidades, acuerdos tardíos y el ofrecimiento de prueba para el juicio.

11. Esa audiencia, como tal y estrictamente, no se encuentra prevista en el CPPCABA, aunque cuando se solicita la imposición de medidas cautelares es el momento en que se asimila a aquella situación.

3. Una tercera etapa es el juicio oral mismo. Concentrar todos los actos procesales de la investigación en esos dos estadios previos implica una mejora en la economía y en la celeridad del proceso. Es por ello que, siendo que solo en esos momentos la fiscalía/acusación privada puede utilizar medios de prueba para argumentar sobre la aplicación de medidas cautelares o pedir la admisión de esos medios de prueba a juicio oral, resulta acertada la modificación legal tendiente a ordenar las instancias de debate en el proceso penal.

Capítulo 2
Decisiones jurisdiccionales

Artículo 48. Resoluciones. Motivación

Las decisiones de los/las Jueces/zas se expresarán mediante:

1. **Sentencia, para poner término al proceso, después de su integral tramitación.**
2. **Auto, para resolver un incidente o artículo del proceso, para disponer alguna medida que limite o restrinja garantías constitucionales.**
3. **Decreto, en los demás casos o cuando esta forma sea especialmente prescrita.**

Las sentencias, autos y decretos serán firmados y los dos (2) primeros motivados, bajo consecuencia de nulidad.

Las copias de las sentencias y de los autos se protocolizarán por el/la Secretario/a.

Artículo 49. Términos para los actos jurisdiccionales

El/la Juez/a dictará los decretos el día en que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco (5) días, salvo que se disponga otro término y las sentencias en las oportunidades especialmente previstas. Las decisiones en audiencia oral se deberán tomar de inmediato, sin afectar la continuidad entre debate y deliberación, cuando no se hubiera previsto otro término.

Artículo 50. Regla general. Plazo

Los actos jurisdiccionales se harán conocer a quienes corresponda, dentro de las veinticuatro (24) horas de dictados, salvo que el Tribunal dispusiere un plazo menor. Los dictados en audiencia oral se tendrán por notificados en el acto a todas las partes convocadas.

Artículo 51. Corrección de errores materiales

El Tribunal deberá rectificar cualquier error u omisión material contenido en las resoluciones, siempre que ello no importe una modificación esencial de las mismas, dentro de los tres (3) días de dictadas.

Las partes podrán solicitarlo dentro de los tres (3) días de notificadas.

El pedido de aclaración suspenderá el término para interponer los recursos que procedan hasta que se resuelva.

Artículo 52. Pronto despacho

Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el/la interesado/a podrá solicitar pronto despacho y, si dentro de tres (3) días no lo obtuviere, podrá denunciar el retardo a la Cámara de Apelaciones que, previo informe del tribunal denunciado, proveerá lo que corresponda. Si el retardo proviniera de la Cámara de Apelaciones corresponderá denunciarlo ante el Tribunal Superior, con el mismo trámite.

Clasificación de las decisiones jurisdiccionales

Los códigos procesales penales, más allá de sus fuentes y diseños, son cuerpos normativos donde confluyen normas de diverso origen. Así, a pesar de que el ordenamiento procesal de la CABA tiene una clara raíz advesarial, es frecuente observar normas que tienen su génesis en diseños mixtos o escritos. Ello se debe a que se trata de uno de los primeros códigos acusatorios del país y tomó como una de sus fuentes al Código Procesal Penal de la Nación, de clara raíz mixta o inquisitiva. Esa confluencia de normas se vivencia nítidamente en las formas de

regular los actos procesales y, en particular, las decisiones jurisdiccionales, sobre todo en los códigos acusatorios de primera generación.[12]

Siguiendo ese modelo más propio de los sistemas escritos que de los sistemas orales, y tomando como fuente el artículo 122 del CPPN, el Código desdobla las resoluciones jurisdiccionales en tres grandes universos: sentencias, autos y decretos, estableciendo que solo los dos primeros deben ser motivados, no así los simples decretos.

Por sentencia se entiende toda decisión que pone fin al proceso, luego de su tramitación integral. Estamos haciendo referencia a las sentencias condenatorias o absolutorias dictadas a la finalización del juicio oral, sobre las cuales se establece un recurso amplio de apelación. También lo son aquellas dictadas con motivo de la homologación de acuerdos de avenimiento.

Los autos también pueden poner fin al proceso; sin embargo, su diferenciación radica en que se adoptan en etapas anteriores al inicio del juicio oral. Así, resultan ser autos interlocutorios aquellos vinculados a un pedido de sobreseimiento, nulidades, excepciones, medidas cautelares, etcétera. Los autos interlocutorios son aquellos que resuelven cuestiones incidentales durante todo el proceso penal, ya sea que pongan o no fin al proceso. Tanto las sentencias como los autos requieren de motivación suficiente para su dictado.

Por el contrario, los decretos no requieren ningún tipo de motivación. Se trata de decisiones de mero trámite, como por ejemplo citaciones, vistas, notificaciones, etcétera. Estas decisiones no deberían estar en cabeza de los jueces, toda vez que no requieren motivación y, por ende, no causan agravio. No tiene sentido alguno que estos trámites recaigan en los magistrados, puesto que se trata de actividad administrativa no jurisdiccional. Los códigos procesales más modernos (por ej., Chubut, Neuquén, Río Negro) dejan estas decisiones a cargo de la Oficina Judicial por tratarse de actos de mero trámite. En síntesis, no es tarea de un juez dictar actos administrativos, debiendo ellos recaer en quien está a cargo de la organización administrativa, por lo que una adecuación normativa requiere de una modificación al respecto.

12. Rua, Gonzalo, "La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina", en AA. VV., *Estudios sobre el sistema penal adversarial*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018, p. 30.

Las decisiones durante el proceso deben ser adoptadas en forma oral. Tal es el principio, aunque la redacción del Código no sea lo suficientemente clara. El principio acusatorio que rige en nuestra Constitución Nacional y local exige que el juez se mantenga imparcial y no se involucre con los intereses de las partes, fortaleciendo el contradictorio y la publicidad. Conforme lo define Ferrajoli la garantía del juicio previo está basada en una estructura triangular, asegurada por tres garantías primarias, a saber: la formulación de la imputación, la carga de la prueba en manos de la acusación y el derecho de defensa, que permite controvertir la prueba de cargo.[13]

De ese modo, la sala de audiencias (virtual o presencial) se erige como el escenario ideal donde deben resolverse los planteos de las partes, a través de un sistema de audiencias.

Debemos tener presente que la oralidad como metodología para la toma de decisiones fomenta cuatro principios del proceso penal. En primer lugar, fortalece la contradicción, toda vez que cada parte podrá controvertir la información proporcionada por la restante. En segundo lugar, fortalece la inmediación, no solo de las partes y el juez sino también de la información presentada en la sala de audiencias. En tercer lugar, evita la delegación de funciones. En el sistema escrito las partes no tienen control respecto de quién es el que resuelve el caso y si eventualmente determinada información le fue suministrada, en su caso, por fuera de la audiencia. Por el contrario el juez, al no gestionar los intereses de las partes,[14] resolverá inmediata y exclusivamente con la información suministrada por ellas. Por último, se fortalece la publicidad de las decisiones y del sistema penal en sí, dado que las salas de audiencias son públicas y cualquier ciudadano puede ingresar para verificar el funcionamiento de la justicia.

De modo tal que si las decisiones deben ser adoptadas en audiencia como forma de fortalecer los principios allí mencionados la regla general es que la decisión debe ser inmediata, actuando como excepciones los términos fijados en el artículo 49 del CPPCABA. Debemos tener presente que la resolución por escrito resignifica el conflicto a través de una doble

13. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 3ª ed., 1998, p. 606 y ss.

14. Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 222.

mediatización, por un lado la escriturización de las versiones y, por el otro, la multiplicidad de las burocracias judiciales.[15] Siendo así, las partes pueden exigir que las decisiones se adopten en audiencia.

Siguiendo ese viejo molde del sistema mixto, el Código establece que tanto las sentencias como los autos deben ser firmados por los jueces. Fácil es observar que, si el juez adopta la decisión en la audiencia, la existencia o no de su firma resulta un elemento adicional e innecesario, ya que es suficiente contar con un *link* de acceso directo donde se pueda observar el registro audiovisual de la audiencia donde el juez adopta la decisión frente a las partes y de cara a la comunidad.

Las sentencias y los autos deben ser motivados. Motivar un auto implica fundamentar la decisión a través de los argumentos brindados por las partes, en una explicación lógica y racional que se haga cargo de los argumentos favorables y, fundamentalmente, el motivo por el cual los argumentos contrarios no son tenidos en cuenta. La motivación de las decisiones constituye una exigencia de la garantía del debido proceso.[16] Los estándares de prueba son una precondición para una adecuada motivación objetiva. No se trata de brindar una motivación subjetiva o de meras creencias, sino una objetiva basada en un estándar de prueba racional.[17]

Notificación de los actos jurisdiccionales

Con respecto a la notificación, la regla general se encuentra en el artículo 50 del Código, donde se establece que las decisiones adoptadas en audiencia oral se tendrán por notificadas en el acto mismo de su celebración a todas las partes que se encuentren presentes. De este modo, bajo el paradigma del sistema de oralidad las decisiones se notifican en audiencia debiendo el secretario notificar a las partes entregando una copia del registro audiovisual de la audiencia o un *link* a los efectos de que puedan comenzar a estudiar el caso, frente a la posibilidad de interponer

15. Quaine, Ezequiel, "Un paso hacia la desformalización: el fin del expediente y el comienzo de la oralidad", en García Yomha, Diego; Martínez, Santiago (coords.), *El proceso penal…*, *op. cit.*, T. II, p. 198.

16. Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 186

17. Ibídem, p. 192

algún tipo de recurso o remedio procesal. Fuera de esos casos, en aquellos hipotéticos supuestos en que no se adopte la decisión por audiencia, rige la regla según la cual los actos jurisdiccionales deben ser notificados dentro de las veinticuatro horas de dictados.

Corrección de errores materiales

En un sistema de audiencias, al igual que en sistema escrito, existe la posibilidad de solicitar la corrección de errores materiales en que se hubiera incurrido; por ejemplo, se menciona de manera incorrecta el nombre del imputado, se fija de manera no unívoca el monto de la pena, etcétera. Tenemos que tener presente que tratándose de una audiencia las partes podrán interponer de manera inmediata la solicitud de corrección de cualquier error material en el mismo momento de concluida la decisión. En caso de no advertirlo en el momento de la audiencia, las partes, conforme lo establece el artículo pertinente, tienen un plazo de tres días para interponer estos remedios frente a errores materiales. El tribunal podrá realizar esa modificación en cualquier momento en que advierta la existencia de un error de esa índole. También es posible la petición de aclaratoria frente a puntos poco claros de la decisión.[18]

Pronto despacho

El Código establece la posibilidad de solicitar un pronto despacho frente a la demora en la toma de decisiones. Tratándose de un sistema por audiencias,[19] el pedido de pronto despacho tiene que estar vinculado con la pronta fijación de una audiencia, esto es, si una parte presenta un escrito pidiendo una audiencia para tratar, por ejemplo, una incompetencia, una nulidad, etcétera, y no se ha adoptado una decisión, lo que corresponde es que la parte requiera la pronta fijación de audiencia y, en caso de que en tres días no se realice esa audiencia, podrá denunciar el retardo de justicia ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juve-

18. CAPPJCyF, Sala III, causa N° 5073-01/15, 15/10/2015

19. No obstante, la práctica diaria muestra aún buena cantidad de situaciones que se siguen decidiendo por escrito.

nil Contravencional y de Faltas de la CABA, salvo que la demora provenga de dicho tribunal, para lo cual la denuncia de retardo de justicia deberá interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia.

Es menester aclarar que, tal como lo indica el artículo 52, para poder realizar una denuncia por retardo de justicia (y que esta fuera viable) el/la interesado/a debe solicitar previamente un pronto despacho contra una resolución de un tribunal que no fue dictada en tiempo y forma.[20]

Capítulo 3
Exhortos, mandamientos y vistas

Artículo 53. Reglas generales

Cuando un acto procesal deba ejecutarse fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la fiscalía o el tribunal podrán encomendar su cumplimiento por medio de exhorto, mandamiento u oficio, según se dirija, respectivamente, a un tribunal superior, de igual rango o inferior o autoridades que no pertenezcan al Poder Judicial, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto al respecto en las leyes convenio con la Nación y las provincias.

Artículo 54. Cooperación de autoridades administrativas

Los/as magistrados/as del Ministerio Público y los Tribunales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad administrativa, la que deberá prestar su cooperación y expedir los informes que le soliciten dentro del tercer día de recibido el pedido del Ministerio Público o del/la Juez/a o, en su caso, en el plazo que este fije.

Artículo 55. Comunicaciones provenientes de autoridades judiciales extranjeras

Se deberá dar cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras, cuando de la comunicación que así lo requiera resulta que han sido dispuestas por magistrados competentes según las reglas argentinas de jurisdicción internacional y siempre que la resolución que las ordene no afecte principios de orden público del derecho argentino. En su caso, se aplican los demás recaudos establecidos en

20. CAPPJCyF, Sala II, causa N° 18672/2015-2, 15/03/2018.

los tratados y acuerdos internacionales, así como la reglamentación que dicten el Consejo de la Magistratura y/o el Fiscal General.

Generalidades

El presente capítulo regula las formas en que deben realizarse los actos procesales cuando son realizados fuera del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya sean ellos materializados en otro estado provincial o en el extranjero. La necesidad de su regulación radica en que, tratándose el proceso penal de un mecanismo de resolución de conflictos formalizado donde se institucionaliza la violencia, es preciso definir las formas que le darán validez a la actuación judicial. Debemos recordar que las formas procesales cumplen dos funciones. Por un lado, el resguardo de garantías constitucionales, sobre todo en lo atinente a regular la garantía de la defensa en juicio de los intereses de las partes y del debido proceso. Por el otro, reunirlo de formas que le den legitimidad e identidad a los actos de gobierno.

Comunicaciones entre organismos de distinta competencia territorial

Los actos procesales que deban ejecutarse fuera de la jurisdicción pueden ser requeridos por el juez o por el fiscal y encargados a órganos de mayor, igual o inferior jerarquía, ya sea que pertenezcan o no al Poder Judicial. Siguiendo los mismos lineamientos del Código Procesal Penal de la Nación, la norma establece que debe comunicarse mediante exhorto cuando la requisitoria se haga a un tribunal superior, mediante un mandamiento cuando sea de igual jerarquía, dejando la comunicación mediante oficio cuando tenga un rango menor. Sin embargo, en la práctica cada vez que un juez o fiscal se dirige a otro magistrado de otra jurisdicción, sea de igual, mayor o menor jerarquía, la comunicación se realiza siempre a través de exhorto.

La Ley Nº 22172, que regula todo lo atinente a la comunicación entre tribunales de distintas jurisdicciones de Argentina, establece reglas claras y concretas. Entre ellas se establece que la tramitación de la

diligencia encomendada se regirá por la ley del tribunal oficiado, esto es el lugar donde se debe realizar el acto (art. 1), estableciendo que, en caso de colisión de normas, esta circunstancia será resuelta por el tribunal oficiado (art. 2).

Asimismo, determina que la forma en que debe entablarse la comunicación es mediante oficio, siempre que se ejerza la misma competencia material (art. 1). La ley procesal vigente para la realización del acto encomendado es la que rige en el territorio donde este debe llevarse a cabo. Si bien está establecido en la mentada ley, no podría regularse de otro modo, puesto que es un principio general del proceso que debe regir la ley vigente en el territorio.

Al tribunal requerido le está vedado inmiscuirse en razones de mérito u oportunidad de la medida. Solo le atañe la supervisión de la ley formal, mas no el mérito sustantivo, el que se mantiene en la jurisdicción de origen. Ese doble control obedece a que, en definitiva, se trata de un acto compuesto que se ordena en una jurisdicción y se materializa en otra.

En caso de haber una colisión de normas o de reglas respecto de cómo se debe realizar el acto y no habiendo acuerdo entre el tribunal requirente y el tribunal requerido, deberá ser el tribunal inmediato superior quien resuelva esta cuestión; tratándose de tribunales de diferente competencia territorial será la Corte Suprema quien resuelva ese conflicto negativo de competencia. Así, los conflictos que susciten la delegación o demora deben ser resueltos por la Corte Suprema,[21] sin perjuicio de agotar, previamente, la reclamación ante el superior del tribunal exhortado.

El acto procesal a realizarse en extraña jurisdicción puede tener distinta naturaleza: puede tratarse de un acto de investigación, como por ejemplo un registro domiciliario que debe realizarse en otra jurisdicción; puede tratarse de la realización de un acto de prueba concretamente, esto es la recepción de una declaración testimonial de un testigo que se encuentra en extraña jurisdicción, alejado del territorio donde se lleva a cabo la investigación;[22] puede tratarse de un acto necesario del proceso penal y de defensa, como es la formulación de cargos;

21. CSJN, Fallos: 289:30, "Cabrera Artigas", 06/06/1974

22. Con los medios tecnológicos disponibles hoy en día, estimamos que este supuesto debería ya ir quedando completamente en desuso.

o bien un acto de una simple notificación (por ej. la notificación de un testigo que reside en otra provincia para que comparezca a un acto que debe llevarse en la CABA).

No todos estos actos procesales requieren de la misma formalidad. Acompañando a D'Albora, entendemos que el formalismo en la realización de actos en extraña jurisdicción debe ser respetado estrictamente cuando se trata de actos vinculados a la investigación y a la producción de información, cediendo cuando se trata de meras comunicaciones.[23]

La intimación de los hechos puede realizarse en otra jurisdicción, a través de un exhorto. Es que, tratándose de un acto de defensa, basta con que el imputado tenga la posibilidad de conocer acabadamente los hechos y las evidencias que existen en su contra. En ese sentido, la Corte Suprema ha admitido que puede encomendarse por exhorto la recepción de la declaración indagatoria.[24]

A la inversa, cuando un tribunal de otra jurisdicción requiere la realización de un acto procesal dentro del ámbito de la Ciudad, al no contar el Poder Judicial de la CABA con un juzgado de rogatorias (como ocurre en la justicia nacional) el juez que intervendrá será aquel que se encuentre de turno el día de recibida la petición.

Cooperación requerida por autoridades extranjeras

Cuando el acto debe efectuarse fuera del país o se recibe una requisitoria de un país extranjero para realizar un acto procesal dentro del país rige la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal Nº 24767, que establece como autoridad central encargada del diligenciamiento de las solicitudes de intercambio con otros países al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

23. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal…*, *op., cit.*, 7ª ed., 2005, p. 267.
24. CSJN, Fallos: 237:388, 298:615 y 308:1679, entre otros.

Capítulo 4
Actas y otras formas de documentación

Artículo 56. Regla general

Cuando el/la funcionario/a público/a que interviene en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él/ella o cumplidos en su presencia, labrará un acta o lo documentará mediante grabaciones de imagen y/o sonido en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo.

A tal efecto, los/as funcionarios/as de policía o fuerzas de seguridad serán asistidos por dos (2) testigos. Cuando se trate de actos definitivos e irreproducibles, secuestro, inspección ocular o requisa personal, los testigos no podrán pertenecer al mismo organismo del cual forme parte el/la funcionario/a actuante. Si por las especiales circunstancias de tiempo y lugar debidamente justificadas no fuera posible obtener la presencia de testigos, el acto se practicará igual y será valorado conforme las reglas de la sana crítica.

La función de testigo del acto de documentación es carga pública.

Artículo 57. Contenido y formalidades de las actas y otros actos de documentación

Las actas escritas deberán contener:

1. **Lugar, fecha y hora en que se labre.**
2. **El nombre y apellido de las personas que intervengan y el motivo que haya impedido, en su caso, la intervención de las personas obligadas a asistir.**
3. **La indicación de las diligencias realizadas y de su resultado.**
4. **Las manifestaciones verbales recibidas y las realizadas a requerimiento del/la funcionario/a interviniente.**
5. **La firma, previa lectura, de todos los intervinientes.**

Cuando alguno no puede o no quiere firmar, se hace mención de ello. Si tiene que firmar una persona que por cualquier circunstancia se encuentra impedida de leer, se le informa que el acta puede ser leída y, en su caso, suscrita por una persona de su confianza, lo que se hace constar. Cuando se utilicen imágenes y sonidos para documentar total o parcialmente actos de prueba o audiencias, deberán cum-

plirse los requisitos precedentemente previstos en la medida que la naturaleza del acto lo permita.

Queda prohibida toda forma de edición, tratamiento o modificación de los registros y se deberá asegurar su autenticidad e inalterabilidad.

Cuando se utilicen registros de imágenes o sonidos, se deberá reservar el original en condiciones que aseguren su inviolabilidad hasta el debate, sin perjuicio de la obtención de copias que podrán utilizarse para otros fines del proceso. Las formalidades esenciales de los actos deberán surgir del mismo registro y, en caso de no ser posible, de un acta complementaria.

Artículo 58. Acto defectuoso

La omisión de estas formalidades privará de efectos al acto o tornará inadmisible su contenido como prueba, sólo cuando aquellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos probatorios.

Artículo 59. Testigos de actuación

No podrán ser testigos de actuación los menores de dieciocho (18) años, los dementes y los que en el momento del acto se encuentren en estado de inconciencia.

Registro de los actos procesales. Resguardo de las formas

La circunstancia de que durante la investigación penal preparatoria rija el principio de desformalización no quita que sea necesario regular determinadas formas, aunque más no sean genéricas, para documentar los actos producidos durante la investigación.

Así, el Código Procesal en su artículo 56 fija como regla general que, cuando un funcionario público que interviene en el proceso deba dar fe de los actos allí realizados, deberá o bien labrar un acta bajo ciertos recaudos o, caso contrario, documentarlo mediante grabaciones de imagen y/o sonido. Resulta relevante destacar que la imagen o sonido no quita la necesidad de que exista un acta que dé cuenta del acto

realizado, conforme los parámetros establecidos como contenidos y formalidades de las actas, esto es: lugar, fecha, nombre, indicación de las personas que lo realizan. Más aún, resulta relevante que a pesar de la existencia del acta hoy en día, donde cualquier dispositivo móvil permite tener imagen y sonido, en aquellos actos que sean de suma importancia como el secuestro de determinadas evidencias, las fuerzas de seguridad registren toda la actividad, a los efectos de darle mayor respaldo y credibilidad a las evidencias obtenidas.

Si bien la norma está referida principalmente a los actos de investigación realizados por funcionarios de la policía o fuerzas de seguridad, también regula la actividad judicial propiamente dicha para aquellos actos que sean realizados en sede judicial, ya sea que fuera labrada por un/a funcionario/a del MPF como un acto de investigación o de producción probatoria, o bien sea un acto realizado por el juez al momento de celebrar o llevar a cabo una audiencia, y entonces lo documentará un/a funcionario/a del juzgado. La diferencia entre uno y otro caso radica en que, solo cuando la actividad es realizada como un medio de investigación por parte de las fuerzas policiales o fuerzas de seguridad, se deberá labrar en presencia de dos testigos que no pertenezcan a la repartición.

Sin embargo, siguiendo la lógica de la desformalización que rige en la investigación (art. 101 CPPCABA) el ordenamiento procesal establece excepciones al principio de la exigencia de contar con dos testigos para el labrado del acta. Si no resulta posible contar con dos testigos que no pertenezcan a la repartición, o bien no se pueda realizar el acta en el momento en el que se lleva a cabo, esta circunstancia deberá ser sopesada al momento de evaluar la prueba por el órgano jurisdiccional a través de las reglas de la sana critica racional.

Es decir, se evita fulminar con una sanción de nulidad dichas actuaciones, y será el juez quien decida sobre el peso de esa evidencia para aplicar una medida cautelar o en la instancia del juicio. Debemos tener presente que el concepto de prueba en el presente ordenamiento procesal radica en aquella información que, a través de la oralidad y el contradictorio, permite acreditar un hecho. En consonancia con ello, el acta permitirá documentar hechos, mas su acreditación exigirá que un testigo pueda dar fe de lo allí plasmado.

Formalidades de las actas. Cadena de custodia

El Código regula de manera expresa en el artículo 57 cuáles son los requisitos formales mínimos para que, en principio, el acta no pierda validez. Estos requisitos están centrados en las condiciones de tiempo y lugar (inc. 1), la identificación de los intervinientes (inc. 2), las diligencias realizadas y sus resultados (inc. 3), las manifestaciones realizadas por las personas que se encontraban en el lugar (inc. 4) y la rúbrica de todos los participantes (inc. 5).

También establece la obligación de los funcionarios intervinientes de asentar toda manifestación que se realice en el acto, sin distinguir si se trata de expresiones de los testigos o imputados. En este último caso será preciso tener presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Cabral"[25] y "García D'Auro",[26] en cuanto a la validez de las manifestaciones de un imputado al momento de su detención, siempre que no se acredite que ha habido coacción o violencia sobre este. En ese sentido, si un imputado al momento de la detención realiza algún tipo de expresión, esta deberá documentarse, sin perjuicio de hacerle saber sus derechos y la posibilidad de contar con un asesoramiento legal, siendo que esas expresiones serán válidas en el proceso siempre que no se acredite que son el resultado de apremios ilegales o torturas.

El acta puede contener actos simples de la instrucción, como así también actos definitivos e irreproducibles. Precisamente por este último supuesto, el ordenamiento procesal regula la importancia de la cadena de custodia y preservación de los registros de audio y/o video que pudieran realizarse. Así prohíbe toda forma de edición, tratamiento o modificación de los registros, dejando a salvo que, cuando se utilice un registro de imagen o sonido se debe reservar el original en condiciones que aseguren su inviolabilidad hasta el debate. Las circunstancias apuntadas dan cuenta de la importancia de mantener la cadena de custodia sobre aquellos actos procesales donde se pudo haber secuestrado algún documento o prueba material.

25. CSJN, Fallos: 315:2505, "Cabral, Agustín s/ contrabando", 14/10/1992.

26. CSJN, Fallos: 318:1476, "García D' Auro, Ramiro Eduardo y otros s/ robo de automotor en poblado y en banda", 10/08/1995.

La preocupación del legislador por prohibir de manera expresa toda forma de edición, tratamiento o modificación de los registros da cuenta de la importancia de preservar la prueba material secuestrada a través de un acta judicial. Debemos tener presente que será luego, en el juicio oral, donde se debatirá sobre la valoración de la prueba secuestrada. Es allí donde se discutirá lo que en el derecho anglosajón se denomina "credenciales de la prueba", esto es, hechos favorables o desfavorables que den soporte a la autenticidad, objetividad y confiabilidad de la prueba.[27]

Actos defectuosos. Efectos

La omisión de las formalidades establecidas en la ley provoca que al acto realizado se lo considere como un acto defectuoso. Siguiendo la teoría de las formas procesales, no todo acto defectuoso trae como consecuencia la invalidez de su contenido. El legislador, siguiendo esta línea, establece que solamente se considerará inadmisible la información que se obtuvo a través del acto procesal defectuoso cuando su contenido no pueda ser suplido con certeza sobre la base de otros elementos probatorios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en reiterados fallos, ha establecido que en materia de nulidades procesales debe primar un criterio de interpretación restrictivo y solo cabe anular las actuaciones cuando el vicio cause un perjuicio irreparable. En esa línea, en el precedente "González",[28] del 9 de abril de 2019, la Corte ha sostenido que la ausencia de testigos de actuación no necesariamente trae aparejada la violación concreta de alguna garantía constitucional. En el citado precedente se sostuvo lo siguiente:

> No aprecio que, en principio, la ausencia de testigos de actuación al tiempo de confeccionarse el acta de procedimiento tachada de inválida haya importado la violación concreta de alguna garantía constitucional atinente a los sujetos involucrados, pues la función primordial que poseen las nulidades en el proceso es privar a un acto de eficacia como consecuencia de

27. Anderson, Terence; Schum, David; Twining, William, *Análisis de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 93 y ss.

28. CSJN, Fallos: 342:624, "González", 09/04/2019.

> un vicio que lo desnaturaliza. Pero la invalidez absoluta de ese acto solo puede encontrar motivo en defectos sustanciales, y no en vicios meramente formales [...] bajo tales premisas, y siendo entonces que no se encuentra discutida en la causa, la fidelidad de la información que emana del acta declarada nula, deben prevalecer, sobre todo, los principios generales de conservación y trascendencia que, frente a meros pruritos formales, rigen en materia de nulidades en respeto del debido proceso.[29]

Las formas de los actos procesales cumplen dos funciones. Funciones positivas en el sentido de darle cierta solemnidad a los actos relevantes del proceso, toda vez que estamos intentando resolver un conflicto que ha sido institucionalizado o formalizado. Funciones negativas, en el sentido de exigencias de los actos tendientes a brindar legitimidad al accionar de las autoridades del Estado. Por ello, como dijéramos, cuando se afecta una forma procesal, lo que tenemos que verificar es si ese acto defectuoso ha generado efectivamente una afectación a algún valor resguardado y/o le ha quitado legitimidad. Solo cuando el acto procesal esté afectando una garantía constitucional corresponderá entonces, la invalidez del acto procesal.

29. Del dictamen del Procurador General interino al que el voto mayoritario de la CSJN adhirió.

Capítulo 5
Notificaciones, citaciones, emplazamientos y préstamos

Artículo 60. Notificaciones, citaciones y emplazamientos*

Las citaciones, notificaciones y emplazamientos se harán personalmente, por cédula, telegrama con aviso de entrega, carta certificada o documento, a través de citación policial o por cualquier otro medio fehaciente y deberán contener:

1. **El nombre y apellido de la persona a notificar y su domicilio con indicación del carácter de este.**
2. **La designación del Tribunal y/o Fiscalía que entiende en el caso.**
3. **El delito que motiva el proceso.**
4. **La transcripción del encabezamiento y parte dispositiva de la resolución que se notifica.**
5. **La fecha en que se expide y la firma material o digital del/la Secretario/a.**

Las notificaciones hechas en el domicilio o dirección electrónica constituidos serán válidas a todos los efectos previstos en este Código.

Artículo 61. Personas habilitadas

Las notificaciones las practicarán el/la Secretario/a o el/la empleado/a del Tribunal o de la Fiscalía que corresponda o se designe especialmente. Cuando la persona que se deba notificar se encuentre fuera de la sede del tribunal o de la fiscalía, la notificación se practicará por intermedio de la autoridad correspondiente o por el medio electrónico constituido u oficial.

Artículo 62. Domicilio legal

Al comparecer en el proceso las partes deberán constituir domicilio en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con el fin de recibir notificaciones y copias, podrán brindar una dirección de correo electrónico u otro medio de similar eficacia.

---

* Comentario sobre los artículos 60 a 76 por Giorgina Dutto, Daniel Fariña y Sandra Fligeltaub.

Artículo 63. Lugar del acto

Los/as Fiscales y Defensores Públicos serán notificados por el medio electrónico oficial o por diligencia en sus respectivas oficinas; las otras partes, en el medio electrónico informado o en la Secretaria de la Fiscalía o del Tribunal o en el domicilio legal. Las personas que no tengan domicilio constituido serán notificadas en su domicilio real, residencia o lugar donde se hallaren.

Artículo 64. Notificación personal

Cuando la notificación se haga personalmente en la Secretaría o en el despacho del/la Fiscal o de/la Defensor/a Público/a se dejará constancia escrita, con indicación de la fecha, firmando el encargado de la diligencia y el notificado quien podrá obtener copia de la resolución.

Si este no quisiere o no pudiere firmar, lo harán dos (2) testigos requeridos al efecto, no pudiendo servirse para ello de los dependientes de la oficina o se filmará la diligencia y se reservará el archivo pertinente.

Artículo 65. Entrega de copia

La notificación se efectuará entregando una copia de la resolución, de lo que se dejará constancia.

La notificación y la entrega de copia podrán efectuarse por los medios técnicos que permitan garantizar la autenticidad y la recepción por el destinatario.

En caso de disconformidad entre la copia entregada y la recibida, hará fe respecto de cada interesado/a la copia por él recibida, en lo referente a los derechos de impugnación.

Artículo 66. Notificación en domicilio. Entrega de la cédula al interesado/a

Si la notificación se hiciere por cédula, el/la funcionario/a o empleado/a encargado/a de practicarla deberá dejar al interesado/a copia de la cédula haciendo constar con su firma, el día y la hora de la entrega. El original se agregará a las actuaciones con nota de lo actuado, lugar, día y hora de la diligencia, suscripta por el/la notificador/a y el/la interesado/a, salvo que este se negare o no pudiere firmar, de lo cual debe dejarse constancia.

Artículo 67. Entrega de la cédula a personas distintas

Cuando el/la notificador/a no encuentre a la persona a quien va a notificar, deberá entregar la cédula a otra persona, mayor de dieciocho (18) años, de la casa, departamento u oficina, o al/la encargado/a del edificio, y proceder en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarla, deberá fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares, con la presencia de dos (2) testigos que firmarán el original.

Artículo 68. Notificación por medios electrónicos

Cuando la notificación se haga por medios electrónicos, el/la Secretario/a o la persona autorizada dejará una constancia que permita identificar el modo en que se hizo, la fecha y la dirección a la que fue dirigida y agregar a las actuaciones una copia de la constancia electrónica.

Artículo 69. Notificación por edictos

Cuando se ignore el lugar donde reside la persona que deba ser notificada, la resolución se hará saber por edictos que se publican durante cinco (5) días en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio de las medidas convenientes para averiguarlo.

Los edictos deberán contener, según el caso:

1. **La designación del Tribunal y/o Fiscalía que entendiere en el caso.**
2. **El nombre y apellido del destinatario de la notificación.**
3. **El delito que motiva el proceso.**
4. **La transcripción del encabezamiento y parte dispositiva de la resolución que se notifica.**
5. **En su caso, el término dentro del cual debe presentarse el/la citado/a.**
6. **La fecha en que se expide el edicto y la firma del/la Secretario/a.**

Un ejemplar del número del Boletín Oficial en que se publicó se agregará a las actuaciones o se registrará la referencia en el sistema de gestión electrónico.

Artículo 70. Nulidad de la notificación

Será nula la notificación que se hiciera en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores, siempre que la irregularidad sea grave e impida al/la interesado/a cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica.

Cuando de las constancias reunidas resulte que la parte ha tenido conocimiento de la resolución, la notificación surtirá sus efectos desde entonces.

Artículo 71. Apercibimiento

Los testigos, peritos, intérpretes y depositarios serán citados bajo apercibimiento de ser conducidos por la fuerza pública en caso de incomparecencia injustificada. El apercibimiento se hará efectivo en forma inmediata. La incomparecencia injustificada hará incurrir al citado en las costas que causare, sin perjuicio de la responsabilidad penal que correspondiere.

Artículo 72. Vistas

Las vistas solo se ordenarán cuando la ley lo disponga y serán comunicadas del mismo modo que las notificaciones. Las vistas se correrán entregando al interesado que lo solicite, bajo recibo, las actuaciones sobre las que se ordenen o sus copias.

El secretario/a o empleado/a autorizada/a dejará constancia de la fecha del acto.

Toda vista que no tenga término fijado se considerará otorgada por tres (3) días.

Artículo 73. Falta de devolución de las actuaciones

Cuando se hubieran entregado, por cualquier motivo, actuaciones materiales, vencido el término por el cual se corrió la vista sin que las actuaciones hayan sido devueltas, el/la Juez/a que la dispuso, de oficio o a pedido del/la Fiscal que la otorgara, librará orden inmediata al oficial de justicia para que las requiera o se incaute de ellas, autorizándolo a allanar el domicilio y hacer uso de la fuerza pública.

Si la ejecución de la orden sufriera entorpecimiento por culpa del requerido, se le impondrá una multa de hasta el diez por ciento (10%)

del sueldo de un/a Juez/a de primera instancia, sin perjuicio de la formación de causa que corresponda.

Notificaciones, citaciones y emplazamientos

Las notificaciones representan los actos formales destinados a comunicar las decisiones de los magistrados a las partes del proceso, como así también a las instituciones, personas físicas o jurídicas de las que se requiera una especial participación para obtener elementos y/o participaciones de interés.

Estos actos resultan trascendentales para el impulso del proceso penal y pretenden garantizar el cabal conocimiento de las partes del estado del caso que los involucra, lo que hace al derecho de defensa y debido proceso, en consonancia con los principios consagrados en el artículo 3, CPPCABA.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en reiteradas oportunidades que la adecuada notificación de las distintas etapas fundamentales del juicio tiene por objeto proporcionar a los litigantes la oportunidad de ejercer sus defensas con la amplitud que exige la garantía del debido proceso y plantear las cuestiones que crean conducentes para la correcta solución del litigio.[1]

Si bien la norma exhibe un catálogo de medios de notificación formales (cédula, telegrama con aviso de entrega, carta certificada o documento, citación policial), acto seguido regula canales más flexibles (cualquier otro medio fehaciente), lo que sintoniza con los principios de simplicidad, celeridad y desformalización vigentes en el sistema local. En este último supuesto lo que se exige es la verificación del cabal conocimiento del interesado y/o requerido.

El acto de notificación debe contener una serie de requisitos formales, destinados a identificar y ubicar a la persona que se pretende notificar, detallar el órgano judicial que entiende en el caso y requirió la diligencia, asentar el delito que resulta objeto del proceso, dar a conocer la parte pertinente de la decisión que se pretende notificar y brindar autenticidad mediante la fecha y firma del/de la secretario/a.

1. CSJN, Fallos: 313:848; 319:741; 327:3723; 336:634; 339:1436 y sus citas; y 341:413.

Las citaciones tienen por finalidad la comparecencia de un imputado, testigo, perito, intérprete o garante a actos procesales en los que deben formar parte. La importancia de la participación de alguno de los sujetos motiva que las citaciones se cursen bajo apercibimiento de disponer el comparendo por la fuerza pública. A modo de ejemplo, los testigos tienen la carga pública de comparecer al proceso. No obstante, en la práctica existen casos donde se emplean medios informales para lograr la comparecencia de las personas que deben participar de un acto procesal, lo que se relaciona con el principio de desformalización. Por lo tanto, el emplazamiento con advertencia de traslados forzosos por incumplimiento suele tener lugar cuando el requerido no actuó conforme le fuera inicialmente requerido.

Finalmente, se regula la posibilidad de cursar notificaciones a un domicilio o dirección electrónica constituidos en el proceso, variante sobre la que se ahondará más adelante.

Personas habilitadas para realizar notificaciones

Si bien las notificaciones se encuentran a cargo de los/las secretarios/as del juzgado o la fiscalía, estas pueden ser delegadas a funcionarios y/o empleados que especialmente se designen. Las notificaciones que deban cursarse fuera de juzgado o fiscalía se practican por intermedio de los oficiales notificadores designados por la autoridad competente.

El fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas cuenta con el Departamento de Mandamientos y Notificaciones de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que centraliza las órdenes judiciales que emiten los magistrados, integrantes del Ministerio Público, funcionarios de la justicia local y todas aquellas que disponga el Consejo de la Magistratura. La actividad de esa dependencia se encuentra regulada por la Resolución CMCABA N° 152/1999, modificada por Resolución N° 634/2006.

También puede requerirse la colaboración de fuerzas policiales del territorio porteño o provincial, pero en este último caso la facultad de delegar diligencias rige siempre que no se traten de medidas de coerción o actos que deban ser materializados mediante el libramiento de exhorto.

Notificación a domicilio legal y electrónico. Variantes

La ley adjetiva establece el deber de constituir domicilio en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta obligación se dirige especialmente a aquellas partes que no integran los Ministerios Públicos. A tales domicilios se practicarán las notificaciones pertinentes a los sujetos del proceso.

En ese sentido, se otorga la posibilidad de que las partes brinden una dirección de correo electrónico u otro medio de similar eficacia a los fines de las notificaciones.

Sobre la utilización de medios digitales, se ha declarado la invalidez de la notificación cursada al correo electrónico aportado por la querella, cuando esta parte constituyó un domicilio procesal físico y solo aportó la casilla electrónica en el escrito, sin haber específicamente escogido este último medio para la recepción de notificaciones.[2]

Contrariamente, se ha rechazado la nulidad de la notificación en un caso donde se envió al correo electrónico aportado por la defensa, cuando se constató que esta parte había tomado conocimiento de anteriores decisiones y en razón de que siempre había sido el método de comunicación con el Ministerio Público Fiscal.[3]

Actualmente es válida la notificación cursada a un domicilio o dirección electrónica debidamente constituidos en una causa. En este sentido, entendemos que el empleo de canales digitales para la notificación de actos procesales se corresponde con la idea de un proceso desprovisto de aspectos rituales y formales que puedan ir en contra de la celeridad del proceso.

El fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas tramita procesos íntegros de manera digital. Esta modalidad se vincula con el proceso de despapelización de la actividad judicial, que implica reemplazar las tradicionales causas en papel por sistemas informáticos que permiten la compulsa y trámite de los procedimientos. Este nuevo paradigma tiende a simplificar el acceso de las partes a las actuaciones –digitales– que integran un expediente, sin la obligación de presentar-

2. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos S., H. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", causa N° 19918/2018-1, 26/10/2018.

3. Ibídem, Sala I, "NN s/ art. 128, CP", causa N° 4720/2019-1, 24/11/2020.

se personalmente en sedes jurisdiccionales para conocer el estado del proceso, reduce costos para todos los operadores judiciales y brinda transparencia de los registros que se asientan en los sistemas.

Si bien el trámite electrónico de causas y teletrabajo eran mecanismos que se venían evaluando hace tiempo para la actividad judicial del fuero porteño, su implementación se apresuró y afianzó en los primeros tiempos de pandemia, donde la emergencia sanitaria, disposiciones de aislamiento y distanciamiento social hicieron que resultara indispensable la utilización de herramientas tecnológicas de trabajo y comunicación para garantizar la continuación de actividad judicial y, así, velar por respuestas eficientes de justicia a los ciudadanos.

En este orden, las Resoluciones CMCABA N° 42/2017, 19/2019, 359/2020 brindaron la regulación necesaria para el trámite digital de los procesos de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, además, establecieron la obligatoriedad del Sistema Expediente Judicial Electrónico (EJE). En ese marco, las partes deben registrar un domicilio electrónico a los efectos de las notificaciones mediante esa plataforma digital. El anexo I de la Resolución Nº 19/2019, en su capítulo IV, impone la utilización del Portal del Litigante para todos/as los/las abogados/as que tramiten causas ante los juzgados de primera y segunda instancia. Esta herramienta no solo permite el ingreso de escritos digitales al sistema informático del fuero local sino que, además, habilita los canales de comunicación electrónicos. Por lo demás, dicho medio permite la visualización de las actuaciones digitales, previa habilitación por la judicatura interviniente a quien resulte parte del proceso.

Lugar de la notificación

Se entiende que los magistrados del Ministerio Público tienen su domicilio procesal en las oficinas donde ejercen sus funciones, de modo que allí deben cursarse sus notificaciones personales.

El resto de las partes tienen que ser notificadas en el domicilio que constituyan a los fines del proceso, personalmente en la secretaría del órgano judicial interviniente o en el domicilio legal, este último entendido como el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra,

que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 90, CCyC).

Aquellas personas que no constituyeron ningún tipo de domicilio en el proceso deben ser notificadas a su domicilio real, considerado como su vivienda, o incluso en lugares donde se presume que puede ser habido. Se vincula el domicilio real con el lugar de su residencia habitual (art. 89, CCyC).

Notificación personal

Esta modalidad tiene lugar en la sede de los órganos jurisdiccionales y se caracteriza por la notificación escrita, presencial y particular de un acto al interesado. Se labra una constancia en el expediente donde se asienta la fecha en que la notificación tuvo lugar, en la que deben obrar las firmas del interesado y del funcionario que da fe de lo actuado. En ese momento, el notificado podrá hacerse de una copia de la decisión.

Si el notificado se negare o no pudiese firmar, se debe requerir la colaboración de dos testigos, ajenos al órgano judicial involucrado, para que den cuenta del acto. Otra opción es la filmación de la diligencia y su resguardo en los registros de la dependencia involucrada.

Entrega de copia de la notificación

El oficial notificador debe hacer entrega de copia certificada de la decisión que se comunica al interesado, lo que acredita su fehaciente notificación. Ese acto público, en torno a los actos cumplidos por el oficial público, hace plena fe.

Por lo tanto, la notificación surte los efectos legales cuando el notificador expresa que el sujeto pasivo de ella la recibió, o cuando se entregue copia de la resolución a la persona que debe ser notificada.[4] Ante controversia entre la copia entregada y la que obra en el expediente, prevalece la que fuera extendida al interesado.

4. Alvaro, Claudia, "Comentario a los artículos 50 a 70", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Anàlisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. 1, p. 199.

Actualmente, la notificación y la entrega de copia pueden realizarse a partir de los canales electrónicos oficialmente regulados para la actividad judicial del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, cuyos sistemas brindan las herramientas y registros digitales suficientes para garantizar la autenticidad del envío y la recepción de la notificación cursada al destinatario.

Notificación en domicilio. Entrega de la cédula al/la interesado/a

Cuando la notificación se curse al domicilio del interesado, el funcionario u oficial notificador a cargo de la diligencia deberá cumplir con una serie de requisitos que hacen a la validez del acto. Se debe entregar al interesado una copia de la cédula, firmada y con constancia del día y hora de entrega. El original se agrega al expediente, con constancia de lo actuado, en cuanto a fecha y horario de la notificación. Las piezas deben contener la firma del notificador e interesado, de modo que, si este último no prestare voluntad o no pudiese firmar, se deberá dejar constancia de esas circunstancias.

Los datos volcados por el notificador se tienen por verdaderos y hacen plena fe en tanto no sean argüidos de falsedad. Desde la doctrina se ha dicho que la redargución o querella de falsedad es el acto tendiente a obtener la declaración de invalidez de un documento público, que puede consistir, entre otras, en la inexactitud de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia.[5]

Entrega de la cédula a personas distintas

Si en el marco de la diligencia de notificación no es habida la persona requerida, se debe entregar la cédula a quien se encuentre en el domicilio. La norma establece que pueden recibir la pieza aquellas personas mayores de dieciocho años que se encuentren en el inmueble

5. Palacio, Lino, *Manual de Derecho Procesal* Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 20ª ed., 2011, pp. 366-367.

o el/la encargado/a del edificio. En tales casos se debe cumplir con las exigencias del procedimiento de notificación al interesado.

Si la cédula no pudiese ser entregada a persona alguna, tendrá que fijarse en la puerta del inmueble o la de acceso al edificio, en presencia de dos testigos. La ausencia de estos recaudos torna inválida la notificación.

La Resolución CMCABA N° 152/1999 aprobó el Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuyo Título II se establece el modo de funcionamiento del Departamento Mandamientos y Notificaciones. Ese apartado fue modificado por la Resolución CMCABA N° 634/2006, cuyo artículo 2.19 dispone que

> El Oficial de Justicia o el Oficial Notificador, cuando se trate de diligencias a realizarse en un domicilio constituido, o 'bajo responsabilidad de la parte actora', deberá entregar el documento al requerido o en su defecto, a otra persona de la casa, departamento, oficina o al encargado. Si no pudiere entregarla o no quisieran recibírsela deberá dejar constancia en el acta de diligenciamiento y fijarla en la puerta de entrada a la casa, oficina o unidad funcional. Si no pudiera acceder a la Oficina o Unidad Funcional, hará lo propio en la puerta de entrada al edificio u otro lugar visible, de lo cual también dejará constancia.

En cuanto a la exigencia de testigos para la fijación de la cédula, existe jurisprudencia que ha nulificado la notificación que obvió de tal recaudo, por cuanto impedía corroborar el efectivo conocimiento del interesado respecto del acto que se le pretendía comunicar.[6]

Constancia de las notificaciones por medios electrónicos

El Código de rito exige la constancia que acredite la modalidad, fecha y canal por la que se cursa una notificación electrónica.

Sin embargo, actualmente esa práctica puede ser reemplazada por las herramientas que brinda el sistema informático instaurado

6. CAPPJCyF, Sala I, "Rodríguez, Aníbal Fabián y otros –INDUGRAF- s/ infracción art. 181 inc. 1 CP", causa N° 43392-00-CC/2008, 28/04/2010; "Farías, Carlos Leonardo s/ infr. art. 150 CP violación de domicilio", causa N° 27373-00/10, 27/09/2010; "Ortuondo, Antonio Ignacio", causa N° 18676/12, 01/11/2013.

para la tramitación de causas de manera digital en la Ciudad de Buenos Aires, que otorgan registros de fecha, hora y destino de las notificaciones electrónicas cursadas a los domicilios electrónicos de los sujetos que participan en el proceso.

Como se ha marcado anteriormente, las Resoluciones CMCABA N° 42/2017, 19/2019, 359/2020 establecieron el uso obligatorio del Sistema de Gestión Expediente Judicial Electrónico (EJE) y el deber de las partes del proceso de contar con un domicilio electrónico a los efectos de las notificaciones digitales. Por demás, el anexo I de la Resolución CMCABA N° 19/2019, en su capítulo IV, impuso a los/las abogados/as particulares la obligación de utilizar el Portal del Litigante para interactuar en el sistema informático del fuero porteño. En efecto, estas utilidades otorgan las herramientas necesarias para que todas las partes involucradas en un proceso puedan constatar fehacientemente la fecha y hora y demás datos de interés de una notificación electrónica.

El Sistema Expediente Judicial Electrónico (EJE) garantiza la autenticidad del envío y recepción de las notificaciones cursadas a los domicilios electrónicos de las partes y, además, registra la fecha y hora de las cédulas digitales, siendo esta una herramienta que reemplaza la antigua constancia que los funcionarios judiciales debían confeccionar al librar una cédula.

Notificación por edictos

El libramiento de edictos se instituyó para aquellos casos donde se desconoce el lugar donde reside la persona a la que se pretende notificar.

El artículo 69 establece la información sustancial que debe contener el edicto. Tiene que detallarse el órgano judicial interviniente, los datos nominativos del requerido, el delito investigado, la transcripción del encabezamiento y dispositivo de la resolución, el plazo del emplazamiento y la fecha de emisión del edicto, con la rúbrica del funcionario interviniente.

La ley regula la publicación de los edictos por cinco días en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, actualmente hay órganos judiciales que se valen del avance de la tecnología y de los medios de comunicación para tales fines. En este sentido, desde el fue-

ro local se ha dispuesto la publicación de edictos en las redes sociales para poner a derecho a un imputado, bajo apercibimiento de revocar la suspensión del proceso a prueba que le fuera otorgada.[7]

La jurisprudencia nacional ha entendido que la publicación de edictos es un requisito esencial para dar con el encausado no habido, previo a adoptar cualquier temperamento coercitivo. En este sentido, se anuló la resolución de cámara que confirmó un auto de rebeldía y la orden de detención en tanto que, entre las medidas cuestionadas, se había obviado la citación por cinco días en el Boletín Oficial.[8] En similar sentido, la jurisprudencia local ha criticado la adopción de medidas de coerción cuando existen otros medios para dar con el paradero del imputado, postulándose el libramiento de edictos.[9]

Así, se sostuvo que la publicación de edictos es una medida alternativa para notificar al imputado a comparecer al proceso.[10] Por demás, se ha asimilado la publicación de edictos realizada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires al requisito de notificación del llamado a audiencia de intimación de los hechos del artículo 67, CP, que se contempla para el cómputo de la prescripción de la acción.[11]

Sin perjuicio de estas posiciones jurisprudenciales, entendemos que la publicación de edictos no brinda respuestas concretas y eficaces para ubicar al imputado o garantizar su debida notificación de la existencia del proceso en su contra, sino que representa un acto abstracto y ficto que se sustenta en rigorismos formales instaurados para habilitar la adopción de medidas de coerción.

No debe soslayarse que la difusión de ese acto tiene lugar en el Boletín Oficial, que resulta un medio de consulta poco habitual para los ciudadanos. Este obstáculo tampoco puede darse por sorteado en los casos de publicaciones por redes sociales, pues no todas las personas tienen alcance a esos medios.

7. JPCyF N° 13, "M., G. J. s/ 149 bis, CP", causa N° 166548/2021-0, 10/11/2021.

8. CNCP, Sala IV, causa N° 12909, 13/12/2010.

9. CAPPJCyF, "Incidente de Apelación en autos 'R., M. s/ art. 1 Ley 13.944'", causa N° 7519-01-00/14, 29/04/2016.

10. Ibídem, Sala III, causa N° 8567-01/CC/06, 01/12/2006; "M. P., J. E. s/ art. 149 bis CP", causa N° 10757-00-00/16, 07/02/2017, voto del Dr. Franza.

11. Ibìdem, Sala III, "Incidente de prescripción en autos F. D., G. A. s/ art. 149 bis, CP", causa N° 1101-01-00/15, 27/05/2016.

Por tales motivos, y en razón de la vasta cantidad de recursos con los que cuenta el Estado para ubicar a los ciudadanos, entendemos que no puede tenerse por configurada la notificación de una persona solamente a partir del libramiento de edictos y, mucho menos, adoptar medidas de coerción bajo ese criterio. Desde otra óptica, la obligatoriedad de tales medidas para el avance del proceso representa un extremo rigorismo formal, máxime si se repara en que los/las magistrados/as cuentan con otra serie de mecanismos para encontrar a un imputado, como ser la obtención de informes de telefonía celular o de otros organismos oficiales,[12] alternativas que bien pueden posibilitar la prosecución de las actuaciones.

Nulidad de la notificación

El artículo 70 del CPPCABA contiene los requisitos que debe contener una notificación, de modo que el apartamiento de tales preceptos acarrea la invalidez del acto.

Binder sintetiza el concepto de nulidad como la "pérdida de los efectos propios de un acto procesal por su realización defectuosa, es decir, violando las prescripciones legales que regulan su forma de producción".[13] En cuanto al desarrollo de las nulidades procesales véase el comentario del capítulo 7 de este mismo título.

En materia de notificaciones, el acto que implica un vicio en la forma y, además, genera un agravio para el ejercicio de los derechos del interesado, es pasible de nulidad.

Se ha declarado la nulidad de las notificaciones en las que se fijó la cédula a la puerta de acceso al inmueble sin la presencia de dos testigos, al verificar el efectivo agravio hacia el interesado.[14]

En sentido opuesto, si pese a la irregularidad, el interesado toma conocimiento y/o cumple con los actos procesales relacionados con la notificación defectuosa, no procede su nulidad. La exigencia de

12. Ibídem, Sala III, "G., G. D. s/ art. 149 bis, CP", 05/09/2018, voto de la Dra. De Langhe.

13. Binder, Alberto, *El incumplimiento de las formas procesales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 108.

14. CAPPJCyF, Sala I, "Rodríguez, Aníbal Fabián", cit.

un agravio concreto para la declaración de invalidez se vincula con el principio de conservación y trascendencia de los actos.

En definitiva, en los supuestos donde finalmente se materializa el acto comunicado, el quebrantamiento de las formas no afecta un principio de protección judicial del interesado que amerite una nulidad, en tanto no se verifica el perjuicio de la fallida notificación.

Para el dictado de la sanción de nulidad, la violación de las formalidades debe estar acompañada de un perjuicio real y concreto para alguna de las partes. En este sentido, se ha rechazado la nulidad de la notificación en un caso donde el interesado tomó conocimiento de la decisión que le fue cursada, pese a los defectos formales del acto empleado.[15]

En materia de notificaciones electrónicas, se rechazó el planteo de nulidad contra la notificación del análisis técnico de dispositivos incautados que la fiscalía cursó al correo electrónico aportado por la defensa, bajo el fundamento de que esa casilla fue brindada por esa parte y, además, que ese fue siempre el método empleado para comunicarse con el Ministerio Público Fiscal, y viceversa.[16]

Finalmente, si de las actuaciones de la causa se desprende que la parte se notificó de la decisión, sus efectos se producirán desde ese momento.

Apercibimiento de la citación

La importancia de la participación de testigos, peritos, intérpretes y depositarios en determinadas instancias del proceso se refleja en la habilitación de la normativa procesal para cursarles apercibimientos de traslado por la fuerza pública al acto que deben participar, para el caso de incomparecencia injustificada.

El traslado por la fuerza pública implica un acto de coerción estatal, de modo que su aplicación debe encontrarse debidamente justificada y procede cuando se han agotado las instancias para lograr la convocatoria de la persona requerida, la que, además, debe haber evadido una orden de la que se ha notificado.

15. Ibídem, Sala I, "Ortuondo, Antonio Ignacio", causa N° 18676/12, 16/09/2015.
16. Ibìdem, Sala I, "NN s/ art. 128, CP", causa N° 4720/2019-1, 24/11/2020.

En este sentido, el apercibimiento debe integrar el acto de comunicación (cédula, telegrama, etc.) de un modo claro y que brinde la posibilidad de que la persona a la que se dirige tome cabal conocimiento de su trascendencia y consecuencias normativas. A modo de ejemplo, en la práctica usualmente se transcribe la normativa de interés y que facilite la comprensión del emplazamiento.

Sin perjuicio de que la Ley N° 1903 –Orgánica del Ministerio Público– faculta a los/las fiscales a ejercer todas las acciones y recursos necesarios para el cumplimiento de los cometidos que fijasen las leyes, en razón de la naturaleza coercitiva de la medida, entendemos que el empleo de la fuerza pública debe ser dispuesta por los/las jueces/zas, en condición de imparciales, puestos a analizar las constancias del expediente y que se hubiesen agotado las diligencias previas para lograr la comparecencia de los/las requeridos/as.

El incumplimiento injustificado a los actos del proceso repercute en la carga de las costas para quien no procedió conforme derecho. Además, la voluntad del requerido de frustrar el acontecimiento podría constituir el delito de desobediencia previsto en el artículo 239, CP.

Vistas

La vista del artículo 72 del CPPCABA procura el conocimiento de actuaciones a una o más partes, a fin de que brinden sus opiniones sobre cuestiones fácticas y/o jurídicas del proceso, sobre las cuales finalmente deberá resolver el/la magistrado/a.

Se ha diferenciado la vista del traslado, en el entendimiento de que este último representa la providencia por la cual el órgano jurisdiccional dispone poner en conocimiento de una de las partes la petición formulada por otra, en general el adversario.[17]

Las vistas y traslados permiten que las partes cuenten con la posibilidad de conocer, formar sus hipótesis o estrategias del caso y emitir sus opiniones respecto de planteos procesales, ofrecimientos probatorios y cuestiones vinculadas con la definición de la situación procesal de los/las imputados/as.

17. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 5ª ed., 2013, T. 1, p. 618.

En el CPPCABA estos supuestos legales se configuran en las excepciones (art. 209), análisis del cumplimiento o no de la suspensión del proceso a prueba (art. 218, último párr.), requerimiento de elevación a juicio (art. 222), recursos de reposición e inaplicabilidad de ley (arts. 290, 307), cómputos de pena (art. 323), libertad condicional (art. 338).

Sin perjuicio de ello, los/las magistrados/as pueden emplear las vistas para sustanciar otros asuntos que se presenten en el expediente, en caso de considerarlo conducente para adoptar una determinada decisión.

En particular, entendemos que las vistas deben emplearse solo en los supuestos de ley, dado que el sistema instaurado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiende a reducir las sucesivas vistas, siendo que, en definitiva, las decisiones jurisdiccionales deben adoptarse en los actos y audiencias contemplados en el CPPCABA, priorizándose la resolución oral.

Véase que el sistema acusatorio y adversarial extiende la oralidad a todo el proceso, llevado a cabo en audiencias en que las partes deben plantear sus posiciones y argumentos y el juez resolver oralmente sin intervalo de tiempo alguno.[18] Por lo tanto, las idas y vueltas de vistas van en desmedro de los principios procesales del régimen local de oralidad, concentración, inmediación, simplicidad y celeridad.

En razón de tales premisas es que el Código de rito local permite la realización de audiencias multipropósito, donde se agrupan diversos planteos de las partes, a los que los/las magistrados/as brindarán respuesta en un mismo acto. En este sentido, el CPPCABA dispone la concentración de actos procesales (art. 47) y postula que los planteos de nulidad y excepciones deben ser tratados y resueltos en las audiencias de medidas cautelares (arts. 185, 190, 199), mientras que aquellos formulados luego de tales actos se tienen que sustanciar en la audiencia de admisibilidad de prueba (art. 223).

En cuanto a los medios para materializar las vistas, puede emplearse cualquiera de los regulados en el CPPCABA para las notificaciones, con la exigencia de dejar debida constancia del método empleado y las actuaciones involucradas, lo que queda a cargo de los/

18. Rua, Gonzalo, "Primer Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Reformulando paradigmas del proceso penal", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 9, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 9.

las secretarias y/o funcionarios de los órganos judiciales, con asiento de la fecha y el lugar.

Finalmente, la norma fija el plazo de la vista en tres días, lo que no obsta a la posibilidad de otorgar un plazo mayor, para el caso que se entienda necesario. Para el traslado en los términos del artículo 222, CPPCABA se prevén cinco días.

Falta de devolución de las actuaciones

Una vez transcurrido el término de la vista, en caso de haberse remitido el expediente a tales fines, y cuando este no fuera devuelto la norma faculta a los/las jueces/zas a ordenar el secuestro de las actuaciones. A tales fines, se autoriza el allanamiento y empleo de la fuerza pública.

En caso de que la orden se obstaculice por culpa de quien detenta las actuaciones materiales, este es pasible de una multa de hasta el diez por ciento del sueldo de los/las jueces/zas de primera instancia. Por lo demás, según qué sujeto procesal se encuentra involucrado, esa conducta podría implicar los delitos de impedimento o estorbo del acto funcional (art. 241, inc. 2, CP) y/o incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249, CP).

Sin perjuicio de estas previsiones, el reemplazo del expediente papel por el electrónico permite suponer que el conflicto aquí regulado, esto es la falta de devolución de las actuaciones, deviene en abstracto, toda vez que las partes pueden consultar el expediente a través del Sistema de Gestión Expediente Judicial Electrónico (EJE). Esta herramienta del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, permite que todos los sujetos que resulten parte de un proceso puedan visualizar las actuaciones digitales, independientemente del lugar donde el expediente se encuentre radicado de manera electrónica.

Capítulo 6
Plazos

Artículo 74. Reglas Generales

Los actos procesales deberán practicarse dentro de los plazos fijados en cada caso.

Cuando no se fije término, se practicarán dentro de los tres (3) días. Los plazos correrán para cada interesado a partir del día hábil siguiente a la notificación o, si fueran comunes, a partir del día hábil siguiente a la última que se practique.

Artículo 75. Cómputo

En los términos se computarán únicamente los días hábiles y los que se habiliten.

Las presentaciones se podrán realizar dentro de las dos (2) primeras horas hábiles del día siguiente al vencimiento del término establecido.

Artículo 76. Carácter de los términos. Renuncia. Abreviación

Los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley.

La parte a cuyo favor se hubiera establecido un término podrá renunciarlo o consentir expresamente su abreviación.

Plazos

El plazo consiste en el lapso que emplaza el acto dentro de él o lo desplaza después de él, imperativa o no imperativamente; es decir, el período dentro del cual se debe realizar el acto procesal.[19] En este sentido, abarca el tiempo con el que cuentan los órganos judiciales para cumplir con los autos, decretos o sentencias.

El artículo 74 contiene los conceptos "plazo" y "término", este último dirigido a establecer el tiempo con los que cuentan las partes (fiscalía, querella, defensa) para ejecutar un acto procesal. Sin perjuicio de esa distinción terminológica, la redacción de esa norma ubica a los plazos y los términos como sinónimos.

La regla general es que el plazo o término es de tres (3) días, a menos que el CPPCABA disponga otro lapso en particular. En este sentido, el Código de rito regula plazos en términos de veinticuatro y cuarenta y ocho horas (arts. 25, 26, 29, 134, 184, 185, 190, 199, 264 y 338),

19. Alvaro, Claudia, "Comentario a los artículos 50 a 70", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 207.

cinco días (arts. 26, 37, 49, 69, 111, 220, 222, 264, 279, 293, 295, 325, 336 y 349) y diez días (arts. 109, 202, 223, 226, 231, 273, 293, 295, 298, 307, 331).

La norma diferencia los términos individuales de los comunes. Los primeros corren para cada interesado de manera independiente a partir de su comunicación formal, mientras que los segundos de manera conjunta desde la última notificación.

Cómputo

El cómputo de los plazos procesales se realiza en días hábiles, conforme lo interpreta la jurisprudencia de manera pacífica.[20]

Esta posición se reforzó ante las discusiones suscitadas en tiempos de pandemia, respecto del modo en que debían computarse aquellos plazos suspendidos por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Concretamente, se afirmó que los plazos de la investigación preparatoria deben computarse en días hábiles, debiéndose contemplar las suspensiones de plazos por motivos de emergencia sanitaria.[21]

En este orden, el intervalo del derecho debe contarse con arreglo al artículo 24 CCyC, que establece que "día es el intervalo entero que corre de medianoche a medianoche" y, en ese sentido, determina que los plazos de días se contarán desde la medianoche en que termina el día de su fecha. De acuerdo a esa norma, lo plazos en días deben computarse a partir del día siguiente de la notificación.

La norma del régimen civil también establece que los plazos de meses o años deben contarse de fecha a fecha. Así, el artículo 25 CCyC dispone que los plazos de mes o meses, de año o años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha.

Complementariamente, el artículo 26 CCyC aclara que, si el mes que se toma para comenzar el plazo de meses o años cuenta con más

20. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'Márquez, Martín Ariel s/ art. 149 bis CP'", causa N° 57433-03-CC/10, 29/03/2012; "Montes, Lucas Sebastián s/ art. 149 bis CP", causa N° 7754/2016-0, 04/07/2017.

21. Ibídem, Sala I, "Czechowicz", causa N° 44203-2019-0, 16/12/2020; "Noya, Gustavo Julio", causa N° 32824-2019-0, 21/12/2020. Del mismo tribunal, Sala III, "Gayo, Graciela Sara", causa N° 3296/2020-0, 30/06/2020 y "Liuzzi, Fredy s/ art. 149 bis, CP", causa N° 15067/2019-0, 21/12/2020.

días de aquel en que termina, y si el plazo parte desde alguno de los días en que el primero de los meses excede al segundo, el día final del plazo será el último de este segundo mes.

En esta inteligencia, los términos de la notificación en día feriado tienen que computarse a partir del próximo primer día hábil.[22]

Sin perjuicio de ello, el CPPCABA establece la continuidad de plazos y cómputo de horas inhábiles para aquellos casos de detenciones, medidas cautelares urgentes, excarcelaciones y exención de prisión. Al respecto, véase el comentario del artículo 46.

La habilitación de días y plazos en ferias judiciales se determina de acuerdo al Reglamento para la jurisdicción Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Resolución CMCABA N° 1050/2010). Allí se regulan los asuntos en materia penal que se deben tratar sin excepción en la feria estival e invernal, a saber: Sumarios en curso de instrucción en los que se requiera su intervención, en los cuales se practiquen diligencias urgentes tendientes a evitar la dispersión de la prueba, a procurar la definición de la situación del imputado y en toda otra cuestión que no admita demora; Prisiones preventivas; Excarcelaciones; Libertades condicionales; Prescripciones de la acción o de la pena cuando hubiere detenidos u orden de captura pendiente; Medidas precautorias urgentes; Hábeas corpus; y toda otra cuestión que no admita demora.

El CPPCABA habilita a las partes a realizar sus presentaciones dentro de las dos (2) primeras horas hábiles del día siguiente al vencimiento del término establecido por ley o que le hubiese conferido el órgano judicial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la intención del legislador al instituir el plazo de gracia fue habilitar la presentación de escritos al día siguiente al del vencimiento, a fin de impedir los perjuicios que para las partes pudieran derivar de razones de fuerza mayor que les impidiesen hacerlo en tiempo oportuno, motivo por lo cual resulta inadmisible que pretendan invocarse motivos de la misma índole para no cumplir puntualmente con la presentación en el tiempo suplementario que graciosamente la ley otorga.[23]

22. CPE, Sala A, LL 2001-F-441; DJ 2001-3-487; CCC, Sala VII, LL 1999-D-700.

23. CSJN, Fallos: 329:326; 326:3895; 305:1641; 296:456 y 293:495.

Es interesante la interpretación del Superior Tribunal de Justicia de Formosa (STJF) en cuanto sostuvo que, si bien los términos son perentorios e improrrogables, una diferencia fuera del término procesal de "plazo de gracia" de dos minutos de más, no tiene entidad suficiente para cercenar el derecho de defensa, privando de presentar un recurso a quien fue condenado en sede penal a pena de prisión e inhabilitación y al pago del resarcimiento civil a la víctima, por cuanto no debe primar un excesivo ritual manifiesto o injustificado rigor. En este sentido, en el caso puesto a su estudio, el tribunal contempló que no surgían elementos probatorios que permitieran suponer que el interesado se apersonó tardíamente ante el órgano, ni tampoco que fuera atendido más tarde por los empleados que pusieron el cargo, no acreditándose por ello la negligencia del recurrente.[24]

Entendemos que la problemática vinculada a la recepción de escritos por mesa de entradas y la interposición del "cargo" queda atrás desde la utilización de los sistemas informáticos para la presentación de escritos.

En cuanto a los recursos digitales para la formulación de escritos, si bien el artículo 31 de la Resolución CMCABA N° 19/2019 habilita la presentación de escritos los siete (7) días de la semana, las veinticuatro (24) horas del día, rige para su tramitación el horario judicial que corresponda para cada tipo de causa y proceso, según las normas vigentes.

Carácter de los términos

El principio es que los términos resultan perentorios e improrrogables, lo que implica que el transcurso del tiempo previsto por ley para un acto procesal, sin haberlo ejecutado, implica la pérdida del derecho para hacerlo.

D'Albora afirma que perentorio es el plazo cuyo vencimiento provoca la caducidad o extinción del derecho a ejercer la facultad o a que el acto adolece de una falencia que, pese a no estar sancionada especialmente, afecta la regularidad de los elementos que señala.[25]

24. STJF, "Dr. Hugo Oscar Tomás s/ recurso de queja por retardo de justicia en Expte. Nº 614/93", 03/11/1994

25. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal. Anotado. Comentado. Concordado*, Buenos Aires, Lexis Neris, 6ª ed., 2003, T. 1, p. 290.

Esta decisión legislativa se vincula con la preservación de un proceso arraigado a los principios propios del sistema acusatorio de concentración, inmediación y celeridad. De ese modo, se pretende un proceso continuo dirigido a las audiencias orales, siendo el momento cúlmine la audiencia de debate.

La interpretación armónica del CPPCABA permite concluir que la perentoriedad se dirige a la actividad de las partes, no así para los actos jurisdiccionales, en tanto estos son pasibles del pronto despacho y denuncia por retardo de justicia previsto en el artículo 52, a cuyo comentario nos remitimos. En este sentido, un rigorismo sobre la perentoriedad de los actos jurisdiccionales podría repercutir en que una resolución sobre un conflicto fáctico y/o jurídico traído a estudio quede sin respuesta.

Sin embargo, la ausencia a las formas procesales, entre las que se encuentra el término para el dictado de un acto jurisdiccional, puede desembocar en un planteo de nulidad por no haberse observado las disposiciones expresamente prescriptas en el CPPCABA, conforme el artículo 77 y ss. En tal sentido, el artículo 80 del Código de rito legitima a las partes a requerir la nulidad de un acto procesal cuando no concurrieron a causarlas y tengan interés en la observancia de las disposiciones violadas. En lo atinente al régimen de nulidades procesales consúltese los comentarios del capítulo 7.

En cuanto a la regla de que los términos son improrrogables, las excepciones se encuentran previstas en el CPPCABA, en los supuestos de traslado al tercero civilmente responsable (art. 37), duración de la investigación preparatoria (art. 111), detención por peligro de fuga (art. 184), medidas restrictivas (art. 186) y traslado del requerimiento de elevación a juicio de la querella (art. 220).

Más allá de la terminología del Código, puede presumirse la existencia de plazos ordenatorios en el fuero local. Tales términos resultan indicativos para los actores judiciales y su incumplimiento no acarrea consecuencias legales, sino medidas de control interno para los órganos judiciales involucrados.

Con relación a lo anterior, resulta ineludible mencionar el fallo "Price"[26] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de

26. CSJN, Fallos: 344:1952, "Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple", 12/08/2021.

Chubut, el cual prevé plazos perentorios para la duración de la etapa preparatoria, en tanto dispone el sobreseimiento del imputado en caso de vencimiento del plazo de intimación sin que el fiscal hubiese presentado la acusación. Sin perjuicio de las apreciaciones que pudiese merecer ese precedente, en lo que nos ocupa, esa decisión otorga un carácter ordenatorio a este tipo de normas procesales. De ese modo, siendo que la norma procesal provincial contenía una regulación asimilable a la contemplada en los artículos 111 y 112 CPPCABA, la decisión del Tribunal cimero cuanto menos invita a discutir si tales normas locales resultan de carácter ordenatorio.

Finalmente, el Código de Procedimiento local permite abreviar los términos en casos en que las partes renuncien a aquellos. La renuncia o abreviación deben ser expresamente formuladas por la parte a quien se le otorgó el plazo.[27] En el CPPCABA este supuesto se encuentra expresamente regulado para el acotamiento del plazo de citación para el juicio (art. 226, segundo párr.). Además, también puede renunciarse al plazo recursivo de una resolución judicial en caso de que las partes consientan lo decidido, lo que, además, apareja la firmeza del temperamento adoptado.

27. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal…*, *op. cit.*, 5ª ed., 2013, T. 1, p. 636.

Capítulo 7
Nulidades procesales

Artículo 77. Regla general*

La validez de los actos procesales sólo se podrá cuestionar cuando se pretendiera su utilización por las partes.

Serán declarados nulos los actos procesales solo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo consecuencia de nulidad.

Deberán ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso por el tribunal interviniente, las nulidades de los actos que impliquen violación de garantías constitucionales.

Artículo 78. Nulidad de orden general

Son nulos los actos que se realicen con inobservancia de las disposiciones concernientes a:

1. **La competencia del Tribunal o del/la magistrado/a del Ministerio Público Fiscal interviniente.**
2. **La intervención del/la Juez/a o del/la magistrado/a del Ministerio Público Fiscal en el proceso y su participación en los actos en que ella sea obligatoria.**
3. **La intervención, asistencia y representación del/la imputado/a, en los casos y formas que la ley establece.**

Artículo 79. Declaración de nulidades

El Tribunal declarará de oficio o a pedido de parte las nulidades que se produzcan, en cualquier estado y grado del proceso.

Cuando la cuestión de nulidad sea promovida por alguna de las partes, el Tribunal resolverá en audiencia con citación a todas las partes legitimadas.

---

* Comentario sobre los artículos 77 a 83 por Juan Manuel Belluscio, Matías Pistone y José Sylvié.

Artículo 80. Legitimación. Control del procedimiento

Solo estarán legitimadas para solicitar la nulidad de un acto procesal las partes que no hayan concurrido a causar y que tengan interés en la observancia de las disposiciones violadas.

El Ministerio Público Fiscal velará en todo momento por la legalidad del procedimiento y reclamará al Tribunal pertinente la nulidad de los actos procesales defectuosos, aunque con ello beneficie al/la imputado/a.

Artículo 81. Efectos

La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, tornará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan.

Al declarar la nulidad, el Tribunal deberá establecer los demás actos que resulten nulos por conexión con el acto anulado.

El Tribunal que declare la nulidad ordenará, cuando le fuera requerido y sea posible, la renovación o rectificación de los actos anulados.

Artículo 82. Consecuencias

Cuando un tribunal superior declare la nulidad de actos cumplidos por uno inferior, podrá disponer su apartamiento de la causa.

Aproximación al concepto de "nulidad"

Lo primero que debemos de tener en claro es el concepto de nulidad. Sobre esto existe un amplio consenso de que la nulidad es una respuesta jurisdiccional tendiente a corregir o invalidar un acto procesal defectuoso, entendiendo por "defectuoso" a todo aquel que haya sido llevado adelante sin respetar las formas específicas previstas para que sea considerado válido o eficaz.

Como vemos, es una cuestión que se encuentra estrechamente vinculada con las formas procesales. El Código Procesal aquí analizado no solo prevé qué actos se pueden llevar adelante en la tramitación de un caso sino, en lo que aquí importa, de qué manera se pueden realizar válidamente.

El proceso penal se encuentra estructurado en una serie de actos procesales concatenados en el que el anterior resulta ser presupuesto

del siguiente, y solo puede ir avanzándose de etapas si la anterior se encuentra cumplida. Pero para que ello ocurra, ese cumplimiento no puede ser de cualquier manera, sino que deben de verificarse sus condiciones de validez, bajo consecuencia de privarlo de sus efectos.

Este mecanismo que estamos describiendo no es ni más ni menos que las garantías constitucionales puestas en funcionamiento.

Pero a esta altura de la exposición resulta conveniente realizar una distinción entre dos conceptos que, usualmente, generan confusión y que por lo general se utilizan de manera indistinta (aun a pesar de que no representan lo mismo). En lo que hace a este trabajo, por "principio" deben entenderse todos aquellos derechos básicos reconocidos en las normas fundamentales; en este caso, el bloque constitucional, de los cuales se desprenden las directrices esenciales que guiarán el sistema procesal penal; mientras que la "garantía" resulta ser la forma que el ordenamiento prevé para garantizar la vigencia de aquel principio.

En palabras de Alberto Binder "un principio (por ej. la defensa en juicio), está garantizado solo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado"; mientras que la garantía la encontraremos en las formas específicas para ejercerlo.[1]

La garantía es, precisamente, una protección; una forma de prever remedios para el caso en que se verifique una violación a la norma que consagra tal o cual principio, se active el mecanismo de reparación tendiente a sanear el acto defectuoso, o bien privarlo de sus efectos.

De esta manera, la vigencia de dicho principio se encuentra garantizada si se cumple con los requisitos procesales específicos para cada caso. Caso contrario, se desencadena el llamado "sistema de reparación" que, dependiendo el caso (como veremos más adelante), podría dar lugar a la anulación del acto imperfecto.

Esto sucede así por una sencilla razón: por más que los derechos más básicos se encuentren consagrados en las normas más fundamentales, ello no implica que se respeten *per se*.

Por muy atractivo que suene el enunciado constitucional "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" (principio de prohibición de autoincriminación forzada, previsto en el artículo 18 de la CN), por sí solo no garantiza que ello no ocurra. Por el contrario, la forma

1. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, T. III, p. 237.

de garantizar la vigencia de dicho principio es mediante una garantía (que nos conceden las formas procesales), que permita invalidar (privar de efectos) aquel acto en el cual se verifique que algún imputado fue, efectivamente, obligado a declarar en su propia contra.[2]

Citando una vez más a Binder, "la imposición de una pena a una persona determinada debe estar sometida a una precisa regulación legal (de determinadas características) fundada en principios de protección de la libertad [...] ello configura la función principal de las formas procesales".[3]

Pero tampoco la garantía puede asegurar el cumplimiento del derecho contenido en aquel principio, sino que su función es aumentar las probabilidades de que ello suceda. Y aquí es donde toman vital importancia las "formas procesales" a las que hicimos referencia previamente. Al conocer el contenido de estas formas podemos verificar más fácilmente si se ha cumplido o no con el procedimiento previsto para el caso específico.

Aun así, no todo incumplimiento formal acarrea la invalidez del acto. Debemos realizar una tarea de conexión y vincular dicha inobservancia ritual con el contenido del principio presuntamente afectado y verificar si, efectivamente, existió lesión al derecho allí contenido. Ello ocurre de esta manera puesto que la inobservancia de las formas es condición necesaria pero no suficiente para nulificar un acto. No alcanza por sí sola pero, definitivamente, es un signo de alarma al que debe prestarse atención.[4]

Verificado entonces un incumplimiento a alguna forma procesal específica, decíamos, se enciende una alerta, ante una posible afectación de algún principio fundamental. Y aquí hemos llegado al punto

2. Sobre este tema se ha pronunciado la CSJN en el *leading case* "Montenegro, Luciano Bernardino, s/robo con armas" (Fallos: 303:1938, 10/12/1981), al reconocer la absoluta imposibilidad de valorar una confesión bajo tortura.

3. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2017, T. III, p. 235.

4. Véase por ejemplo el caso de la audiencia prevista en el art. 223, para tratar la admisibilidad de la prueba. La norma prevé que dicha actividad jurisdiccional sea realizada en audiencia oral y pública y, sin embargo, es una práctica habitual del fuero que el juez de trámite resuelva por escrito, prescindiendo de la convocatoria de las partes. Sobre este caso tan particular existe jurisprudencia en la cual se han rechazado planteos nulificantes por falta de afectación a garantías constitucionales (CAPPJCyF, Sala I, "Flicker, Morton Herbert s/ art. 149 bis CP", causa N° 44383/2019-1, 05/10/2020).

crítico de la cuestión, puesto que se abren distintos caminos que tomar, dependiendo de la situación en la que nos encontremos.

De acuerdo al sistema de reparación antes mencionado, si no existe forma de sanear (restaurar el cumplimiento del derecho), solo queda reconocer los efectos de la invalidez y declarar la nulidad del acto imperfecto.

Yendo ahora al texto de la norma comentada (art. 77), vemos que establece las reglas generales de la declaración de nulidad. En concreto, se refiere a que "La validez de los actos procesales solo se podrá cuestionar cuando se pretendiera su utilización por las partes".

A ello le siguen dos párrafos que, como mínimo, generan alguna confusión en cuanto a su ámbito de aplicación.

Primero, establece que "Serán declarados nulos los actos procesales solo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo consecuencia de nulidad"; es decir, determina un criterio restrictivo respecto a cuáles actos pueden ser nulificados y, por exclusión, cuáles no.

Sin embargo, inmediatamente continúa determinando que "Deberán ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso por el tribunal interviniente, las nulidades de los actos que impliquen violación de garantías constitucionales".

Uno de los principales problemas con los que nos encontramos en el articulado es que los dos últimos párrafos de la norma pueden parecer contradictorios.

Por un lado, se limita el espectro de actos que pueden ser declarados nulos ("... solo cuando no se hubieran observado las disposiciones expresamente prescriptas bajo consecuencia de nulidad"); pero el párrafo siguiente abandona este límite e impone al juez la obligación de declarar de oficio, cualquiera sea el estado en que se encuentre el proceso, "las nulidades de los actos que impliquen violación de garantías constitucionales".

Si bien, con algo de esfuerzo, podría ensayarse una interpretación que conjugara en armonía estos dos párrafos, entendemos que ese no es el camino correcto, ni el más respetuoso de las garantías constitucionales que se buscan afianzar con esta directiva.

Y es que, cuando se trata del sistema de garantías, no puede haber lugar para interpretaciones que restrinjan el alcance de las decisiones

para protegerlas. Por el contrario, se debe ampliar el ámbito de estos principios (y de sus garantías derivadas).

Alberto Binder nos enseña que el sistema cerrado de nulidades (aquel que permite la declaración de invalidez únicamente de aquellos actos que prevean esta sanción y al que parecería referirse la primera parte del artículo citado), no es más que un resabio del programa de la Ilustración, cuyos juristas convivieron con un permanente temor hacia la magistratura. Recordemos que, por aquel entonces, se consideraba que los jueces debían tener muy limitada su capacidad de interpretación de la ley, ya que esta había sido emanada del Parlamento.[5] De aquí que haya nacido esta resistencia que se traduce como una presunción de validez, casi absoluta, a favor de la ley.

Y, por ello, coincidimos con él en cuanto a que la única regla de interpretación que debe guiar el análisis vinculado con la posible anulabilidad de un acto procesal es la contenida en el segundo supuesto.

Carácter restrictivo y lesión constitucional

En la actualidad existe un consenso casi total sobre cuáles son los parámetros a tomar en cuenta para la declaración de nulidad de un acto.

En ese sentido, debe recordarse que

> … *la nulidad nunca se declara a favor de la ley sino* siempre para proteger un interés concreto que ha sido dañado. Este principio no tiene relación con el carácter absoluto o relativo de las nulidades sino con el sentido de las formas, que siempre tutela algún interés particular.[6]

A su vez, doctrinariamente se ha sostenido que

> … la invalidez de un acto no puede decidirse sin atender a las circunstancias específicas. Esta respuesta a la infracción es inaplicable genéricamente dado que, como toda nulidad, no es ajena a los principios de trascendencia y de conservación del acto. En cada caso debe detectarse

5. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 1999, pp. 30-31

6. Ibídem, p. 29.

> el perjuicio provocado por la omisión y el interés jurídico en producir el pronunciamiento de invalidez.[7]

Pero también encontramos que la doctrina ya consolidada de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avanzado en el mismo sentido. Así, se ha resuelto que en materia de nulidades procesales:

> … prima un criterio de interpretación restrictivo y solo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y causa un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no exista una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho de modo que la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público.[8]

Los lineamientos generales de esta decisión del Máximo Tribunal nacional también pueden ser encontrados en la jurisprudencia local.

Así, por ejemplo, se ha sostenido que

> … para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, la demostración (carga específica) por parte de quien la alega, de un lado, del perjuicio concreto e irreparable que le ocasiona el acto, a su entender viciado y que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción y, por otro, del interés o provecho que le ocasionaría tal declaración –"principio de trascendencia"– [...] pues lo contrario conllevaría al dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo que resulta inaceptable. Por tanto, para que un acto sea alcanzado por la declaración de invalidez debe haber conculcado algún derecho, causando un perjuicio efectivo. Ello así, pues las nulidades de los actos procesales, además de constituir un remedio extremo, solo proceden cuando de la violación de las formalidades que la ley establece derive un perjuicio

7. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 3ª ed., 2008, T. 1, p. 501.

8. CSJN, Fallos: 325:1404, "Bianchi, Guillermo Oscar s/ defraudación", 27/06/2002.

> real y concreto para la parte que lo invoca, pero no cuando se postula en el solo interés de la ley o por meras cuestiones formales.[9]

Desde este punto de vista, que por supuesto compartimos, quedan descartadas por completo todas aquellas nulidades que se pretendan conseguir por el mero hecho de no haberse respetado la forma específica prevista para la materialización del acto en concreto.

Y es que entendemos que este debe ser el baremo a respetar. Consideramos estéril la clásica clasificación de nulidades "expresas" o "genéricas"; lo preponderante, entonces, no será verificar si la nulidad se encuentra prevista expresamente como sanción en caso de inobservancia de ciertas formas rituales para un acto sino que, por el contrario, la invalidez de un acto deberá ser declarada en caso de que se vean afectados principios constitucionales por no respetarse la forma procesal correspondiente, y que no pueda ser corregido mediante un proceso de saneamiento.

Decíamos que no todo incumplimiento de formas acarrea la nulidad del acto defectuoso, sino solo los que vayan en detrimento de principios constitucionales, y que, además, no puedan ser saneados.

Por ello, deben quedar fuera del universo de casos anulables aquellos errores materiales evidentes.

Distintos supuestos de procedibilidad de la anulación de actos defectuosos

De acuerdo a lo explicado precedentemente, consideramos que las reglas propuestas en este trabajo son lo suficientemente precisas como para no tener que recurrir a ningún otro catálogo que especifique otros casos no contemplados de actos anulables (que es lo que sucede con el art. 78).

9. CAPPJCyF, Sala I, "Noya, Gustavo Julio s/ lesiones culposas", causa N° 32824/2019-0, 21/12/2020, con cita de la misma sala, "Incidente de nulidad en autos 'Cundo, Alexis s/ inf. art. 149 bis, Amenazas y 183, Daños - CP'", causa Nº 39028-01-CC/08, 04/09/2009; "Rolan, Raúl Osvaldo s/ art. 189 bis CP", causa N° 4767-00-00/14, 10/02/2015; "Incidente de Apelación en autos Núñez, Joaquín Gonzalo s/ art. 14 párr. 1 – Ley 23.737", causa N° 37136/2019-1, 21/02/2020; "Incidente de Apelación en autos Torres, José Facundo s/ inf. art. 149 bis CP", causa N° 3048/2019-2, 14/08/2020, entre muchas otras.

Sin embargo, consideramos a la enunciación del citado artículo como un listado de ejemplos de casos específicos a los que el ordenamiento ritual desea enfatizar su necesidad de protección en cuanto a las formas que deben respetarse.

La "competencia" a la que se refiere el primer inciso debe ser entendida en sentido amplio. Si pensamos esa competencia como una cuestión material o territorial, no podemos perder de vista que estamos hablando del principio constitucional de juez natural.[10]

Dicho esto, cualquier decisión jurisdiccional que se adopte en un proceso en el que resulte evidente la falta de competencia del magistrado interviniente deberá ser fulminada con la nulidad del acto y privada de sus efectos.

Queremos remarcar la necesidad imperiosa del concepto "evidente" ya que, en la actualidad, las fronteras que delimitan la competencia de la llamada "jurisdicción nacional" y la local son, cuanto menos, difusas.

En efecto, en diciembre del año 2015 la CSJN estableció que "las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"[11] y, luego de resaltar el tiempo transcurrido desde la reforma constitucional de 1994, exhortó a las autoridades para que se finalice el tan postergado traspaso de competencias.

Este precedente sirvió de basamento para que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA emitiera su fallo en el conocido caso "Giordano",[12] en el que la Dra. De Langhe y el Dr. Otamendi recordaron que en el territorio porteño coexisten dos fueros con "competencia no federal" y con "potencialmente la misma competencia, pero coyunturalmente esta se halla dividida en función de los convenios vigentes de transferencias": el tradicionalmente llamado Nacional, y los que integran el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sobre estos últimos, contundentemente afirmaron que "son quienes constitucionalmente deben ejercer las competencias en cuestión, mientras que la justicia nacional ordinaria solo de manera transitoria ejercerá, en tanto órgano remanente, aquellas que aún no han sido transferidas".

10. CN, art. 18; CCABA, art.13, 4to párr.

11. CSJN, Fallos: 338:1517, "Corrales", 09/12/2015.

12. TSJCABA, "Giordano", causa N° 16368/19, 25/10/2019.

Al día de la fecha, y ante la falta de concreción del procedimiento del traspaso total de competencias, esta coexistencia a la que hacemos referencia genera un confuso escenario respecto a dónde están los límites de competencia material de uno y otro fuero. Y precisamente por esto es que, entendemos, que la falta de competencia a la que hace referencia la norma aquí comentada debe ser absolutamente evidente para verse alcanzada por la nulidad del acto.

Estos límites de competencia material a los que hacemos referencia son más claros cuando se trate de competencia territorial. Por ello, resulta más útil utilizarlos para graficar este tipo de nulidades. En este sentido, por ejemplo, serán anulables aquellas decisiones jurisdiccionales que se adopten sin respetar las reglas de competencia territorial.[13]

Entendemos que la competencia a la que se hace referencia en este primer inciso también alcanza a aquellos casos en los que un juez o fiscal hayan sido objeto de excusación o recusación, o bien el magistrado haya sido apartado en los términos del artículo 82 del CPPCABA. En estos casos, también serán anulables los actos que sean llevados a cabo en inobservancia a estas directrices.

Por otro lado, esa "competencia" también debe ser entendida en clave de organización funcional del sistema procesal en el que nos encontramos.

Nuestro Código Procesal adoptó un esquema acusatorio, y ello tiene ciertas implicancias (máxime teniendo en cuenta que en el mismo territorio capitalino coexiste con el sistema inquisitivo reformado del CPPN, lo cual ha generado ciertas costumbres en los operadores

13. Sobre este particular, nos remitimos a lo explicado al comentar el art. 53. Sin embargo, existen distintas cuestiones a tener en cuenta. A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 5935, publicada en el BOCBA del 03/01/2018, pero aplicable –para lo que aquí interesa– desde el 01/01/19, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adhirió al esquema de desfederalización de ciertos delitos previstos en la Ley N° 23737. Esta Ley prevé, en su art. 32, una autorización para actuar en territorio fuera de la jurisdicción del tribunal, en casos en los que la demora en el procedimiento pueda comprometer el éxito de la investigación; en lo que constituye una clara excepción a las reglas de territorialidad. Como se puede ver, amparándonos en esta licencia (contenida en una Ley dictada por el Congreso Nacional), no sería pasible de ser anulada en los términos del inc. 1 del art. 72 del CPPCABA una orden de allanamiento emanada por un juez porteño, para llevarse a cabo en territorio provincial. En casos como estos no es necesario el trámite de exhorto previsto en el art. 53. No obstante ello, es importante destacar que esta licencia contenida en la Ley N° 23737 se agota con la materialización de la diligencia.

judiciales que, por lo arraigadas que se encuentran, aún no se han podido desterrar del todo).

De esta manera, es el Ministerio Público Fiscal el encargado de ejercer la acción penal (art. 5 CPPCABA), sin perjuicio de la participación de la parte querellante; función constitucional que le es propia y, como tal, ajena al ámbito de la magistratura.

A modo de ejemplo, el artículo 173 (a cuyo comentario nos remitimos), pone en cabeza exclusiva del Ministerio Público Fiscal al acto de intimación de los hechos, no pudiendo, de ninguna manera, ser llevado a cabo por el juez (por lo menos en los casos de delitos de acción pública. Para delitos de acción privada, ver comentario a los artículos 265 y ss.). Si esto no se respetara (como sucede con la indagatoria prevista en el art. 294 del CPPN), el acto será pasible de ser fulminado con su nulidad.

En el caso del segundo inciso del artículo 78, la situación es similar.

A lo largo de todas las disposiciones contenidas en el CPP, existen numerosos actos que, necesariamente, deben ser llevados a cabo por el juez o el fiscal, sin excepción.

En ciertos casos esta exigencia resulta obvia: solo el juez puede dictar sentencia o resolver sobre la prisión preventiva de un imputado, y solo un fiscal puede decretar la determinación de los hechos a imputar, pues son funciones inherentes a su rol, inalienable e indelegable,[14] conferido constitucionalmente.[15]

Pero entendemos que existen otros casos en los que, a pesar de no estar contemplado expresamente en ninguna norma, su obligatoriedad viene implícita y la participación del magistrado es obligatoria y su inobservancia acarrea la invalidez del acto.

14. En un antiguo caso, cuando el procedimiento era esencialmente escrito y aún existían los expedientes físicos, la Sala II de la CAPPJCyF nulificó un acta de audiencia, ya que esta carecía de rúbrica del fiscal a cargo del caso y también de la secretaria de la dependencia ("Sorroza, María Angélica s/infr. art. 149 bis CP-apelación", causa N° 59417-00-CC/2009, 24/06/2010).

15. Del mismo modo, también la Sala II declaró la nulidad de un acta de audiencia (paradójicamente, de nulidad) celebrada ante un tribunal de primera instancia, al verificar que solo la habían suscripto el juez y su secretario ("Vaccaro, Gastón Sebastián s/ infr. art. 149 bis, CP", causa N° 52543-00-00/2011, 21/11/2012).

Como ejemplo de ello, el dictado de sentencia condenatoria sin que se celebre la audiencia de conocimiento personal que prevé el artículo 41 del Código Penal.[16]

Para el caso del tercer inciso se prevén tres supuestos distintos: *intervención, asistencia y representación del imputado*.

En cuanto a su *intervención*, se trata de actos en los que necesariamente sea imprescindible contar con la persona imputada.

Por ejemplo, la intimación del hecho solo puede efectuarse directamente con el acusado y solo él puede suscribir un acuerdo de avenimiento o de suspensión del proceso a prueba, encontrándose vedada la posibilidad de hacerlo mediante un apoderado o representante (incluso su defensor).

16. De antaño, la CSJN tiene dicho que la exigencia de que el juez tome contacto directo con el imputado antes de dictarse sentencia se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la Ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada (Fallos: 328:4343, "Maldonado", consid. 19).
Existe autorizada doctrina que defiende la obligatoriedad de la regla para el juez. Así, se sostuvo que la norma "establece un mínimo de inmediatez cuya ausencia haría que la regulación procesal fuese de dudosa constitucionalidad", pues no puede haber procedimiento "en que el juez no tenga, al menos una vez, la obligación de oír directamente al procesado y, con ello, establezca un mínimo de direccionalidad real" (Zaffaroni, Eugenio; Alagia Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 999).
Sobre este tema puntal, Mauro A. Divito sostiene: "Hace tiempo que en nuestro país se encuentra fuera de discusión que los jueces penales, antes de condenar a una persona, deben tener –al menos– una audiencia en la que tomen conocimiento directo de aquella [...] En este punto [...] el consid. 20 (del fallo 'M., D. E.') arranca con la frase: 'Que si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores...', de modo que ninguna duda puede quedar sobre los alcances que asigna a esta regla el Máximo Tribunal" (Divito, Mauro, "El fallo 'M., D. E.' ¿Cómo se aplica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?", en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires,Ed. Hammurabi, 2007, T. 2, pp. 58-59).
A nivel jurisprudencial local, la sintonía con lo expuesto es total. Si bien no abundan fallos sobre este tema, resulta interesante la postura del Dr. Sergio Delgado al sostener que "es inadmisible que en primera instancia se condene a una persona a la que no conocen personalmente los jueces, por haberse celebrado sin su presencia el debate del acusado y por haberse omitido la realización de la audiencia prevista en el art. 41 del Código Penal" (CAPPJCyF, Sala II, "A., N. A.", causa N° 32455-03-CC-2010, 20/12/2012).

Respecto a la *asistencia*, se hace referencia a todas aquellas cuestiones en las que sea necesario una participación técnica que, por más que afecte al imputado, sea necesario que se ejerza con auxilio de algún especialista en la materia que se trate.

No solo debe reducirse a la obviedad de la asistencia letrada obligatoria para el proceso penal,[17] sino también para el caso de traductores (en el supuesto de que el encausado no hable español o tenga dificultades para expresarse o entender),[18] intérpretes (en caso de personas que necesiten lenguaje de señas), o bien la intervención de la Asesoría Tutelar para los casos específicos (art. 40 de la Ley N° 2451).

Por último, por *representación* deben entenderse todos aquellos actos que se realizan en nombre del causante, pero sin que sea necesario que él intervenga.

El ejemplo por excelencia se encuentra dado por el artículo 232 del CPPCABA, a cuyo comentario nos remitimos. No obstante, debemos recordar que dicha norma prevé que, en ciertos casos, el imputado puede abandonar el recinto en donde se está llevando a cabo el juicio oral en su contra y "se procederá en lo sucesivo como si estuviera presente, y para todos los efectos será representado/a por el/la Defensor/a".[19]

17. En un interesante fallo, la Dra. Silvina Manes, otrora integrante de la Sala III de la CAPPJCyF, votó por declarar la nulidad de una audiencia de admisibilidad de prueba y planteos procesales en la que no participó la defensa del causante. En ese caso tan particular, el letrado defensor solicitó la postergación de la audiencia debido a una imposibilidad de asistir, pero el juez de trámite llevó adelante el acto, de todos modos. La Dra. Manes afirmó que la previsión del art. 210 (actual 223) del CPPCABA en cuanto a que el órgano jurisdiccional convocará a las partes a una audiencia y "[c]on las partes que concurran resolverá sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por todas ellas, previo escucharlas sobre su procedencia, improcedencia y/o inadmisibilidad", solo puede ser entendido en relación al dictado de la resolución sobre la admisibilidad de la prueba, mas no sobre la ineludible necesidad de la presencia de las partes esenciales a la audiencia: acusador y defensa. Es posible que tal audiencia se lleve a cabo sin la querella o el actor civil, más la comparecencia de la defensa es indispensable como modo de garantizar acabadamente los derechos del imputado" (CAPPJCyF, Sala III, "L. C., M. B.", causa N° 9126-03-00/15, 30/09/2015).

18. Resulta imperativo dar cumplimiento al art. 8 inc. 2, apartado a, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

19. Esto suele ser una práctica habitual en juicios en los que se ventilan casos de violencia contra la mujer. Así, en una interpretación amplia de la potestad que confiere el art. 28 de la Ley N° 26485, es usual pedirle al imputado que abandone el recinto al momento de la declaración testimonial de la denunciante. En la misma dirección, encontramos de suma utilidad el voto del juez Lozano, integrante del TSJCABA, en el

De esta manera, si no se respetara esta exigencia (la de la representación del defensor ante la ausencia momentánea del causante), el acto sería pasible de ser nulificado.

Oportunidad y forma de resolver la cuestión

La primera parte del artículo 79 enfatiza la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de declarar la nulidad de algún acto, incluso sin instancia de parte, en caso de que sea advertida.

A su vez, elimina los límites temporales para así disponerlo, al preverlo bajo la genérica fórmula "en cualquier estado y grado del proceso". Esto implica, en la práctica, que no rige el principio de preclusión procesal en cuanto a la oportunidad de plantear una nulidad de algún acto, incluso si ocurrió en etapas ya superadas.[20]

El segundo párrafo impone la necesidad de que, planteada la controversia por alguna de las partes, la cuestión deberá ser resuelta en audiencia (ver en este sentido el comentario al Libro I, Título I, capítulo 1). Por el contrario, si se tratase de una nulidad detectada por el órgano jurisdiccional y esta fuera a ser declarada de oficio, ante la falta de regulación expresa el Código Procesal parecería dejar abierta la posibilidad de prescindir de la convocatoria a audiencia oral.

Legitimación. Control del procedimiento

El artículo 80 contiene dos directrices muy diferentes. Por un lado, la primera parte establece un límite en cuanto a la legitimación; es decir, establece quiénes no pueden solicitar la anulación de un acto: aquella parte que haya contribuido a generar el acto defectuoso.[21]

---

leading case "Taranco" (causa N° 9510/13, 22/04/2014), quien reafirmó la interpretación aquí propuesta, al referir que "a cuyo respecto el art. 28 (con el alcance que surge de lo dicho en el punto 4) dispone que esa audiencia debe ser llevada a cabo separadamente de quien presuntamente ejerció la violencia" (cfr. considerando 6).

20. A diferencia de cómo se encuentra regulado en, por ejemplo, el CPPN en su art. 170 que, de manera tabulada, establece límites de preclusión para plantear las nulidades.

21. Por ejemplo, sería improcedente la declaración de nulidad de notificaciones dirigidas a un domicilio erróneamente constituido, incluso por error, que podría ser instada por la parte que lo constituyó.

La parte final de la norma reafirma el rol constitucionalmente derivado del Ministerio Público Fiscal. Además de ser el encargado de ejercer la acción pública, deberá velar por la legalidad de los actos que se lleven a cabo en la investigación que él mismo dirigirá, facultándolo, incluso, a solicitar la declaración de nulidad de actos que podrían ser beneficiosos para el imputado.

Esta segunda parte de la norma debe ser entendida como complementaria del artículo 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cuanto impone que será función del Ministerio Público "promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad…", pero también del artículo 5 de esta obra comentada (deber de objetividad).

En términos prácticos, aquel fiscal que advierta que alguno de los actos que conforman una investigación a su cargo ha sido ejecutado en perjuicio de los principios constitucionales que protegen a la persona por él investigada, deberá plantear al juez su declaración de invalidez.[22]

Efectos de la declaración de nulidad

La declaración de nulidad de determinado acto implica, como consecuencia inmediata, la privación de sus efectos. Si se trata del último acto procesal, el trámite seguirá en el mismo estado en que se encontraba exactamente antes de ese acto inválido.

Pero si se trata de actos sucedidos en instancias anteriores, ya pasadas, es probable que existan otros actos concatenados que también

22. Por la naturaleza de este mecanismo, inserto en un proceso acusatorio, no es usual que ocurran situaciones de esta índole. En el mejor de los casos, y teniendo en cuenta que el Fiscal es el director de la investigación, de advertir la existencia de un acto irregular podrá optar por no utilizarlo en la conformación de su legajo de acusación. Supóngase un caso en que una fiscalía reciba declaración testimonial a una persona menor de 18 años, sin hacerlo mediante modalidad Cámara Gesell; es decir, en franca contradicción con lo establecido en el art. 43 de la Ley N° 2451. De acuerdo a la desformalización que rige el proceso acusatorio en la CABA, el fiscal podría, sencillamente, no utilizar dicha declaración al momento de valorar la prueba en el requerimiento de juicio, sin necesidad de plantear la nulidad al órgano jurisdiccional. Como se verá más adelante, los efectos perseguidos son los mismos: la ineficacia del acto. Al no ser utilizado, no resulta necesario obtener una declaración de nulidad.

deben ser alcanzados por la declaración de invalidez; ello en virtud de la teoría del "fruto del árbol envenenado".

Según esta posición doctrinaria, todo acto procesal que se encuentre relacionado con un acto declarado nulo, debe correr la misma suerte y, por ende, quedará alcanzado por la misma declaración de invalidez.

Para determinar el alcance de los efectos de esta declaración de nulidad deberá de tenerse en cuenta el caso concreto y ver hasta dónde ha avanzado el proceso. En líneas generales, se deberá retrotraer al momento en que se encontraba justo antes de llevarse a cabo el acto defectuoso.[23]

Potestad de apartar a los magistrados de instancias inferiores

Finalmente, el último artículo contenido en este capítulo confiere a un tribunal revisor la facultad de apartar al magistrado que intervino en primera instancia cuando declare la nulidad de algún acto.

Al igual que ocurre con la excusación y recusación, este remedio debe ser utilizado con suma prudencia y solo en casos en que se encuentra debidamente justificado puesto que implica, en la práctica, el corrimiento de un magistrado de su papel como juez natural del caso (arts. 18 CN y 13 CCABA).[24]

23. Supongamos que durante la tramitación de un caso la fiscalía a cargo de la investigación lleva adelante la intimación del hecho al imputado de manera tal que acarrea la nulidad del acto (por ejemplo, en ausencia de su letrado defensor). Si el juez a cargo del debate advierte esta irregularidad y sanciona la nulidad de la intimación, los efectos de esa invalidez se transfieren a, por ejemplo, el requerimiento de juicio.

24. Así, cabe recordar un caso en el que la jueza de trámite rechazó dictar sentencia a raíz de un acuerdo de avenimiento presentado a su consideración, puesto que entendió que el consentimiento prestado por la imputada se encontraba viciado. De esa manera, denegó el pedido y convocó audiencia de suspensión del proceso a prueba. La Cámara de Apelaciones entendió que la magistrada se había basado en consideraciones personales infundadas, declaró la nulidad de la resolución de primera instancia y apartó a la jueza de trámite (CAPPJCyF, Sala de Feria, causa N° 9258/2020-0, 12/01/2022).

Capítulo 8
Audiencias

Artículo 83. Reglas generales

Las audiencias previstas en esta Ley pueden ser presenciales, virtuales o mixtas. Son presenciales aquellas que por celebrarse en un espacio físico admiten la comparecencia personal de los intervinientes. Son virtuales las audiencias que se desarrollan y transmiten en forma telemática garantizando que los intervinientes participen a través de los medios técnicos que disponga la autoridad convocante. Son mixtas aquellas que se celebran combinando las dos modalidades anteriores.

El Tribunal determinará en su convocatoria, si la audiencia se desarrollará bajo la modalidad presencial, virtual o mixta.

Comentario

Este capítulo se encuentra conformado por un único artículo cuya finalidad es regular la modalidad en la que se pueden llevar a cabo las audiencias previstas en este Código Procesal.

Para entender su importancia, conviene poner en contexto el momento en que entró en vigencia esta modificación.

Fue introducida mediante Ley N° 6452, publicada en el Boletín Oficial del 29/10/2021, pero para comprender su importancia y alcance debemos considerar cómo era el escenario previo a la entrada en vigencia de esta norma.

Con fecha 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del virus SARS-CoV-2 como una pandemia; esta circunstancia generó que la mayor parte del año 2020 lo transitáramos en contexto de aislamiento.

Con el objeto de no paralizar la prestación del servicio de justicia, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispuso una serie de medidas, todas ellas vinculadas con el trabajo a distancia. Se destaca, por ejemplo, la obligatoriedad del uso del expediente judicial electrónico y de la firma digital para todos los magistrados y funcionarios del Poder Judicial (Resoluciones de Presidencia CMCABA

N° 359/2020 y 368/2020) y la creación de la Mesa de Entradas Virtual para cada una de las Secretarías de los Juzgados de Primera Instancia en ambos fueros (Resolución de Presidencia CMCABA N° 488/2020, ratificada por Resolución CMCABA N° 144/2020), entre otras.

Ya previo a la pandemia se había dictado la Resolución CMCABA N° 66/2016, que había incorporado el artículo 59 bis al Reglamento para la Jurisdicción Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Esta norma introdujo la posibilidad de llevar a cabo ciertas audiencias mediante el "sistema de videoconferencias". Así, preveía que sería aplicable:

> … a la realización de los actos procesales que requieran la participación personal de los involucrados, cuando exista una imposibilidad de concurrir ante el juez o el funcionario requirente, como así también en todo lo concerniente a la comunicación de las personas privadas de su libertad.

Al mismo tiempo, señalaba que su utilización era optativa. Si bien en un principio el uso de este sistema tuvo sus resistencias, con el paso del tiempo se fue haciendo cada vez más común y luego, con las medidas de aislamiento, obviamente se generalizó.

Con fecha 12 de agosto de 2020, el Consejo aprobó la "Guía de buenas prácticas y recomendaciones para la celebración de juicios orales en materia penal y contravencional de manera remota o semipresencial en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA" (Resolución CMCABA N° 164/2020). No nos detendremos demasiado en su contenido, puesto que la entrada en vigencia del artículo aquí comentado nos releva de hacer un análisis más exhaustivo, al introducir la modalidad a distancia y mixta en lo que hace a la celebración de audiencias. Pero su existencia sirve para graficar cuál era la problemática existente en aquel entonces.

La falta de previsión sobre en qué casos llevar adelante la audiencia bajo modalidad de teleconferencia dio lugar a distintos reclamos y planteos que, en la actualidad, y gracias a la entrada en vigencia de este artículo 83, han quedado atrás.

La norma comentada prevé tres tipos de modalidades distintas: presenciales, virtuales o mixtas, y en su texto se brinda la definición de cada una. La importancia de este artículo es brindar un marco normativo de resguardo para aquella dependencia que decida optar por una de las modalidades previstas en el artículo.

En la actualidad, salvo en general los juicios orales y las audiencias de prisión preventiva, prácticamente no existen audiencias que sean íntegramente presenciales, ya que las ventajas tecnológicas de la celebración a distancia son muchas (entre ellas, la más importante, un significativo ahorro de tiempo) y, vale decir, son un verdadero paso adelante en lo que es una transformación a un Poder Judicial que abraza las bondades tecnológicas de la modernidad.

LIBRO II
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

TÍTULO I
Inicio de las actuaciones

Capítulo 1
Inicio

Artículo 84. Modos de iniciación*
La investigación preparatoria se iniciará:

1. **Por el Ministerio Público Fiscal de oficio, cuando tome conocimiento directo de la presunta comisión de un delito de acción pública dentro del ámbito de su competencia.**
2. **Por el Ministerio Público Fiscal de oficio, como resultado de una actuación de prevención que lo justifique.**

---

* Comentario sobre los artículos 84 a 97 por Daiana Biassotti, Carla Encina, Jimena Pérez y Julián Pistone.

N. del A.: A lo largo de este comentario, siguiendo –entre otras– las "Recomendaciones para un uso no sexista del Lenguaje" de la UNESCO, intentaremos no utilizar el género masculino como genérico, más allá de incorporarlo en ocasiones por cuestiones de estilo y redacción. Entendemos el lenguaje como un producto social e histórico que influye en nuestra realidad y, por tal motivo, nos esforzamos para que en este texto no se haga un uso sexista del lenguaje que reproduzca estereotipos o binarismo de género. En la medida en que la escritura lo permita, nos expresaremos con palabras que incluyan a todo el universo de personas, desdoblando los sustantivos en ocasiones e intercalando sustantivos colectivos / masculino y femenino en oraciones y ejemplos. Esperamos que las personas que están leyendo esta obra en su ámbito profesional y/o académico se encuentren representadas (Balaguer Callejón, María Luisa, "Género y Lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario", en *Revista de Derecho Político*, España, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 01/08/2007. Disponible en: http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-2008-73-0001/genero_lenguaje.pdf [fecha de consulta: 22/04/2023]; Bengoechea, Mercedes, "Sexismo y androcentrismo en los textos administrativo-normativos", Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2005; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), "Política de edad, género y diversidad", 08/06/2011. Disponible en: http://www.refworld.org.es/docid/4e844b142.html [fecha de consulta: 22/04/2023]; Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), "Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje", 1999. Disponible en: http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001149/114950so.pdf [fecha de consulta: 22/04/2023].

3. **Como consecuencia de una prevención policial en casos de flagrancia.**
4. **Como consecuencia de una denuncia o querella.**

Artículo 85. Flagrancia

Se considerará que hay flagrancia cuando el autor del hecho sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza pública, por la víctima o el clamor público.

Estará equiparada a la situación de flagrancia, a los fines previstos en este Código, la persona que objetiva y ostensiblemente tenga objetos o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito.

Capítulo 2
Denuncia

Artículo 86. Formulación de la denuncia

Toda persona que tenga noticia de la comisión de un delito de acción pública, podrá denunciarlo ante el Ministerio Público Fiscal. Si el delito fuera dependiente de instancia privada, solo podrá denunciarlo la víctima, su representante o los organismos autorizados por la ley.

La autoridad de prevención recibirá denuncias solamente en caso de flagrancia o cuando sea necesaria su inmediata intervención para evitar consecuencias del delito, la pérdida de la prueba o la fuga de sus partícipes. El simple denunciante no será parte en el proceso.

Artículo 87. Obstáculos para denunciar

Nadie podrá denunciar a su cónyuge, a quien esté unido civilmente, conviviente, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el hecho aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo ligue con el/la denunciado/a, o cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz de valerse por sí misma.

Artículo 88. Obligación de denunciar

Tendrán obligación de denunciar los delitos de acción pública los funcionarios públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 89. Modos de formular la denuncia

La denuncia podrá hacerse por escrito o verbalmente, personalmente o por medio de mandatario especial. En este último caso deberá acreditarse la representación invocada, bajo consecuencia de tenerla por formulada por el presentante a título personal.

El funcionario de las fuerzas de seguridad o integrante del Ministerio Público Fiscal que reciba la denuncia deberá comprobar y hacer constar la identidad del denunciante y hacerle entrega de una copia firmada. Si fuera verbal se labrará un acta.

Artículo 90. Contenido de la denuncia

La denuncia deberá contener, en cuanto fuera posible, un relato preciso y circunstanciado del hecho, la indicación de los partícipes, damnificados, testigos y demás elementos útiles para la comprobación del delito y la determinación de su calificación legal.

Artículo 91. Denuncia ante la policía, fuerzas de seguridad u otros funcionarios públicos.

El integrante de la policía u otra fuerza de seguridad y cualquier otro funcionario público que reciba una denuncia deberá transmitirla inmediatamente al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de realizar las actuaciones urgentes que correspondan.

Artículo 92. Consecuencia inmediata de la denuncia

Cuando el/la Fiscal reciba la denuncia directamente o proveniente de la policía, otra fuerza de seguridad u organismo estatal, dispondrá el archivo, planteará ante el/la Juez/a la incompetencia o dará curso a la investigación preparatoria, según corresponda. En este último caso dictará el decreto de determinación de los hechos.

La denuncia penal

Concepto. La instancia de la acción penal

Si quisiéramos delinear el concepto de denuncia, bien podríamos decir que se trata de todo aquel acto mediante el cual una persona pone en conocimiento de la autoridad competente la información con la que cuenta acerca de la posible comisión de un ilícito penal, debiendo ser interpretado, a nuestro entender, de un modo verdaderamente amplio.

En este sentido, Julio Maier ha dicho que consiste en un "acto voluntario de una persona mediante el cual ella comunica a alguna autoridad de la persecución penal establecida por la ley, la noticia que tiene sobre la comisión de un delito de acción pública".[1]

En definitiva, se trata de la facultad de aquella persona que posee información sobre la posible comisión de un ilícito de naturaleza penal, quien la podrá ejercer en caso de estimarlo corresponder (así lo dice la norma: "podrá denunciarlo…"), puesto que se carga legalmente con la obligación de hacerlo en un número reducido de supuestos (cfr. art. 88 CPPCABA).

Ahora bien, el artículo 86 CPPCABA, en la parte final de su primer párrafo, se refiere especialmente a los delitos dependientes de instancia privada, aclarando que solo podrá denunciarlos la víctima, su representante o los organismos autorizados por la ley.

Sobre el particular, consideramos relevante abordar un aspecto en concreto, que se vincula con las formalidades para la instancia de la acción en ese tipo de delitos.

Para comenzar, recordemos sucintamente que el Código Penal en el Título XI del Libro Primero regula lo atinente al "ejercicio de las acciones" y se refiere a los delitos de acción pública en el artículo 71, a los dependientes de instancia privada en el artículo 72 y a los de acción privada en el artículo 73.

Pues bien, como venimos diciendo, en lo que aquí resulta de interés lo cierto es que para la persecución penal oficial de aquellos delitos contemplados en el artículo 72 CP es preciso contar con la instancia

1. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III, p. 226.

de la víctima, su representante o los organismos autorizados por la ley para poder avanzar.

La cuestión radica en poder determinar en qué consiste ese acto de "instar la acción penal", cuáles son sus implicancias, sus términos, sus condiciones o características.

Hemos de señalar primeramente que ni el artículo 72 del CP ni el artículo 86 del CPPCABA contienen alguna especificación a tal respecto. Es decir, ninguna de las dos normas establece que, para cumplir con el recaudo de la instancia de la acción, sea preciso observar tal o cual forma sacramental.

Es posible sostener, entonces, que el acto mismo de formular la denuncia permite tener por cumplida dicha condición y que ello resulta suficiente para el avance –de oficio– de la investigación. Entendemos que esa clara demostración por parte de los denunciantes de su voluntad de alertar a la autoridad sobre la posible comisión de un ilícito penal, alcanza para tener por satisfechos los recaudos de la norma, en tanto permite demostrar el interés de aquellos en la prosecución de la pesquisa, siendo esto, en definitiva, lo que pretende el citado artículo 72 del CP: que en los delitos allí previstos sean las personas allí individualizadas quienes pongan en marcha el aparato de persecución penal; con la manifestación de esa voluntad, y sin ninguna otra particularidad, alcanza para ello.

En esta línea de pensamiento creemos que, a los fines de tener por cumplido el requisito de instancia de la acción en los delitos consagrados en el artículo 72 del CP, en modo alguno debe exigirse la pregunta que suele efectuarse, relativa a si se desea o no se desea instar la acción penal, en el intento de que la persona que esté siendo interrogada responda por sí o por no y que, recién a partir de allí, sea posible avanzar, en su caso, en la investigación de que se trate. Lo consideramos, en efecto, un formalismo carente de todo sentido.

Piénsese, por ejemplo, en el hipotético supuesto en el cual quien estuviera recibiendo la denuncia no explicara al entrevistado el significado de ese específico cuestionamiento, circunstancia que, por lo demás, resulta difícil conocer, puesto que no suelen consignarse detalladamente en los formularios de denuncia las consideraciones pertinentes que den cuenta de que, efectivamente, fueron explicadas a la víctima sus implicancias. Supongamos que esa persona responda

negativamente, sosteniendo que no desea "instar la acción penal"... ¿sería prudente no avanzar en el proceso únicamente a partir de ello, es decir, del incumplimiento de una forma sacramental que no está consagrada en la ley? Nos preguntamos qué sucede, además, con las denuncias formuladas por medios electrónicos, por ejemplo. En ese caso, si quien redacta el correo no consigna expresamente "deseo instar la acción penal en el caso", ¿no es posible dar inicio a una investigación penal a partir de tal anoticiamiento? Porque no siempre los denunciantes conocen de términos legales, de recaudos y pretensiones, para el avance de una investigación penal.

Creemos, entonces, que es preciso quitar formalismos al acto de "instar la acción penal", y que para ello resulta harto suficiente la voluntad de quien decide formular una denuncia ante la autoridad. Dicho en términos más llanos, conocer esa voluntad, esa intención, alcanza a los fines del artículo 72 del CP, y nada más se necesita para avanzar en la investigación. Porque, en definitiva, se trata de delitos de acción pública, sometidos a la observancia de una condición inicial para su prosecución.

En igual sentido creemos que, una vez formulada la denuncia por parte de la víctima –supongamos–, tampoco se necesita que esa voluntad evidenciada en el acto de denunciar sea revisada constantemente a lo largo del proceso. Lo que queremos decir con esto es que, contando con la autorización previa de la víctima, el acusador púbico puede luego ejercer la acción penal,[2] sin que sea preciso verificar constante o incluso periódicamente si ese ánimo aún permanece. En definitiva, si la persona damnificada expresara su desinterés durante el curso del proceso, será el Ministerio Público Fiscal el encargado de valorar tal circunstancia y, eventualmente, actuar en consecuencia. Ello así, considerando una multiplicidad de factores, como ser el estado procesal del caso, los hechos denunciados, las evidencias con las que se cuente, etcétera. Pero de ningún modo puede la presencia de la voluntad del denunciante convertirse en un recaudo a verificar con cierta periodicidad para el avance de la investigación.

Estas consideraciones, cabe destacar, adquieren particular relevancia en los casos de violencia contra las mujeres (véase además que,

2. Binder, Alberto. *Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, T. II, p. 384.

precisamente, los delitos taxativamente enumerados en el art. 72 CP tienen particular vinculación con problemáticas de género), en los que no es extraño que las víctimas, inmersas en el llamado círculo de la violencia, manifiesten inicialmente su clara voluntad de avanzar en el caso, y que luego, transcurrido cierto tiempo, desistan de tal interés. En esos supuestos, entendemos que menos aún es posible considerar la vigencia de la voluntad de la damnificada como un requisito para la prosecución de la pesquisa hacia instancias ulteriores, siendo la fiscalía la que deberá determinar, en función de diversos factores, en su calidad de mejor conocedora del caso en concreto y del conflicto que le dio origen, y siempre con perspectiva de género, si esa supuesta modificación en su ánimo debe acarrear alguna consecuencia en particular. Aunado a ello no es posible soslayar que, además de verificar periódicamente el interés de la damnificada en el avance del caso, se correría el serio e indeseable riesgo de incurrir en su revictimización.

Por lo demás, consideramos que lo señalado en torno a que no debe exigirse formalidad alguna al momento de denunciar (como la pregunta –y la respuesta– relativa a si se desea instar a acción), debe trasladarse incluso más aun a estos casos de violencia contra la mujer, que reúnen ciertas particularidades y que exigen actuar con extrema prudencia. Es que, si entendemos que en los conflictos en general tal formalismo carece de todo sentido, más aun en estos casos, cuya falta de prosecución puede acarrear para el Estado argentino responsabilidad internacional.[3]

Finalmente, es preciso destacar que un supuesto diferente de los que fueran hasta aquí analizados es traído por el artículo 72, en su apartado "b", en tanto dispone que en el caso de las lesiones leves podrá procederse de oficio –es decir, sin que sea necesaria la instancia de la acción– "cuando mediaren razones de seguridad o interés público". Esta previsión también adquiere particular relevancia en los casos de violencia de género, puesto que resulta de interés la discusión sobre la configuración de esos supuestos, de "razones de seguridad" o "razones de interés público", como así también otros aspectos vinculados a dicha temática, en tanto se ha determinado, por ejemplo, que "el delito constitutivo de lesiones leves agravadas por el vínculo y por ser cometidas en un contexto de violencia de género (art. 92, en función de los

3. Leyes N° 24632 y 26485.

arts. 89 y 80 incs. 1 y 11 CP) escapa de la esfera de las acciones dependientes de instancia privada prevista para los delitos que taxativamente enumera el artículo 72 del CP, que requiere para su procedencia la instancia de la víctima",[4] cuestiones todas que, más allá de su interés, excedan probablemente el marco de este trabajo.

Limitaciones a la recepción de denuncias por parte de la autoridad de prevención

El artículo 86 CPPCABA, en su párrafo segundo, establece cierta limitación a la recepción de denuncias por parte de la autoridad de prevención. En efecto, parecería que la norma intenta acotar la intervención del personal policial en la toma de denuncias para aquellos casos en los cuales sea preciso actuar con cierta premura: supuestos de flagrancia dice el artículo, o bien cuando sea necesaria la inmediata intervención de la autoridad para evitar consecuencias del delito, la pérdida de prueba o la fuga de sus partícipes.

Sin embargo, lo cierto es que, a poco que se observe la cotidianeidad propia de nuestra práctica judicial –por llamarla de alguna manera– fácil resulta afirmar que en modo alguno dicha previsión se observa. Por el contrario, bien sabido es que la autoridad de prevención recibe denuncias en las más variadas circunstancias, de modo que lejos está de ser respetada tal "restricción" normativa. Ello, en línea con lo dispuesto en el artículo 91 CPPCABA, norma esta que, en su espíritu, parecería contradecir el segundo párrafo del artículo 86 del que se viene hablando.

Señala Alberto Binder que "debe quedar claro [...] que entre fiscales y policía de investigación debe existir una relación estrecha, bajo las formas institucionales que garanticen una mayor eficiencia y eficacia en la obtención de resultados político-criminales"[5] y, al propio tiempo, que "se debe establecer con claridad el deslinde de acciones que son concurrentes para evitar duplicaciones y situaciones de bloqueo".[6]

4. CAPPJCyF, Sala I, "Sánchez Pérez, Ian Ariel sobre lesiones leves", causa N° 47670/2019-1, 31/05/2021.

5. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2014, T. II, p. 511.

6. Ibídem, p. 514.

A la luz de estas consideraciones, entendemos que el cumplimiento de la norma en análisis adquiere particular relevancia y utilidad a los fines de avanzar en una investigación penal.

En efecto, véase por un lado que no solo resulta útil sino además aconsejable que sea la autoridad de prevención quien reciba la primera información tras la comisión de un ilícito penal, cuando las circunstancias que lo rodean conllevan cierta urgencia, ya sea porque se trata de un hecho flagrante o bien porque es preciso su inmediata intervención en función de los diversos supuestos previstos en la propia norma.

Y ello resulta razonable en tanto es la fuerza policial quien, a partir de la información puesta en su conocimiento, deberá practicar las diligencias que no admitan demora, como ser "[c]uidar que los rastros materiales del hecho sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique" (inc. 1 del art. 95 CPPCABA), o también:

> … en caso necesario y cuando la naturaleza del hecho lo justifique, disponer que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquel mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan… (inc. 3).

Incluso, entre otras funciones que la norma específicamente le asigna:

> … si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica (inc. 3 de la misma norma).

En definitiva, será la autoridad de prevención la que recabará evidencias con relación al hecho, preservará la cadena de custodia, entre otras varias cosas.

Por el contrario, se presentan otros casos en los cuales "el Ministerio Público querrá tomar directamente la primera declaración…".[7] Y esto también resulta razonable en tanto se trata de quien, en el marco del sistema acusatorio que impera en esta Ciudad, dirige y lleva adelante la investigación. De tal modo, podrá rodear al acto de los recaudos que estime corresponder, preguntando a los denunciantes ampliamente sobre toda

7. Ídem.

aquella información con la que cuenten, en el intento de generar una primera y mejor aproximación a la situación motivadora del inicio de una pesquisa penal, teniendo en cuenta que, en la órbita del fuero local, el MPF cuenta con distintos canales dispuestos a tal fin, en tanto es posible radicar una denuncia telefónicamente, por la página web del MPF, por mail o por supuesto de forma presencial. Así, podrá incluso convocar a la víctima a fin de que a los pocos días concurra a prestar declaración, requerirle que aporte elementos de prueba que den sustento a sus manifestaciones, pudiendo incluso orientarla en tal sentido.

Ante este panorama, entonces, consideramos de interés el cumplimiento de tal previsión normativa en la práctica puesto que, dicho en términos más llanos, esta específica división de tareas entre la fuerza de seguridad y quien ejerce la dirección de la pesquisa puede resultar de utilidad. Para ello, será el Ministerio Público Fiscal quien deberá impartir directivas claras sobre la base de una planificación, previamente realizada, siendo preciso "establecer criterios claros de cuándo actúa cada institución".[8]

Para finalizar este punto, creemos conveniente también señalar que Maier pareciera deslizar cierta crítica sobre la aludida previsión, en tanto indica que los funcionarios policiales o los funcionarios del MPF son los receptores naturales de la denuncia, debido a sus atribuciones respecto de la persecución penal, agregando a ello que "[e]l efecto jurídico inmediato de la denuncia [...] consiste en disparar una serie de facultades y deberes de las autoridades públicas que la reciben, deberes y facultades relativos a la persecución penal que concluyen en actos del procedimiento", y destacando allí que

> ... insólitamente, el CPP de la Ciudad de Buenos Aires, solo torna obligatoria la recepción de la denuncia y dispara deberes para el funcionario policial que la recibe en caso de flagrancia o necesidad imperiosa de evitar daños provenientes del delito, la fuga de los participantes en él o la pérdida de elementos probatorios.[9]

8. Ídem.

9. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2011, T. III, p. 229.

El simple denunciante

Llegados hasta aquí es preciso destacar que en el citado artículo 86 CPPCABA se lee finalmente que el simple denunciante no es parte en el proceso penal. Sin embargo, entendemos que tal circunstancia en modo alguno implica desconocer los derechos que de todos modos le asiste en su calidad de víctima de los sucesos de que se trate. A tal fin, resulta suficiente hacer un breve recorrido por las previsiones que contiene el propio Código y que dan cuenta de ello.

Véase, tan solo a modo de ejemplo, que el artículo 38 del CPPCABA se titula, precisamente, "[d]erechos de la víctima y testigos", mientras que el artículo 39 regula lo atinente al "derecho a recibir el patrocinio jurídico necesario para ejercer sus derechos y, en caso de que lo requiera, para querellar…" que asiste a la víctima y que debe garantizar el Estado. Aunado a ello, lo cierto es que el artículo 40 contempla los derechos "de la víctima en particular", que el artículo 41 dispone que cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad, de acuerdo a los parámetros allí establecidos, "las autoridades deberán dispensarle atención especializada", sumado a que el siguiente artículo –42– establece que "[l]as autoridades adoptarán todas las medidas que prevengan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso…" según allí lo dispone. Asimismo, el artículo 43 consagra los derechos que asisten a la víctima durante la ejecución de la pena; el siguiente dispone que "[l]os derechos reconocidos en este capítulo serán enunciados *por* el/la magistrado/a del Ministerio Público Fiscal, al momento de practicar la primera citación formal de la víctima o del testigo", y el Título VIII regula lo atinente al "archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención", disponiendo en los distintos artículos que incluye la posibilidad que asiste a las víctimas de requerir la revisión del temperamento adoptado en tal sentido, oponiéndose a su respecto.

En función de todo lo dicho entonces, y conforme fuera sostenido al inicio, resulta evidente que asisten a las víctimas diversos derechos en el marco del proceso penal iniciado a raíz de los sucesos que las hayan tenido por damnificadas, aun cuando no sean técnica y formalmente "parte" en aquel.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que también se ha señalado que la exclusión del denunciante como parte en el proceso debería implicar únicamente su ausencia de participación regular como sujeto del procedimiento, con facultades y deberes en él, sin que dicha exclusión signifique ausencia total de deberes en el caso. Es que el denunciante podría ser convocado a declarar o, simplemente, a brindar la información con la que cuente respecto de aquello para lo cual se lo cite, sumado a que no le está impedido asumir otros roles procesales, en tanto de reunir los requisitos pertinentes puede constituirse en parte querellante.[10]

Cómo se formula la denuncia y qué debe contener. La llamada "denuncia anónima"

La "denuncia anónima"

El artículo 89 del CPPCABA se refiere a los "modos de realizar la denuncia", aspecto en torno al cual adquiere particular importancia tratar lo atinente a la denominada "denuncia anónima".

En efecto, resulta evidente que nuestro Código no contiene una regulación específica a su respecto (como tampoco la tiene el Código Procesal Penal Federal, por caso), tal como sí sucede con otros códigos procesales.

Véase en este sentido que, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén regula en su artículo 126 lo atinente a la denuncia y, en cuanto aquí interesa, dispone que "el funcionario que la reciba comprobará y dejará constancia de la identidad y domicilio del denunciante", agregando en ese aspecto que "[e]n ningún caso se aceptará una denuncia anónima".

Por su parte, el Código de Procedimiento en materia penal de la provincia de Río Negro prevé en su artículo 123 que el funcionario que reciba la denuncia "comprobará y dejará constancia de la identidad y domicilio del denunciante", con la específica incorporación relativa a que "[l]a denuncia anónima hará las veces de '*notitia criminis*' y será el juez quien, en definitiva, valorará su credibilidad y validez del procedimiento".

10. Ibídem, p. 228.

Ahora bien, Diego Seitún, al comentar el fallo de la CSJN "Halford", explica con claridad que el fundamento que se ha dado a la necesidad de comprobar y hacer constar la identidad del denunciante guarda relación con las consecuencias jurídicas que pueden desatarse ante la formulación de una denuncia falaz, en tanto el anonimato aseguraría la impunidad de la denuncia falsa. A ello agrega el autor que se ha sostenido que la denuncia anónima impide ejercer el derecho del imputado a comprobar y contrastar las pruebas de cargo, como así también que la identificación del denunciante pretende evitar, además, denuncias de incapaces, violaciones al secreto profesional e imputaciones entre parientes. Sin embargo, tal como señala a continuación, no es posible soslayar que gran cantidad de investigaciones policiales se inician como consecuencia de llamados telefónicos anónimos y que ello no ha significado, como regla, su invalidez. [11]

En sentido coincidente con la postura plasmada en el CPP de Río Negro, creemos que es posible sostener y afirmar la validez de la denuncia anónima como modo de inicio de un proceso de naturaleza penal. Es decir, entendemos que su carácter anónimo no constituye un impedimento para que sea el punto de partida de una pesquisa en cuyo marco, con posterioridad, los datos brindados por su intermedio sean corroborados a partir de las diligencias que vayan a ser desplegadas.

En otras palabras, se trata en definitiva del acto a través del cual una persona pone en conocimiento de una autoridad (cualquiera que sea), la información que obra en su poder acerca de la presunta comisión de un ilícito penal, siendo preciso entender el acto como mero anoticiamiento o *notitia criminis* y no como acto formal –de denuncia– en los términos del artículo 86 del CPPCABA, o incluso del artículo 89 del mismo cuerpo de normas, de modo de poder sostener la inobservancia de su texto en cuanto postula que

> … la denuncia podrá hacerse por escrito o verbalmente, personalmente o por medio de mandatario especial. […] El funcionario de las fuerzas de seguridad o integrante del Ministerio Público Fiscal que reciba la denuncia deberá comprobar y hacer constar la identidad del denunciante…

11. Seitún, Diego, "La denuncia anónima como fuente del proceso penal y el alcance de las tareas de investigación del personal policial", en Pitlevnik, Leonardo; Muñoz, Damián (dirs.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Ed Hammurabi, 2019, T. 26, pp. 65-66.

Así pues, el principal error radica en la manera de concebir el acto en análisis, puesto que, además de denominarlo *denuncia* anónima, quienes sostienen su invalidez suelen rodearlo de los requisitos propios de la denuncia en sentido estrictamente formal, de modo que, al no cumplir con la totalidad de ellos (principalmente, la constatación de la identidad del denunciante), resulta fácil considerarla inválida o incluso, eventualmente, nula.

Ahora bien, si la cuestión radicase en otorgarle alguna especie de encuadre normativo, y en el entendimiento de que tal como fuera antes mencionado no es posible pretender la cabal observancia de los artículos 86 y 89 del CPPCABA en el asunto que nos ocupa –porque, insistimos, no se trata de una denuncia propiamente dicha–, no es posible soslayar que el artículo 84 de ese cuerpo de normas sostiene: "[l]a investigación preparatoria se iniciará: 1) por el Ministerio Público Fiscal de oficio, cuando tome conocimiento directo de la presunta comisión de un delito de acción pública dentro del ámbito de su competencia…".

Véase incluso que, oportunamente, la Fiscalía General estableció como criterio general de actuación "en los supuestos de denuncias efectuadas en forma anónima, el impulso de la acción con carácter de *notitia criminis* de los fiscales competentes, disponiendo las medidas de investigación tendientes a corroborar el suceso ilícito denunciado…".[12]

Llegados hasta aquí adquiere particular relevancia destacar que recientemente se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia local sobre el particular,[13] diciendo:

> … es preciso distinguir entre el acto de denunciar en sentido propio (acto procesal que se encuentra rodeado de las formalidades establecidas en el CPP…) y el mero "anoticiamiento", incluso a pesar de que este pueda ser llamado, coloquialmente, "denuncia anónima". En el caso, existió una información sobre la presunta comisión de un delito de acción pública (venta sin autorización de sustancias medicinales que requieren receta médica para su comercialización), que fue recibida a través de la página *Web* oficial de la Institución –www.fiscalias.gob.ar–. Esa información, en

12. Resolución FGCABA N° 64/2008, art. 1.

13. TSJCABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en NN, NN s/ 204 *quinquies*, venta sin autorización de sustancias medicinales que requieren receta médica", causa N° 17393/19, 12/08/2021.

la medida que no existían indicios para inferir o sospechar que haya sido producto del desconocimiento de una garantía constitucional ni que a través de ella se persiguiera un fin ilícito, era válida para desencadenar la actuación de la prevención de acuerdo con el deber funcional del Ministerio Público Fiscal. En efecto, la *notitia criminis* le impone a ese Ministerio el deber de actuar en los términos del artículo 77, inc. 1, CPP que establece que la investigación preparatoria se iniciará: "1) [p]or el Ministerio Público Fiscal de oficio, cuando tome conocimiento directo de la presunta comisión de un delito de acción pública dentro del ámbito de su competencia". Por ello, asiste razón al recurrente cuando afirma que la circunstancia de que una persona cuya identidad no pudo ser determinada hubiese alertado sobre un supuesto ilícito, no puede ser invalidado sin más, pues, de hecho, es deber funcional del Fiscal actuante receptar esa información y profundizar con una investigación los hechos que conoció por ese medio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 77, CPP...[14]

En igual sentido, se afirmó:

... estas actuaciones, como se dijo, se iniciaron producto de una información recibida a través de la página web oficial del Ministerio Público Fiscal, donde se alertaba sobre la presunta comisión de un delito de acción pública [...]. Esa información, de acuerdo con el deber funcional de la fiscalía (artículo 5, CPP), resultaba válida para desencadenar la promoción de la investigación. En efecto, la *notitia criminis* le impone a la fiscalía el deber de actuar en los términos del artículo 83, inc. 1, CPP. Por ello, asiste razón a la parte cuando afirma que no puede ser invalidada sin más la circunstancia de que una persona, cuya identidad no pudo ser determinada, hubiese alertado sobre un supuesto ilícito, pues, en rigor, es su deber funcional receptar esa información y profundizar con una pesquisa los hechos conocidos por ese medio, conforme lo dispuesto por las normas citadas. En función de ello y en consonancia con el criterio general de actuación de la Resolución FG nº 64/2008, que regula esta constelación de supuestos, el fiscal solicitó, además, determinadas medidas de prueba al juzgado interviniente, con el objeto de constatar la verosimilitud de los extremos puestos en conocimiento. Por tanto, la fiscalía obró dentro de lo establecido por la ley procesal y del criterio general que guía su actuación; es decir, satisfizo las reglas de procedimiento para asegurar la averiguación de la verdad, siendo incorrecto el dictado de la nulidad.[15]

14. Ibídem, voto del Dr. Otamendi y de la Dra. Weinberg.

15. Ibídem, voto de la Dra. De Langhe.

Por su parte, adquiere particular relevancia destacar que la CSJN en el citado precedente "Halford",[16] con una mayoría conformada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, sostuvo sobre el particular que

> … la fundamentación que ensaya el *a quo* con el fin de explicar la extensión de la nulidad decretada es incorrecta, en tanto no se advierte allí que ni el modo en el que fue recabada la *notitia criminis*, ni las posteriores tareas de verificación de la información allí aportada que desarrollaron los agentes policiales, generaron alguna afectación irreparable a las garantías constitucionales que amparan a los investigados, que merezca ser desvinculada en su análisis de las restantes circunstancias que permitieron al tribunal oral que dictó la sentencia condenatoria sostener la validez de lo actuado.

Esto, claro, en el marco de un caso cuya génesis se remonta a la denuncia formulada por una persona que no fue identificada. Por lo demás, los magistrados Rosatti y Rosenkrantz compartieron "… en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad", destacándose en este aspecto lo dicho por el procurador al respecto, en tanto afirmó:

> … considero que el solo mantenimiento del anonimato del denunciante cuya información originó la investigación no es suficiente para tenerla por inválida. En mi opinión, es acertada la interpretación del *a qua* según la cual la jurisprudencia de V.E. en materia de intromisiones policiales en ámbitos constitucionalmente protegidos requiere, en primer lugar, que los funcionarios involucrados den cuenta de los hechos sobre la base de los cuales consideraron justificada la injerencia realizada a fin de permitir el control judicial de sus actos […]. Sin embargo, no encuentro fundamento en los hechos del caso para postular que tal exigencia haya sido incumplida. Antes bien, advierto que los funcionarios de la policía provincial que intervinieron en el inicio de este proceso asentaron suficientemente sus actos del día 13 de mayo de 2009 que llevaron esa misma noche a la detención de los acusados, de modo que el magistrado que intervino a partir de entonces pudo ejercer un control significativo de la actuación policial desarrollada. Y si bien la decisión de no registrar la

16. CSJN, Fallos: 341:1237, "Halford, Jorge Rubén s/ infracción ley 23.737 (art. 5, inc. c)", 27/09/2018.

> identidad del denunciante ni los términos de su declaración pudo haber limitado la capacidad jurisdiccional para ejercer ese control, considero que ese defecto no es idóneo para anular todo lo actuado en su consecuencia como lo ha hecho el tribunal de casación si, como ocurre en el presente caso, no se ha alegado perjuicio alguno para los acusados que sea específicamente atribuible a dicha omisión.

Así las cosas, el desarrollo efectuado y las citas legales y jurisprudenciales consignadas, nos conducen a sostener que, sin ninguna duda, la denuncia anónima como hito disparador de una investigación penal es válida. Al respecto, no es menor analizar el fenómeno, incluso, desde un aspecto distinto que se vincula más bien con las consecuencias que una postura diferente a la aquí postulada puede acarrear.

Primeramente, cabe señalar que el inicio de una investigación de este modo no resulta extraño si se atiende, por caso, al tipo de delito involucrado. En efecto, sucede con frecuencia en el campo de las inobservancias al régimen penal de estupefacientes, circunstancia esta que debe especialmente considerarse en el ámbito del fuero penal local frente al traspaso de competencia vinculado a la materia. Aún más, lejos de resultar extraño, constituye una modalidad habitual y hasta muy propia de infracciones de esa naturaleza. Tal es así que la propia Ley N° 23737 establece en su artículo 34 bis lo siguiente: "[l]as personas que denuncian cualquier delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, se mantendrán en el anonimato". Y sobre el punto se ha señalado:

> … con el anonimato personal la ley quiere evitar, en la persona del denunciante o en la de sus terceros allegados, la concurrencia de eventuales peligros y riesgos personales, y a su vez, estimular en los habitantes una mayor iniciativa para que se presenten a denunciar estos delitos.[17]

Este tipo de infracciones, mencionadas tan solo a modo de ejemplo, permiten pensar qué ocurriría si no se aceptase el inicio innominado de un proceso penal a su respecto. Es que en muchos casos suele suceder que debido a las implicancias, gravedad y trascendencia del delito de que se trate, quien lo denuncia siente cierto temor de aportar

17. Culotta, Juan M., "Ley 23.737. Régimen penal de estupefacientes", en D'Alessio, Andrés (direc); Divito, Mauro, (coord.), *Código Penal de la Nación: anotado y comentado*, 2011, T. 3, p. 1145.

sus datos personales, por las eventuales represalias que, a todo evento, pudieran tomarse a su respecto. Piénsese por caso en una situación en la cual la maniobra puesta en conocimiento de la autoridad sea llevada a cabo por una organización criminal.

No avalar una *notitia criminis* en estas condiciones permitiría dejar carente de investigación este tipo de episodios, lo cual, ante el panorama descripto, no resulta razonable.

Aunado a ello, suscribir dicha postura conduciría a otros absurdos. En palabras del juez del TSJ local, Luis Francisco Lozano:

> … si la denuncia que estimuló ese obrar impidiera al MPF ejercer las competencias que les son propias […], bastaría una denuncia anónima para que una conducta quede potencialmente despenalizada. Esa denuncia contaminaría cualquier obrar posterior, incluso el propio de las fuerzas de prevención o del MPF. Imaginemos que en una comisaría se recibe una denuncia anónima donde se atribuye a determinadas personas estar cometiendo estragos en la vía pública o quemando vehículos, los agentes policiales no podrían ir a constatar esos hechos porque toda actuación posterior estaría teñida de ilegítima. Esa interpretación no surge del código en modo alguno.[18]

Por lo demás, es dable destacar que, quienes se posicionan en la vereda contraria, suelen postular como criterio garantizador de su análisis la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido precedente "Quaranta".[19] Sin embargo, en ese caso el Máximo Tribunal decidió absolver al acusado tras considerar inválida una intervención telefónica dispuesta, pero no a partir del llamado telefónico anónimo que diera origen al legajo, sino más bien por no contar con elementos de prueba suficientes que dieran sustento a tal medida. La atenta lectura de tal precedente permite concluir que en modo alguno la Corte, tras su dictado, decidió no avalar la *denuncia anónima* como modo de inicio de un proceso de estas características.

Para finalizar, y a modo de síntesis en lo que a este punto atañe, consideramos que no hay argumentos que razonablemente permitan

18. TSJCABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en NN, NN s/ 204 *quinquies*, venta sin autorización de sustancias medicinales que requieren receta médica", causa N° 17393/19, 12/08/2021.

19. CSJN, Fallos 333:1674, "Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737", 31/08/2010.

quitar validez al inicio de un caso penal a través de un anoticiamiento innominado por parte de una persona, considerando que luego, claro está, el órgano acusador desplegará las medidas tendientes a acreditar esa información sobre la posible comisión de un ilícito, lo que eventualmente le permitirá construir una imputación determinada y avanzar en el proceso, en el intento de arribar, eventualmente, a una instancia de debate oral y público.

Rodear a dicho acto de mayores exigencias, desconociendo su condición de fuente de conocimiento, cuando además aquellos no resultan legalmente exigibles en los términos precitados, no hará más que alejar a la población del sistema de justicia, en situaciones que pueden revestir cierta trascendencia y gravedad, cuando debiéramos propender siempre, como sus operadores, a garantizar un más fácil y ágil acceso a aquel por parte de la sociedad en su conjunto.

Contenido de la denuncia y canales dispuestos para su formulación

Llegados hasta aquí debemos destacar que la denuncia debe contener la mayor información posible para permitirle al Ministerio Público Fiscal tomar una decisión rápida, ya sea el archivo del caso por alguno de los supuestos establecidos en el artículo 212 del CPPCABA, solicitar la declinación de competencia ante el juez de garantías, o fijar el objeto de determinación de los hechos de conformidad con el artículo 99 del CPPCABA (art. 92 CPPCABA).

Por ese motivo, el hecho que se pretende denunciar debe estar circunstanciado, si fuera posible, en tiempo, modo y lugar, y, asimismo, el/la denunciante debe aportar toda la evidencia que tenga en su poder para acreditarlo.

En el supuesto de que el contenido de la denuncia no cumpla con estos requisitos, el Ministerio Público Fiscal podrá entrevistar al denunciante para que amplíe su declaración, y poder conocer así mayores pormenores acerca de la información inicialmente vertida, para que aporte evidencia relevante para la investigación y a los demás fines que se estime corresponder, no obstante lo cual, si aquel quisiera constituirse en parte querellante al momento de formular la denuncia,

deberá cumplir con las formalidades previstas en los artículos 11 y 12 del citado cuerpo de normas.

Por lo demás, a la luz del mencionado artículo 89 CPPCABA es preciso considerar que las denuncias pueden ser formuladas por los diversos canales dispuestos por el Ministerio Público Fiscal a tal fin, en tanto es posible hacerlo de forma telefónica, por correo electrónico, por la página *web*, además de que existe la posibilidad de efectuar dicho anoticiamiento, por supuesto, de forma presencial. Y en torno a ello creemos posible efectuar similares consideraciones que las hasta aquí vertidas respecto a la llamada denuncia anónima.

Es que una interpretación rigurosa y estricta de la letra de la norma permitiría sostener, tal vez, que una denuncia realizada por *mail* o bien por la página *web* del MPF –esto es, volcando la información requerida en los distintos casilleros que allí se observan–, incumple las previsiones del artículo 89 CPPCABA, en tanto –recordemos– dispone en cuanto aquí interesa: "El funcionario de las fuerzas de seguridad o integrante del Ministerio Público Fiscal que reciba la denuncia deberá comprobar y hacer constar la identidad del denunciante y hacerle entrega de una copia firmada". Y lo cierto es que, al igual que en el caso de las *denuncias anónimas*, quitarle validez a las *notitias criminis* que llegan a conocimiento de la autoridad por esas vías carecería de todo sentido.

Máxime considerando la trascendencia de la digitalización en la actualidad, los enormes beneficios de su implementación en nuestro ámbito y, además, los cambios que necesariamente generó la particular situación sanitaria que a raíz del virus SARS-CoV-2 hemos tenido que atravesar.

Personas que se encontrarían impedidas de denunciar y quiénes deben hacerlo

La finalidad de la previsión contenida en el artículo 87 CPPCABA es la protección integral del vínculo familiar por sobre la persecución penal, de acuerdo con los principios que surgen de los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 17, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estos dos últimos instrumentos con jerarquía constitucional.

Parte de la doctrina considera que la consecuencia de una denuncia realizada por una persona contra otra que revista alguno de los vínculos establecidos en dicho artículo, respecto de un hecho de acción pública que no se encuentre encuadrado dentro de las excepciones allí descriptas, resulta nula y, por lo tanto, no puede avanzarse en su investigación y juzgamiento.[20]

Esta prohibición no implica que el familiar no pueda declarar en carácter de testigo por caso, pero, por los mismos fundamentos que respaldan esta norma, tendrá la facultad de abstenerse de declarar de acuerdo con lo previsto en el artículo 129 del CPPCABA.

Por otra parte, también existe una posición más flexible a la hora de interpretar los ritualismos establecidos en el Código, la cual sostiene que el presunto delito de acción pública puesto en conocimiento del Ministerio Público Fiscal, más allá del vínculo entre denunciante y denunciado/a, puede ser investigado y perseguido penalmente por ser considerado una *notitia criminis* de conformidad con lo previsto en el artículo 84, inciso 1, del CPPCABA.

Aquellos que se inclinan por esta última postura entienden que el derecho a la protección integral a la familia es renunciable pues:

> … si la persona concurrió a formular la denuncia es porque apreció que a partir de la comisión del delito los vínculos familiares ya estaban afectados; de lo contrario, en tanto la denuncia es facultativa, hubiera privilegiado esas relaciones y no habría efectuado la denuncia. Es decir, lo correcto parece ser dejar en manos de la persona que tiene conocimiento del hecho delictivo la decisión de denunciar o no, no haciendo presunciones legales que se colocan por encima del interés de las personas.[21]

En este sentido, Maier señala que

> … la prohibición es anacrónica y ni siquiera resulta eficiente para aquello que se pretende proteger, pues, decidido el cónyuge o pariente próximo a testimoniar, sea o no sea el delito ejecutado contra él o un pariente de grado igual o más próximo, la familia pretendidamente protegida ya ha

20. En este sentido se ha sostenido: "En virtud de todo lo expuesto, cabe concluir que, toda vez que P. habría sido denunciado por su hermano, por un delito respecto del que este no resultaba damnificado, y sin que se le hubieran advertido las prohibiciones y alcances de los arts. 80 y 122 del CPPCABA, esa denuncia no puede resultar válida" (CAPPJCyF, Sala I, "P., C. J. s/ art. 5 C Ley Nacional 23737", causa N°, 09/06/2020).

21. Jauchen, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, T. 2, p. 418.

> perdido los lazos parentales que la unía, al menos entre denunciante y denunciado. *Bastaría con la facultad de abstenerse de declarar*.[22] (el destacado pertenece al original).

Aunado a ello, las excepciones a la prohibición de denunciar a un pariente surgen con claridad del artículo y su fundamento se centra en que cuando se da alguno de esos supuestos se presume que se ha roto el vínculo familiar y, en consecuencia, no hay nada que proteger.

Por lo tanto, el/la denunciante tendrá derecho a que se investigue el hecho que lo tuvo por víctima o a un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo ligue con el/la denunciado/a, o cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz de valerse por sí misma. No obstante, dependiendo del delito del que se trate y el vínculo entre las partes, entrarán en juego los supuestos de eximición de responsabilidad establecidos en el artículo 185 del CP.

Como contrapartida, hemos de señalar que la obligación de denunciar delitos de acción pública abarca a aquellas personas que revistan la calidad de funcionario público, conforme lo establecido en el artículo 77 del CP, y que se encuentren ejerciendo funciones.

Cabe señalar que el artículo 88 de la Ley del Sistema Integral de Seguridad Pública de la CABA Nº 5688 amplía dicho deber al personal policial, incluso, cuando se encuentre fuera del horario de trabajo y tome conocimiento de situaciones que requieran intervención policial. En ese contexto, se encuentra obligado a dar aviso a personal policial en servicio o llamar al servicio de emergencias.

De acuerdo con lo previsto por la ley no tiene el deber de identificarse ni intervenir, pero si lo hiciera "actuará en calidad de órgano del Estado y se regirá según las facultades y obligaciones que corresponden al personal en servicio".[23]

22. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2011, T. III, p. 134.

23. Ley Nº 5688 (texto consolidado mediante Ley Nº 6347), art. 88.

Capítulo III
Actuaciones de prevención. Actuación de las fuerzas de seguridad

Artículo 93. Relación funcional. Facultades en circunstancias urgentes

Será obligatorio para la policía o las fuerzas de seguridad actuar cuando lleguen a su conocimiento hechos delictivos en forma directa, por denuncia o por orden de autoridad competente.

Bajo la dirección del Ministerio Público Fiscal deberán:

1. **Impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores.**
2. **Individualizar a los culpables.**
3. **Reunir las pruebas para dar base a la acusación.**

Actuarán en forma autónoma, dando cuenta al/la Fiscal inmediatamente, o en el menor tiempo posible para que asuma la dirección de la pesquisa, en casos de urgencia, siempre que sea necesario para preservar la integridad física, la libertad o los bienes de las personas o la prueba de los hechos y en casos de flagrancia.

Artículo 94. Actas de prevención. Noticia al Ministerio Público Fiscal

Cuando la intervención de la policía o las fuerzas de seguridad ocurriera en la vía pública, además de los requisitos previstos en los artículos 56 y 57, las actas de prevención deberán contener en lo posible:

1. **La identificación del/la imputado/a.**
2. **La descripción circunstanciada del hecho que motivó la actuación.**
3. **Los informes que se hubieren producido, el resultado de todas las diligencias practicadas y toda otra prueba del hecho.**

Las actas deberán ser remitidas de inmediato al/la Fiscal cuando hubiera aprehendidos/as, se hubieran adoptado otras medidas precautorias o cuando este lo indique.

Artículo 95. Deberes específicos

Los integrantes de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán los siguientes deberes:

1. **Cuidar que los rastros materiales del hecho sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique.**
2. **En caso necesario y cuando la naturaleza del hecho lo justifique, disponer que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquel mientras se lleven a cabo las diligencias que correspondan. De lo actuado se deberá dar cuenta de inmediato al/la Fiscal.**
3. **Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, filmaciones, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.**
4. **Interrogar a los testigos, asentando sus dichos en simple acta al solo efecto de orientar la pesquisa.**
5. **Aprehender a los presuntos/as autores/as en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente.**
6. **Disponer las requisas con arreglo a lo dispuesto en este Código con inmediata noticia al/la Fiscal competente.**
7. **Disponer la clausura preventiva del lugar en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente.**
8. **Hacer uso de la fuerza pública en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia y proporcional con el mal que se quiere hacer cesar.**

Artículo 96. Prohibición de recibir declaración al/la imputado/a

La policía y las fuerzas de seguridad no podrán recibir declaraciones al/la imputado/a.

Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad. En este supuesto deberán previamente informar al/la imputado/a en alta voz sus derechos de guardar silencio sin que ello importe presunción en su contra y de designar defensor/a o contar con uno/a de oficio. De lo actuado se labrará acta.

El incumplimiento de los recaudos precedentemente establecidos privará al acto y sus consecuencias de todo efecto probatorio en el proceso, sin perjuicio de la comunicación que harán el/la Fiscal y/o Juez/a a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por tal grave incumplimiento.

En caso de que el/la imputado/a manifieste razones de urgencia para declarar, el/la funcionario/a policial o de otra fuerza de seguridad que intervenga, deberá instruirlo acerca de su derecho a declarar inmediatamente ante el/la Fiscal competente o en su defecto, si por algún motivo este no pudiera recibirle declaración en un lapso razonablemente próximo, ante cualquier otro/a Fiscal que al efecto puede ser requerido/a.

Artículo 97. Prohibición de abrir correspondencia o inspeccionar datos privados

Los integrantes de la policía y otras fuerzas de seguridad no podrán abrir la correspondencia que secuestren, ni inspeccionar datos privados contenidos en soporte informático, sino que la remitirán a la autoridad judicial o del Ministerio Público Fiscal competente; sin embargo, en los casos urgentes, podrán ocurrir al juez competente más cercano, el que le autorizará la apertura de considerarlo oportuno. Una vez conocido el contenido, el/la Juez/a podrán autorizar a los integrantes de fuerzas de seguridad la inspección de correspondencia y datos privados contenidos en soporte informático legalmente incautados, a los fines periciales.

Relación funcional entre el MPF y las fuerzas de seguridad

El vínculo entre la policía y las fuerzas de seguridad con el Ministerio Público Fiscal es una de las relaciones más importantes en la búsqueda de la eficacia de la persecución penal. El logro de sus objetivos político-criminales y, además, la recopilación necesaria de información frente a un hecho delictivo, que determinará su capacidad de convertirse en prueba de un juicio, está, en gran parte, en cabeza de la policía.

El marco de actuación de la Policía de la Ciudad se encuentra regulado tanto en la Ley Nº 5688 de Seguridad Pública (donde específicamente se desarrolla su facultad preventiva, en consonancia con lo dispuesto en el art. 34 CCABA y sus funciones se encuentran enumeradas en el art. 90) como en el CPPCABA, en el que se regula su función de colaboración con el Ministerio Público Fiscal de la CABA y bajo normas que reglamentan la cooperación para investigar y perseguir delitos.

El deber de actuar está previsto frente a tres situaciones: cuando la policía tome conocimiento del hecho por sí, cuando los conozca por haber tomado una denuncia o cuando reciban una orden de autoridad competente. Veamos una a una estas situaciones y qué problemas podrían aparecer.

La policía toma conocimiento por sí frente a situaciones de "flagrancia", "cuasiflagrancia" o "flagrancia ficta" (también llamada presunta). En el primer supuesto, la persona está en ese momento cometiendo el delito. Sin embargo, en el segundo, es sorprendido momentos después (la policía no ve a la persona cometiendo el delito). Por otra parte, se denomina "flagrancia presunta o ficta" a la situación en que la persona no está delinquiendo en ese momento, pero tiene objetos o rastros que hacen presumir que acaba de participar de un hecho delictivo. Como sabemos, ninguna persona puede ser privada de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente (art. 18 CN, art. 13 CCABA), sin perjuicio de lo cual, cualquiera de estos tres supuestos reglamenta ese derecho en el ordenamiento procesal, y autoriza la detención sin orden judicial previa y escrita. El CPPCABA específicamente define dichas situaciones en el artículo 85, en cuanto establece que

> Se considerará que hay flagrancia cuando el autor del hecho sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después o mientras es perseguido por la fuerza pública, por la víctima o el clamor público. Estará equiparada a la situación de flagrancia, a los fines previstos en este Código, la persona que objetiva y ostensiblemente tenga objetos o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito.

El accionar policial debe impedir que los hechos sean llevados a consecuencias ulteriores, y en este punto no hay una orden del MPF, sino que se trata de una intervención autónoma que busca cesar la comisión de un ilícito.

Esta detención policial o incluso advertida por particulares –sin orden judicial– tiene su razón de ser en la necesidad de impedir la consumación del delito o un daño mayor. Además, tiene como objeto fines procesales: asegurar la evidencia y a la persona autora del hecho. De aquí entonces se derivan, en términos de Maier, que cualquier tipo de coerción debe tener como finalidad el resguardo de los fines del proceso más allá de la situación propia de prevención: averiguar la verdad y evitar riesgos procesales.[24]

Por otra parte, la norma también establece que la policía actúa cuando toma conocimiento por haber recibido una denuncia. En este punto, ya hemos emitido una opinión en el comentario al capítulo anterior, sobre lo cual nos interesa precisar un poco más sobre los siguientes aspectos. La norma va en línea con lo dispuesto en el artículo 90 inciso 4 de la Ley Nº 5688 en cuanto establece que la Policía de la Ciudad recibe denuncias solo en caso de flagrancia o cuando sea necesaria su inmediata intervención para evitar las consecuencias del delito, la pérdida de prueba o la fuga de sus partícipes. En la actualidad conviven distintos modos, lugares y herramientas para realizar denuncias en el ámbito de la CABA y, como menciona Binder,[25] no existe una norma general que diga si es conveniente que la denuncia la reciba el MPF, la policía u otra entidad, pero sí debe tenerse presente que no debe ser tratado como un mero paso formal, pues no debe perderse de vista que una de las finalidades de la investigación es la recopilación de información y que, muchas veces, esa capacidad está en su máximo potencial en los primeros momentos y es determinante para las posibilidades de desarrollo del caso.

En segundo lugar, con relación a la recepción de denuncia por parte de la policía, como así también en su intervención en un supuesto de flagrancia, creemos que uno de los planteos que podrían hacerse está vinculado al alcance de las facultades y límites de los que dispone la Policía y el Ministerio Público Fiscal para avanzar en la recolección de evidencias en casos de instancia privada o dependientes de instancia privada. Tal como hemos abordado en el comentario al capítulo anterior, en el primero de los supuestos se trata de una excepción a la oficialidad, y únicamente la

24. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2ª ed., 1996, T. I, p. 516.

25. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2014, T. II, p. 503.

persona ofendida o algunos parientes pueden asumir el rol que en los delitos de acción pública corresponde al MPF. En cambio, en los delitos dependientes de instancia privada, no se coloca la persecución penal en manos de particulares, sino que se trata de un requisito de procedibilidad (la condición de que la víctima decida si promueve la acción penal). La excepción en nuestro Código Penal está dada por la necesidad de evaluar la existencia de un interés público que habilite al Estado a investigar más allá de la manifestación de la persona ofendida por el delito (art. 72 CP). Por eso, creemos necesario entender a la denuncia como una habilitación para que la policía y el MPF puedan avanzar, sobre todo si esas primeras medidas de investigación pueden coadyuvar a analizar la presencia de un interés público en el caso.

El artículo 93 menciona que la policía también actúa por orden de autoridad competente y luego establece cuáles son sus deberes bajo la dirección del MPF: 1) impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores; 2) individualizar a los culpables; 3) reunir las pruebas para dar base a la acusación. Actuarán en forma autónoma, dando cuenta al/la Fiscal inmediatamente, o en el menor tiempo posible para que asuma la dirección de la pesquisa, en casos de urgencia, siempre que sea necesario para preservar la integridad física, la libertad o los bienes de las personas o la prueba de los hechos y en casos de flagrancia.

En este punto, creemos necesario señalar la necesidad de que el Ministerio Público Fiscal y la Policía lleven a cabo un trabajo interinstitucional coordinado que tenga como norte una estrategia de política criminal específica, como hemos mencionado en el comentario al capítulo anterior.

Tal como sostiene Binder,[26] el proceso penal gira en torno a determinar los supuestos de hecho que constituyen una investigación y que podrían tener consecuencias penales para las personas imputadas, como así también se ocupa de la recolección de información que se traducirá en prueba en un debate oral y público. Nuestro ordenamiento procesal, con la investigación a cargo del MPF, conduce a que sea indispensable distribuir y organizar permanentemente las oficinas que llevan a cargo las diferentes tareas. Es por ello que las fiscalías necesitan del auxilio policial, que, a su vez, carga con innumerables labores de distinta índo-

26. Ibídem, p. 494.

le, coadyuvando en el proceso. Además, el MPF cuenta con el Cuerpo de Investigaciones Judiciales (CIJ), creado por Ley Nº 2896, como entidad dependiente del MPF con la misión de auxiliarlo y el objeto de investigar, individualizar autores y partícipes, reunir y conservar las pruebas útiles. Para ello, legalmente se establecen sus funciones para practicar las diligencias necesarias para la averiguación y esclarecimiento de los delitos, prestar auxilio al cumplimiento de órdenes del MPF y cooperar con otras autoridades que requieran su auxilio.

Ahora bien, entre las funciones más destacables, la policía realiza tareas de investigación, de auxilio y, en otros órdenes, también planea la persecución penal en conjunto con el MPF.

Cuando intervienen frente a un hecho flagrante, debe encontrar en modo ordenado, rápido, eficaz y transparente rastros del hecho, objetos, y dar con personas que tengan conocimiento de los sucesos o de su contexto y que podrían ser testigos del caso, etcétera.

En el ámbito de la CABA rigen protocolos para la prevención de la escena y la recolección de evidencias. Concretamente, mediante Res. Nº 231/2018 del MJyDDHH se aprobó: a) la "Guía para el levantamiento y Conservación de la Evidencia", b) el "Manual de Actuación en el Lugar del Hecho y/o Escena del Crimen", y c) el "Nomenclador Consensuado de Estudios Periciales". Sumado a ello, mediante Res. Nº 326/21 del Ministerio de Seguridad de la Nación se aprobaron los "Ejes rectores en la reconstrucción del hecho", los cuales son de aplicación obligatoria para las fuerzas policiales y de seguridad federales y las provincias que se adhieran.

Dichas herramientas tienen como finalidad unificar criterios que funcionen como guías de actuación para la preservación y recolección de evidencias, a favor del esclarecimiento de los hechos y la individualización de sus autores.

Creemos que hay una cuestión vital a tener en cuenta en el marco de estas actividades y es que el análisis debe hacerse siempre teniendo en cuenta cuál es la teoría del caso. Este concepto (entendido en breves líneas como la versión de los hechos del litigante) que desarrollaremos en su extensión en la etapa de debate, no debe utilizarse solo en esa instancia del litigio, sino que debe ser el marco de actuación desde el inicio. En efecto, aun cuando se presente flexible y pueda modificarse conforme los resultados de la recopilación de la información, es clave que las tareas sean orientadas con esta mirada, so riesgo de devenir in-

útiles, superfluas o innecesarias y que conlleven una pérdida de tiempo en momentos en que escaseen los recursos. Por ello aquí también es fundamental que el análisis de subsunción que haga del caso la fiscalía sea claro, comunicado a la policía y que se fijen lineamientos también claros para la búsqueda de la evidencia.

En este sentido, no solo para la fiscalía es necesario conocer cuáles serán sus testigos para el juicio, sino también resulta conveniente establecer protocolos y estándares específicos que otorguen calidad a la información que llevará al debate. El trabajo de las fiscalías está delegado en sus colaboradores, en el CIJ, y muchas veces en la policía como brazo ejecutor de importantes medios de prueba, por eso es importante que cualquier tarea que lleven a cabo se inicie teniendo a la vista la hipótesis fáctica aunque sea preliminar, que explique lo ocurrido y que le dé una subsunción legal que luego se irá o no completando con el resto de antecedentes del caso y se someterán al test de verificación que culminen en una acusación.[27] De allí la importancia de realizar de modo inmediato el decreto de determinación de los hechos cuando se descarte que el caso será archivado o remitido por incompetencia (art. 92 CPPCABA), como herramienta para determinar la teoría del caso y orientar la investigación.

A modo de conclusión de estos párrafos, creemos que es fundamental que exista un vínculo estrecho entre las fiscalías y la policía, que el MPF regule y guíe el accionar de las fuerzas de seguridad, y que ambas tengan conocimiento mutuo de las cuestiones técnicas que hacen al trabajo de la otra, con posibilidades y limitaciones, que coexista un análisis de los recursos de cada institución para la adecuada distribución de tareas, y que existan planes con objetivos político-criminales claros y posibilidad de medir los resultados para la planificación estratégica de logros para el período posterior.

Deberes específicos de las fuerzas de seguridad

El artículo 95 guarda relación con las facultades de prevención dispuestas en el artículo 91 de la Ley Nº 5688. Los primeros cuatro incisos

27. Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2012, p. 29.

(cuidar los rastros, disponer que las personas cercanas se aparten del lugar del hecho, hacer constar el estado de las cosas si hubiera peligro en la demora que comprometa el éxito de la investigación, interrogar testigos) se vinculan con el rol de garante de la prueba que tienen los preventores en el episodio delictivo. Este, en el lugar del hecho, tiene especial relevancia para poder conservar las cosas en el estado mismo que se encontraban cuando se cometió el suceso ilícito. Es lo que hace a la cadena de custodia de los elementos secuestrados y a preservarlos tal cual fueron encontrados. En definitiva, a inmortalizar el lugar en donde ocurrieron los hechos de la forma más fiel a la que estaba, junto con la evidencia registrada.

Por otra parte, los siguientes incisos que habilitan la adopción de medidas de coerción con relación a los presuntos autores tienen estrecha relación con el artículo 91 de la Ley Nº 5688 que faculta al personal policial a:

> … privar de su libertad a las personas cuando, en el desempeño de sus funciones preventivas, existan indicios que hagan presumir que una persona pudiera relacionarse con la preparación de algún delito de acción pública o contravención o fuera necesario para evitar un peligro para terceros o para las autoridades y se negara a identificarse o no tuviera ninguna documentación que permita acreditar su identidad.

En este caso, deben anoticiar inmediatamente a la autoridad policial y no puede durar más del tiempo necesario para su identificación (máximo de 4 horas).

También, por otro lado, en funciones preventivas y frente a la existencia de motivos urgentes que hicieran presumir que una persona porta entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo o en el vehículo en que circula cosas constitutivas de un delito o que pudieran poner en peligro a terceros o a las autoridades en el marco de un operativo policial, el personal podrá disponer que se efectúen registros personales. Aquí también se impone la inmediata noticia al fiscal, al igual que en caso de secuestro de elementos de prueba y el ingreso de morada (únicamente frente a un grave riesgo para la vida o integridad física de alguna persona o cuando ponga en peligro el cumplimiento de un deber de humanidad, arts. 92 y 93 Ley Nº 5688).

En efecto, la policía se encuentra facultada a:

> … 5) Aprehender a los presuntos/as autores/as en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente. 6) Disponer las requisas con arreglo a lo dispuesto en este Código con inmediata noticia al/la Fiscal competente. 7) Disponer la clausura preventiva del lugar en los casos y formas que este Código autoriza, con inmediata noticia al/la Fiscal competente. 8) Hacer uso de la fuerza pública en la medida estrictamente necesaria, adecuada a la resistencia y proporcional con el mal que se quiere hacer cesar (art. 95 CPPCABA).

Creemos que lo importante de todas las normas que regulan la intervención autónoma de la Policía, con posterior noticia inmediata al MPF, radica en dos cuestiones: la urgencia que los habilite y la inmediatez del control de legalidad. Como todo acto que importa una privación de la libertad ambulatoria, deberá ser evaluado exhaustivamente por la fiscalía que dirige la investigación. En ese sentido, la regla general en un procedimiento penal es la libertad, por lo que cualquier temperamento en contrario debería ser dictado por la autoridad judicial competente, salvo las excepciones legalmente previstas a las que ya hemos hecho referencia y bajo los estándares que a continuación se mencionarán.

Desde la jurisprudencia se ha intentado determinar cuál es el alcance que debe darse al control jurisdiccional para la detención en flagrancia, sin incurrir en la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la CSJN. En este sentido, Inés M. Weinberg en el precedente "Oxenford" analiza que el CPPCABA regula específicamente cuáles son los actos procesales que debe practicar cada uno de los intervinientes frente a un supuesto de privación de libertad *in fraganti*, así como los lapsos temporales en que estos deben cumplimentarse, en miras a resguardar las garantías en juego (arts. 14 y 18 CN, 13.1 CCABA). En este sentido afirma que una interpretación armónica da cuenta de que el MPF es el encargado de llevar adelante la investigación preparatoria, mientras que los/as jueces/zas controlan en las oportunidades previstas por la ley. Según su voto, la detención de una persona en flagrancia, respetuosa de la normativa legal, debe prever la consulta de la policía al MPF, ratificación de este, la intimación del hecho al imputado, todo en el menor tiempo posible, junto con la noticia al órgano jurisdiccional que corresponda.

Frente al deber específico del personal policial de detener a la persona sospechada de haber cometido un ilícito penal, estamos de acuerdo con que se sigan los siguientes requisitos:

i. Consulta del personal policial con la Fiscalía, sin demora;
ii. Que en dicha comunicación el/la Fiscal/a ratifique o haga cesar la detención;
iii. En caso de ratificar la detención: ordenar las diligencias urgentes y necesarias –entre las que se encuentra la lectura de derechos a la persona detenida– y llevar a cabo la audiencia de intimación de los hechos en el menor tiempo posible, dentro de los plazos previstos en el CPPCABA;
iv. Luego de ello, disponer la libertad con o sin restricciones o solicitar la prisión preventiva de la persona detenida al Juzgado; y,
v. En caso de ordenar el cese de la detención, poner en libertad al sujeto inmediatamente.

Para concluir, esta facultad otorgada a las fuerzas de seguridad deberá ser pensada desde la excepcionalidad y decidida desde la urgencia, con inmediato aval fiscal. Lo contrario podría implicar la nulidad de la detención, sin perjuicio de lo cual también es preciso destacar que deberá analizarse cada caso en particular, en el intento de determinar si el eventual incumplimiento de alguno de los supuestos individualizados acarrea en concreto la efectiva vulneración de una garantía constitucional.

Por lo demás, en el resto de la obra se ampliará sobre temas específicos, como la aprehensión del supuesto autor del hecho y la requisa en casos de urgencia (ver comentarios referidos a los arts. 164 y 165 y 119); y la clausura preventiva del lugar en donde habría acaecido el hecho (ver comentario referido al art. 120).

Prohibición de las fuerzas de seguridad de recibir declaración a la persona imputada

La disposición en análisis es la reglamentación de la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación de la persona sometida a un proceso penal (arts. 18 y 75 inc. 22 CN, 10 DADDH, 8.2 “g” y 3 CADH, 14.3 PIDCP 13.5 de la CCBA). Asimismo, recoge la regulación

del "derecho al silencio" que, según el autor Germán Sucar,[28] consiste en la elección que hace el titular de ese derecho a negarse a declarar, a responder preguntas acerca de su posible participación en una infracción penal o de rehusarse a participar en actos que pudieran incriminarlo, sin que ello pueda ser valorado negativamente.

Además, entendemos que consagra un modelo de enjuiciamiento imparcial, de modo tal que no conste desde el inicio del caso ningún acto que utilice al imputado para "averiguar la verdad" o buscar su confesión; ambas prácticas arraigadas en el sistema inquisitivo.

Su existencia es vital en un proceso respetuoso de un Estado de Derecho, en el que la persona debe ser tratada como inocente desde el inicio del caso, durante toda su tramitación, hasta que una sentencia emanada del juez natural, luego de un juicio previo y justo, disponga lo contrario. Circunstancia muy disímil que ser "considerada inocente".

La diferencia es trascendental, porque han sido muchos los casos y, sumamente graves en nuestra historia, de abusos policiales y personas sometidas a coerción estatal sin la posibilidad de ejercer su defensa de acuerdo a lo establecido en el Bloque de Constitucionalidad Federal.

Desde esa órbita, se impone destacar que consideramos que la garantía mencionada se "activa" desde que una persona es indicada como sospechosa de un delito desde un órgano estatal: ya sea la Policía o desde el Ministerio Público Fiscal.

El precepto legal se encuentra enunciado en nuestra Carta Magna con la siguiente afirmación: "… Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo…". En reiteradas ocasiones, este fue objeto de interpretación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para delimitar su alcance, de modo tal que se pudiera diferenciar en la práctica qué situaciones fácticas iban en desmedro de esa garantía y cuáles no. Lo dirimente tiene que ver con acreditar la existencia de una coacción previa que obligue a la persona imputada a autoincriminarse. Si ello no pudiera acreditarse entonces corresponde tener a esa manifestación como válida.

A modo ilustrativo, mencionamos lo explicado por Carrió al respecto:

28. Sucar, Germán, *Derecho al silencio y racionalidad jurídica. Un estudio metodológico, dogmático y filosófico, desde una perspectiva comparatista en el plano nacional e internacional*, París, Tirant Lo Blanch, 2019.

> Con su actual integración, la Corte Suprema volvió a insistir con el criterio de que las declaraciones de un imputado ante la autoridad policial no son en sí mismas violatorias de la garantía contra la autoincriminación, salvo que el imputado demuestre la existencia de coacción. Así se resolvió en el caso "Minaglia", nuevamente con remisión a los criterios de "Cabral".[29]

Más allá de las discusiones que ha traído este asunto en la jurisprudencia nacional, lo cierto es que este cuerpo legal solo autoriza al personal policial a recabar datos para constatar la identidad del acusado, previo a ponerlo en conocimiento de su derecho a negarse a hacerlo, y veda cualquier posibilidad de que el personal policial le reciba declaración al imputado.

La violación a lo anterior, conforme expresa la misma norma, privará al acto y a sus consecuencias de todo valor probatorio. Al respecto vale aclarar que, si bien las actas no son prueba en sí mismas, tal como se explica a lo largo de esta obra, es importante eliminar ese registro de los legajos, por los motivos que se explicarán a continuación.

El punto a debatir se ciñe a todas aquellas manifestaciones que el imputado pueda hacer sin que se acredite alguna coacción previa, de modo tal que ingresan al proceso como "declaraciones espontáneas".

Al respecto es basta la jurisprudencia que establece su legalidad, más o menos con estos requisitos, emanados de la doctrina del caso "Miranda vs. Arizona" de la Corte Suprema de los Estados Unidos: que previo a la manifestación por parte del imputado se le haya hecho saber que puede negarse a declarar, que puede conversar con su defensor, etcétera.

En nuestro ámbito local, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas se ha expedido al respecto, inclinándose mayormente por la validez de dichas expresiones espontáneas, y sostuvo que a tal fin existen cuatro datos que pueden considerarse –en el momento procesal oportuno–, para afirmar que estamos frente a una declaración espontánea permitida o no: 1) que el declarante no se encuentre ilegalmente detenido; 2) la ausencia de coacción sobre el declarante que se corrobore con un informe médico legal; 3) que el declarante no haya hecho referencia en sede judicial a la ocurrencia de coacción –lo que en caso de presentarse no habilita por

29. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 6ª ed., 2019, p. 513.

sí solo a considerar los apremios ilegales–; y 4) que la autoridad policial que intervino ratifique sus dichos en sede judicial.[30]

Con un criterio más restrictivo, el Dr. Delgado, en voto autónomo, afirmó:

> ... el personal policial, por ello, vició su actuación [...] dado que identificó al presunto imputado obteniendo su domicilio, sin haberle informado previamente cuáles eran sus derechos y le recibió "espontánea" respecto de los hechos que habrían ocurrido el 1 de mayo de 2013. Estos dichos no debieron ser usados por el personal policial y no puede tolerarse que continúen siendo usados en este proceso, en el cual, prescindiendo de ellos, desconoceríamos hasta el nombre del imputado. La inadecuada actuación policial que permitió identificar al imputado, por ello, integra la diligencia que ha sido anulada en esta causa y a la que debe hacerse extensivo sus efectos. Por lo expuesto, corresponde considerar comprendida en la anulación de la manifestación espontánea de Martin Juan José Amadeo Videla, recibida por el personal de la policía federal en violación a la expresa prohibición legal [...], la obtención de su identidad y domicilio, información sin la cual esta investigación por el delito de daño no podría haberse efectuado.[31]

Por otro lado, además, el mismo Tribunal sostuvo que la duda acerca de la voluntariedad de la espontaneidad debe ser interpretada a favor del imputado. Ello fue decidido en el marco de un caso en el que se había ordenado un allanamiento que habilitaba a los funcionarios policiales a buscar en el domicilio requerido elementos de informática. Durante el procedimiento, los integrantes de la fuerza destinados a tales fines interrogaron al imputado con relación al objetivo que tenían, lo que ocasionó que el acusado informara que una de sus computadoras estaba en el servicio técnico y brindó la dirección del local. Los policías hallaron el elemento en cuestión y la Cámara resolvió la nulidad solo del secuestro de la PC.

30. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'González Díaz, Francisco Gabriel s/ art. 150, Violación de domicilio y 184, inciso 5), Daño agravado – C.P. '", causa Nº 562-01-CC/16, 20/05/2016. En el mismo sentido, de la misma Sala, "Duarte, Esteban Ariel y otros s/art. 181 inc.1 CP", causa Nº 16161-00-CC/15, 11/05/2016.

31. Ibídem, Sala III, "Incidente de apelación en autos 'Amadeo Videla, Martín Juan José s/infr. art(s). 189 bis, Portación de arma de fuego de uso civil – CP (p/ L 2303)'", causa Nº 13767-01-00/13, 10/03/2016.

Para así decidir, aseveraron que era inverosímil que los preventores conocieran ese dato por una fuente distinta de los dichos del imputado, lo que genera, ante la duda, estar a favor del acusado.[32]

Desde otra perspectiva, puede ocurrir que una persona que al principio era un testigo del hecho investigado brinde declaraciones durante el procedimiento policial y que luego esa persona sea imputada.

En ese supuesto, entendemos que no alcanzaría con verificar el requisito de que no haya mediado coacción alguna para su expresión, sino que se corrobore –además– que se relevó el juramento de decir verdad.[33]

En un proceso netamente acusatorio, pierde un poco de importancia esta cuestión de lo que obra en lo que conocemos como "el expediente". El único aspecto relevante al respecto es que lo que surge de las actas confeccionadas por las partes en sus legajos –si bien no es prueba alguna– son documentos que podrán ingresar al debate como declaraciones previas, de acuerdo a las reglas de la litigación penal oral desarrolladas en extenso a lo largo de esta obra.

De comprobarse la existencia de actos llevados a cabo en perjuicio de esta garantía procesal correspondería declarar la nulidad del acto y de lo que de él dependa, por haberse verificado una nulidad absoluta, ya que se lesionó una garantía constitucional. Dependiendo el caso, y de si existe otra evidencia en el mismo sentido emanada de una fuente independiente, corresponde excluir las constancias confeccionadas de forma irregular, para no poder eventualmente incorporarlas al debate, en caso de ser peticionado por alguno de los litigantes durante el juicio.

Sobre una cuestión puntual, que es la confección de informes socioambientales que se les hace a las personas detenidas en sede policial, hay quienes podrían afirmar que, si aquellos no fueron puestos en conocimiento de su derecho a negarse a brindar información y/o si no estuvo presente el defensor, también deberían desecharse al igual que toda la evidencia que surja de ese procedimiento, ya que en la práctica es material que puede usar la contraparte en perjuicio del imputado. Un ejemplo de esto podría ser aportar su número de teléfono celular con el que se podría haber cometido el delito investigado. Por otro

32. Ibídem, Sala II, "R. F., I. s/ art. 128, 2 párr. CP", causa Nº 11774-01-CC/2014, 03/05/2017.
33. CSJN, Fallos: 1:350, 227:63 y 281:177.

lado, están quienes sostienen que la información recopilada en dicho informe no acarrearía perjuicio alguno para el acusado.

Por lo demás, la norma en estudio, felizmente recepcionada en nuestro ordenamiento procesal, se encuentra contenida en varios códigos procesales acusatorios regionales y tiene que ver, en nuestra opinión, con un cambio de paradigma cultural.

En Chile, la Ley N° 19696[34] en su artículo 91, recoge una disposición similar a la presente. Difiere en que la Policía puede interrogar al imputado, pero siempre en presencia de su defensor para que tenga validez. Con lo cual, el espíritu del artículo sigue siendo proteger el derecho de defensa y la garantía procesal abordada. A su vez, por razones de urgencia y con autorización del fiscal, podrá declarar ante el personal policial con la presencia de su defensor. El primero de ellos será responsable del acto.

El Código Nacional de Procedimientos Penales de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014, última reforma publicada DOF 22-01-2020,[35] en su artículo 114, reza:

> Declaración del imputado El imputado tendrá derecho a declarar durante cualquier etapa del procedimiento. En este caso, podrá hacerlo ante el Ministerio Público o ante el Órgano jurisdiccional, con pleno respeto a los derechos que lo amparan y en presencia de su defensor. En caso que el imputado manifieste a la Policía su deseo de declarar sobre los hechos que se investigan, esta deberá comunicar dicha situación al Ministerio Público para que se reciban sus manifestaciones con las formalidades previstas en este Código.

34. Promulgada el 29/09/2000, modificada el 04/03/2020 mediante la Ley N° 21212. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595 Artículo 91. "Declaraciones del imputado ante la policía. La policía solo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si este no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto. Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia" [fecha de consulta: 02/03/2023].

35. Disponible en: https://www.gob.mx/pff/documentos/codigo-nacional-de-procedimientos-penales-259843 [fecha de consulta: 02/03/2023].

A nivel nacional, la provincia del Neuquén utiliza la siguiente disposición en su artículo 54 del CPP:

> Facultades policiales. La policía no podrá interrogar al imputado. Solo podrá requerirle los datos correspondientes a su identidad, cuando no esté suficientemente individualizado. Si expresa su deseo de declarar, se le hará saber de inmediato al fiscal interviniente y a su defensor.[36]

El nuevo Código Procesal Penal Federal, a su vez, dispone:

> Artículo 73. Facultades policiales. La policía no podrá interrogar al imputado. Sólo podrá requerirle los datos correspondientes a su identidad, si no estuviera suficientemente individualizado. Si el imputado expresare su deseo de declarar se le hará saber de inmediato al representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL quien recibirá su declaración.[37]

Como puede advertirse de las leyes citadas anteriormente a modo de ejemplo existe un interés político criminal en materia procesal penal de que las fuerzas policiales no interroguen al imputado ni reciban declaraciones por parte de este.

Además de lo dicho, las normas procesales a lo largo de todo el procedimiento –incluido el debate oral– insisten en salvaguardar el derecho de defensa con relación al momento en el que el imputado decide introducir su versión de los hechos en la investigación formal.

Así, ver los comentarios a los artículos 29 (derechos del imputado), 142 (solicitud de cuerpo de escritura al imputado); 143 (las manifestaciones del imputado/a en el curso del examen médico o psicológico no podrán ser usadas en su contra y los peritos deberán guardar reserva a su respecto); 146 (prohibición de declarar bajo juramento de ley si el que depone es el imputado); 151 (el imputado no puede ser obligado a participar del careo); 173, 174, 175 y 176 (acto de intimación del hecho en el que se le hará saber los derechos, interrogatorio del fiscal, derecho de abstención y declaración ante el fiscal; respectivamente); 246 (declaración del imputado en juicio); y especialmente, la última parte del artículo 78, que fulmina de nulidad a los actos procesales que se realicen sin la debida representación del imputado.

36. Disponible en: http://200.70.33.130/images2/Biblioteca/2784%20CPPenal-hipervinculos.pdf [fecha de consulta: 05/05/2023].

37. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/319681/norma.htm [fecha de consulta: 10/03/2023].

En definitiva, entendemos que las consideraciones antes vertidas deberán ser analizadas en cada caso en particular, en tanto no es posible establecer una solución en abstracto que pueda aplicarse a los supuestos en general. Así, habrá situaciones en las cuales el procedimiento sea manifiestamente nulo, y otras en las que los dichos vertidos por la persona imputada frente a la autoridad de prevención sean en verdad espontáneos, de modo que no sea posible, razonablemente, quitarle validez a tales manifestaciones. Por lo demás, es preciso destacar también que, en definitiva, de no tratarse de un vicio evidente y notorio, el mejor escenario para discutir la cuestión será el debate oral y público, donde los preventores y demás intervinientes en el procedimiento podrán ser escuchados, siendo interrogados por la acusación y contraexaminados por la defensa, evitándose, de tal modo, la declaración de una nulidad desde el inicio del proceso y sobre la base de meras declaraciones previas.

Prohibición de las fuerzas de seguridad de abrir correspondencia o inspeccionar datos privados

Previo a todo, debe tenerse presente que en el artículo 97 se pone en juego la validez de garantías que protegen el derecho a la intimidad y privacidad, reconocidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, artículos 11 incisos 2 y 21, inciso 1 CADH; artículo 17, inciso 1 y 20 PIDCyP, artículo 12 DUDH (art. 75, inc. 22 CN), y artículo 52 y cc. del Código Civil y Comercial de la Nación; lo que legitima una esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Asimismo, que el Estado argentino, mediante Ley N° 27411 del 22 de noviembre de 2017, aprobó el Convenio sobre Ciberdelito del Consejo de Europa, adoptado en la Ciudad de Budapest, Hungría, el 23 de noviembre de 2001.

Además, creemos importante tener presente que, en el momento en que se escribió esta obra, en nuestro Código Procesal no se encontraba regulada la evidencia digital ni su manipulación.

La regla general es que no puede inspeccionarse la correspondencia privada, a menos que un/a juez/a, por auto fundado, así lo disponga en el marco de una investigación penal. Veremos en este apartado una introducción al tema, sin perjuicio de lo cual los alcances de la

protección constitucional, entre otras cuestiones relevantes, serán analizados en el comentario al artículo 122 CPPCABA.

Retomando el análisis del artículo 97, la norma dispone que cuando el personal policial efectúa un secuestro de elementos que puedan contener evidencia del hecho investigado, ya sea en soporte físico o digital, tiene la obligación legal de preservarlos y conservarlos en las mismas condiciones en las que estaban al realizarse la incautación. Ello hace a una correcta cadena de custodia para que las partes no tengan dudas acerca de que el material fue almacenado tal cual fue encontrado, como así también que no fue compulsado "inaudita parte".

Una vez realizado esto e individualizada la evidencia en sus respectivos sobres, bolsas u otro tipo de envoltorio, deberán remitirla a la autoridad judicial o al Ministerio Público Fiscal. En la práctica, se las envía al fiscal, quien dirige la investigación para que ordene las medidas que considere pertinentes.

La excepción que habilita este artículo es para los casos urgentes cuando la evidencia se encuentre resguardada en un soporte informático, en los que las fuerzas de seguridad tendrán que acudir al juez competente más cercano para autorizar la apertura del dispositivo de que se trate. En caso de que eso suceda, una vez conocido el contenido por el juez, este los autorizará para su registro.

Consideramos que el magistrado que analice esa urgencia deberá ser muy riguroso, porque una vez determinada se procederá al peritaje de información personalísima y a la manipulación de evidencia sumamente frágil y volátil, que fácilmente puede perderse.

Por ello, entendemos que los supuestos que podrían darse, por ejemplo, tienen que ver con los sistemas y/o datos informáticos encontrados durante un procedimiento en flagrancia, en donde estén en juego ciertos bienes jurídicos protegidos por la ley penal, cuyo valor sea igual o más importante que el que se conculca al utilizar esta cláusula excepcional. Al respecto, la CSJN, en la Acordada Nº 17/2019, ha dicho:

Que el balance entre el derecho de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal de un posible delito, debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica herramienta investigativa dispuesta en la causa, en cuyo marco

corresponde tamizar la medida elegida por los filtros de la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad…

Así, se puede pensar en un hipotético caso en el que una persona haya sido privada ilegítimamente de su libertad y esté siendo trasladada en un vehículo que posea GPS y/o en el que participen varias personas que se están comunicando entre sí para perpetuar el delito, a través de telefonía celular o dispositivos afines.

Sin embargo, insistimos en lo delicada que puede llegar a ser la situación, ya que la afectación a la privacidad y al derecho de defensa puede llegar a ser de cierta entidad y, de no cumplirse con los recaudos pertinentes, podría incurrirse en un supuesto de nulidad.

En efecto, es clave poder distinguir qué es lo que se busca –de acuerdo a la teoría del caso que se siga–, es decir, qué es lo que se pretende probar con la evidencia que se va a analizar.

Ahondando en el análisis, es menester referirse a una situación muy compleja y discutida en la jurisprudencia estadounidense, poco tratada a nivel nacional, que es la aplicación de la *plain view doctrine* en los casos de registro de evidencia digital.

La situación con la prueba física se encuentra bastante zanjada, y tiene que ver con lo "casual" que fue el encuentro de la evidencia que sustenta el nuevo delito. Ahora bien, para el caso de la prueba digital, ello no es tan claro y, por lo general, la normativa procesal aplicable no refiere nada al respecto, como es el caso de este Código de forma.

El principal problema que acarrea esta cuestión es que la prueba digital –la mayoría de las veces– comprende períodos de tiempo muy prolongados en la vida del sujeto y se almacenan distintos tipos de datos que hacen a la esfera privada de la persona, por lo que creemos en la necesidad de que esta cuestión sea finalmente reglamentada.

Por eso, tal como se advertirá seguidamente, es muy importante contar con una copia forense extraída con la presencia de la defensa, para tener el primer código *hash*, que vendría a ocupar el lugar de un fedatario en versión digital. En ese sentido se ha dicho:

> … la etapa de extracción de la prueba surge uno de los conceptos más relevantes en materia de prueba digital: el valor *hash*. El valor *hash* o, simplemente, *hash*, es la cadena de caracteres de longitud fija que resulta del procesamiento de un archivo digital representada en un algoritmo que crea un valor único. Ese algoritmo permite identificar, de manera indu-

> dable, que la prueba extraída es exactamente la misma que se encontraba almacenada. Entonces, si esa prueba se modifica cambian los bits de los archivos originales, cambia el cálculo del *hash* y, en consecuencia, la cadena o algoritmo no es la misma.[38]

Así, es dable destacar que es basta la doctrina que explica la importancia de la participación de la defensa desde el primer momento en que se manipula un soporte informático y, en este supuesto excepcional recogido por la norma, ello no se daría.

A la hora de trabajar con evidencia digital, puede existir aquella persona que considere necesario delimitar el tiempo en el que se buscará cierta información, o sobre qué aplicaciones se trabajará, el tipo de palabras a introducir en los *softwares* que se usan para buscar evidencia, previo a descargar el contenido digital, entre muchos otros reparos.

Sin embargo, lo correcto sería realizar una copia forense de todo el sistema informático a peritar ya que, lejos de ser un ultraje y un exceso en la legítima intromisión de la esfera de privacidad de la persona sometida a proceso, es su mejor garantía.

De este modo, la única forma de cerciorarse de que la información objeto de peritaje se encuentra inalterada (es exactamente la misma que contenía el elemento que se secuestró), es la existencia de la primera copia forense, que posee el referido valor *hash* que, como se dijo, es una especie de ADN, que precisamente permite evidenciar cualquier alteración posterior. Pues cualquier modificación que se haga de un simple archivo de *Word*, por ejemplo, cambiaría el valor del primer *hash* obtenido. Si todas las partes están presentes en su obtención, tendrán certeza de que la copia sobre la que después cada una trabajará es exactamente igual al soporte original. Además, luego el peritaje se podrá realizar sobre esa copia forense, limitado al período temporal y hechos objeto de la investigación.

Por ello, en el supuesto excepcional que admite esta norma, si se entiende que no es posible la participación de la defensa creemos que lo más seguro y respetuoso del debido proceso y el derecho de defensa sería que antes de iniciar el peritaje de urgencia se realice una copia forense en presencia de testigos de actuación, de modo tal que pueda afirmarse que

38. Delle Donne, Carla P., "La extracción de prueba electrónica de teléfonos celulares y la garantía de defensa en juicio", en LL 2020-A-232.

la evidencia digital analizada por la policía o la oficina especializada que determine el Ministerio Público Fiscal (el Centro de Investigaciones Judiciales del MPF, por caso) sea exactamente igual a la original que estaba contenida en el elemento informático secuestrado.

Otro de los problemas que puede presentarse al realizarse el peritaje por la fuerza policial, sin participación de la defensa, es el hecho de controlar que lo que se haya delimitado para buscar la evidencia también contenga la posibilidad de buscar circunstancias desincriminantes. Ello, a efectos de que el peritaje no sea realizado solo desde la perspectiva del acusador, olvidando el deber de objetividad que tiene que observar el fiscal, por imperio del artículo 6 de este plexo normativo. Esto también podría afectar la igualdad de las partes, que debe seguirse en un proceso acusatorio.

Ahora bien, si se hubiese obtenido la copia forense previa a iniciar el peritaje de urgencia, lo anterior no sería necesario, pues la defensa ulteriormente puede compulsar la copia forense para buscar su propia información.

A ello se le adiciona un tema trascendente. Esta evidencia es sumamente delicada y requiere de conocimientos técnicos específicos. Es abundante la doctrina especializada en delitos informáticos que insiste en que un peritaje o informe de extracción, dependiendo de si se trata de soportes de evidencia digital presentes en una computadora o en un dispositivo móvil, requiere de ciertos tecnicismos y profesionales en la materia. De este modo, la idoneidad del personal interviniente es otra de las aristas a tener en cuenta cuando se trabaja con evidencia digital, de acuerdo a las guías de buenas prácticas de extracción de ese material.

En este punto, se impone volver a mencionar que nuestro Código Procesal tiene una gran deuda en la reglamentación de este tipo de evidencia, ya que hoy en día no existen disposiciones procesales que la aborden, lo cual demuestra un importante atraso en la materia, habida cuenta de que la delincuencia informática y el uso de la tecnología para la comisión de delitos avanza a pasos agigantados. Por supuesto que todo lo que tenga que ver con las nuevas tecnologías abarca muchos aspectos en discusión y, no es absurdo pensar que pronto hablaremos de nuevas garantías al respecto. Tal es así, que la propia Corte Suprema de Justicia

ha dictado varias acordadas para la implementación de medios digitales y para la interceptación y captación de comunicaciones.[39]

Para terminar, merece la atención también referirse a que podrían presentarse problemas con la competencia territorial de la jurisdicción de que se trate al inmiscuirse en los sistemas o datos informáticos. Tal es el caso de que se investigue un ilícito en el que alguno de los intervinientes posea los servidores en extraña jurisdicción, o también puede suceder que la información esté almacenada en la "nube" y esté "partida" y alojada en diferentes países.

La jurisprudencia local no se ha explayado en demasía al respecto, pero ha tolerado que, en allanamientos ordenados por el juez natural de caso, el personal policial inspeccione computadoras y otros elementos afines para encontrar la evidencia relacionada con el delito investigado, sin disponer la participación de la defensa ni exigir los recaudos específicos de la evidencia digital aquí explicados.[40]

39. Riquert, Marcelo, *Sistema penal e informática*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019, pp. 197 y 334.

40. CAPPJCyF, Sala III, "N.N.", causa Nº 8235-00-00-15, 29/04/2016. Del voto por ampliación de fundamentos del Dr. Marcelo Vázquez. "... En el caso, corresponde confirmar la resolución de grado que rechazó la nulidad del allanamiento llevado adelante en autos. En efecto, de la orden de allanamiento librada se desprende que la Juez ordenó revisar todos los dispositivos hallados en la vivienda objeto de la medida y a secuestrar únicamente aquellos que contuvieran material relacionado con la pornografía infantil. Si bien el recurrente fundó su petición en los artículos 115 y 116 del Código Procesal Penal que establecen las formalidades a tener en cuenta al momento de interceptar correspondencia privada, estas normas no son aplicables al caso concreto no solo atento que la orden autorizó la revisión del contenido de los dispositivos informáticos, sino porque en el acta que describe las maniobras practicadas en el inmueble no se observa referencia alguna al análisis o secuestro de correspondencia enviada o recibida..."; Ibídem, Sala II, "Cancino, Osmar Enrique s/ art. 128, 2 párr., CP", causa Nº 13106-00-CC/2013, 23/04/2015) "... En efecto, en cuanto a una posible modificación del estado de esos archivos en virtud de haber sido manipulados por personal policial, tal como lo sostiene la recurrente en estos términos 'la captura de imágenes de la pantalla de la PC podría haber modificado de alguna forma ese material', cabe señalar que constituye una manifestación genérica que en modo alguno logra demostrar en qué sentido se habría modificado el material a través de una mera captura de imágenes. En consecuencia, esta hipótesis de la defensa no encuentra solidez suficiente por el momento...".

TÍTULO II
Investigación preparatoria

Capítulo 1
Finalidad y objeto

Artículo 98. Objeto de la investigación preparatoria*

El Ministerio Público Fiscal practicará la investigación preparatoria con la finalidad de arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio.

A tal fin, el/la Fiscal deberá disponer la investigación para:

1. **Comprobar si existe un hecho típico, mediante las diligencias y averiguaciones conducentes al descubrimiento de la verdad.**
2. **Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad.**
3. **Individualizar a los autores, partícipes y/o encubridores.**
4. **Propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos legalmente previstos.**

Las actuaciones de la investigación preparatoria que no se incorporen al debate en la forma prevista en este Código no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado, excepto los actos definitivos e irreproducibles cuya incorporación al debate sea admitida.

La solución del conflicto como concepto fundamental del nuevo sistema y la teoría del proceso composicional

El proceso acusatorio que nos rige supuso un cambio de paradigma, pues el sistema se ha movido desde el modelo inquisitivo que entendía al delito como desobediencia a la ley o la autoridad hacia otro

* Comentario sobre los artículos 98 a 112 por Lucas Kaski Fullone, Paula Núñez Gélvez y Octavio Paganelli.

nuevo de gestión de la conflictividad, que considera que en todo delito existe un conflicto cuya armonía o paz debe ser reestablecida.

El viejo paradigma del orden, propio de regímenes predemocráticos, ha sido reemplazado por otro orientado a evitar el uso de la violencia privada y el abuso de poder. Bajo este esquema, el proceso penal tiene ahora por finalidad brindar solución a esos conflictos, mediante un conjunto de herramientas de gestión de la conflictividad.

En efecto, los procesos de reforma procesal en la América Latina y el Caribe han debido reconocer y enfrentar el problema conocido como crisis externa al sistema penal. Este fenómeno describe la dinámica social mediante la cual el fracaso o debilidad de los diversos niveles o mecanismos externos al ámbito penal dedicados a gestionar la conflictividad social han provocado un incremento desmedido en el uso de los instrumentos violentos, con la consiguiente sobrecarga endémica en los sistemas de justicia criminal. Es que, a guisa de ejemplo, como no ha funcionado el juicio ejecutivo como instancia de solución, se han penalizado como delitos ciertos usos de los cheques, dada la debilidad de los juicios civiles para resolver ciertos desacuerdos comerciales; se ha reaccionado penalmente contra los incumplimientos contractuales, debido a que las demandas civiles de alimentos han sido ineficaces para garantizar el cobro de ellos; se ha incriminado la inobservancia de esos deberes (Ley Nº 13944), etcétera.[1]

Por esta razón, si bien estos conflictos no son desincriminados de nuestra ley penal inflacionaria (panpenalismo), los nuevos códigos acusatorios –y en este caso, el CPPCABA– han incorporado instrumentos que intentan relocalizarlos al interior del propio sistema penal para abordarlos mediante otro tipo de respuestas con menor o nulo contenido de violencia. A través de esta novel política de diversificación, se busca descongestionar la justicia penal y generar condiciones para que sus limitados recursos puedan ser utilizados para perseguir la punición de los casos más graves y complejos, mejorando así las condiciones de eficacia de toda la política criminal.

Nuestro Código, siguiendo el movimiento de reforma, ha regulado un amplio instrumental (criterios de oportunidad, mediación, suspensiones a prueba, procesos simplificados, etc.) que presuponen

1. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, T. II, p. 303.

que el delito es sinónimo de un conflicto (primario) entre ofensor y ofendido, en el que están comprometidos intereses individuales y/o colectivos, muchas veces difíciles de compatibilizar en cada caso. Por ello, ha sido vital el diseño y adopción de una amplia política de diversificación de respuestas dentro del campo de la justicia penal porteña para gestionarlos, mientras se resuelve la crisis de los otros niveles o instancias no penales de resolución de esos conflictos.

En ese sentido, es clave comprender que, a grandes rasgos, existen dos tipos de respuestas de la justicia criminal, a saber: las compensaciones reparatorias y las no reparatorias. La cárcel, en tanto ejercicio de violencia, es una respuesta compensatoria no reparatoria, en la medida que, si bien podría servir de compensación a la víctima o la sociedad, es innegable que nunca soluciona el conflicto, sino que, en el mejor de los casos, lo redefine y reinstala en la vida social bajo otros parámetros menos violentos.[2]

En razón de ello, vemos que existen dos modos de compresión de nuestro proceso penal acusatorio, vinculadas a sus dos principales finalidades de relocalización y castigo. El juicio composicional, por un lado, que engloba al conjunto de actividades orientadas por las ideas de equidad, acuerdo y las compensaciones reparatorias, y por el otro, el juicio de conocimiento que, por el contrario, gira sobre la reconstrucción de la verdad, el enjuiciamiento y la aplicación de compensaciones no reparatorias (cárcel).

Debido a que el proceso composicional no está orientado a la verdad y aplicación del encierro, sino a lograr la armonía de intereses a través de acuerdos reparatorios –lo que lo emparenta mucho al Derecho Procesal Civil–, no le es aplicable el sistema de garantías del derecho penal y procesal penal tradicional con la misma extensión y rigidez (*v.gr.* legalidad, lesividad, culpabilidad, imparcialidad, contradicción, publicidad, etcétera).

Aquí, de lo que se trata es de la búsqueda o construcción de acuerdos que tiendan a ser plenos o completos (o sea, no necesariamente deben versar sobre los hechos y su calificación, pero sí, al menos, acerca de los modos de reparación) y fundamentalmente, estables (vale decir, que pongan fin al conflicto de modo definitivo). Para lograr esto último, el juicio composicional se basa en el valor y la práctica de la

2. Ibídem, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1999, p. 103.

tolerancia, que cumple la misma función central que la averiguación de la verdad en el juicio de conocimiento.

De allí que la dimensión composicional del proceso posee un sistema de garantías propio cuyo fundamento es limitar las prácticas extorsivas o su mala utilización para evadir las exigencias probatorias del juicio de conocimiento, motivo por el cual en él rigen todas las garantías del proceso de conocimiento no vinculadas a la idea de verdad, así como las de equidad y proporcionalidad.[3]

Efectivamente, dentro del juicio composicional pueden lograrse acuerdos y consensos que expresen *armonía* entre los intereses en conflicto, meramente *tolerancia* entre ellos, o en el peor de los escenarios, formas de *sometimiento* o *extorsión* para alguna de las partes. Incluidas, por cierto, toda la gama de relaciones intermedias entre estas tres posibilidades, que sería muy difícil de discernir aquí en abstracto.

Por ello, a fin de lograr un desarrollo más amplio y preciso del cuerpo de conocimientos acerca de la teoría del proceso composicional, es tiempo de que nuestro Derecho Procesal local comience a dialogar más fluidamente con el derecho privado para encontrar respuestas a una amplia variedad de nuevos problemas. Por ejemplo, algunas de esas nuevas cuestiones a resolver son:

i. Determinar cuándo será necesario que intervengan funcionarios estatales en la formación de los acuerdos (mediadores, árbitros, jueces, etc.) para equilibrar las desigualdades entre los participantes. Y, por el contrario, en qué situaciones esa intervención debe estimarse excesiva o perjudicial en el caso particular a fin de lograr una adecuada y justa composición del conflicto.

   En ese sentido, pareciera inadmisible que los funcionarios impongan una solución a los particulares o no recaben previamente su consentimiento libre e informado sobre los alcances y método del proceso composicional.

ii. Establecer estándares claros para identificar el *interés preponderante o preferente* en aquellos procesos con pluralidad de víctimas que no se ponen de acuerdo entre sí, y debido a ello, hacen peligrar la viabilidad de un acuerdo reparatorio. Para abordar estas complejas tensiones –por cierto, no oponibles al

3. Ibídem, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2018, T. IV, p. 291 y ss.

inculpado o a los restantes participantes– bien podría pensarse en aplicar las reglas civiles del litisconsorcio activo u otras normas procesales o principios generales del derecho privado, más habituado a abordar este tipo de tensiones.

iii. Diseñar criterios generales y objetivos para juzgar la razonabilidad o suficiencia de un ofrecimiento de reparación en función de las garantías de equidad y proporcionalidad que funcionan al interior del juicio composicional. Pues solo así jueces y fiscales podrán identificar situaciones en las que la composición del conflicto se frustró debido al rechazo caprichoso o reclamo extorsivo de la víctima.

En definitiva, este nuevo conjunto de desafíos del nuevo modelo procesal pone en evidencia que, al lado de la tradicional preocupación del sistema de garantías edificado para evitar el abuso estatal del poder penal que caracteriza al juicio de conocimiento, existe otro sistema de límites orientado exclusivamente a prevenir la confiscación estatal del conflicto y el ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia para obtener una justa compensación por parte de los damnificados.

El principio de *ultima ratio* y los límites a la actuación del Ministerio Público Fiscal

Pues bien, poco servirá contar con una amplia diversidad de respuestas para gestionar la conflictividad y evitar la sobrecarga endémica del sistema, si ellas, en definitiva, no van a ser utilizadas en los casos en que sería posible y aconsejable evitar la persecución y juzgamiento.

Es por ello que, bajo el nuevo paradigma, el Ministerio Público Fiscal debe asumir seriamente, a nivel organizativo y funcional, el objetivo político criminal de evitar o reducir, en la medida de lo posible, los efectos negativos de la intervención punitiva. Vale decir, los acusadores deben ser los principales interesados en propiciar la relocalización de los conflictos o de derivarlos a otros ámbitos externos del sistema penal, si es que verdaderamente se desea superar la crisis social que pesa sobre el modo de funcionamiento tradicional de la justicia penal.[4]

4. Bovino, Alberto, *Problemas de Derecho Procesal Contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 207 y ss.

Ciertamente, debe abandonarse la antigua noción inquisitiva del principio de *oportunidad* que lo entendía como una excepción al principio de legalidad procesal (binomio regla/excepción). Y, en lugar de ello, reconocer que aquel principio posee un fundamento autónomo e independiente del de legalidad, que se vincula a la moderna noción de *ultima ratio,* en tanto mandato que obliga a los operadores reducir el uso de la violencia estatal, tanto como les sea posible.

Es que en un régimen republicano y democrático debe prescindirse del castigo cuando no se advierte la necesidad de una respuesta penal o cuando ella sea muy costosa o poco eficaz en el control de cierto fenómeno delictivo, y de ese modo, hacer verdaderamente operativos los principios de *utilidad, mínima intervención y subsidiariedad* del poder penal.[5]

Vale decir, la experiencia en nuestra región ha demostrado que la eficacia de la persecución penal no debe ser medida en función del aumento de la cantidad y severidad de los castigos, sino en orden a su capacidad para controlar la criminalidad con el menor contenido de violencia posible. Por ello, la promoción obligatoria de la acción penal en todos los casos –que deriva del antiguo principio de legalidad procesal– debe ser reemplazada por el nuevo concepto de *eficacia no violenta*, que limita la actuación de los órganos encargados de la persecución penal bajo el mandato de mínima intervención y máxima precisión en el uso del castigo.

Así planteada la cuestión, el principio de oportunidad –concebido a partir de las nociones de *ultima ratio* y eficacia no violenta– es el que organiza toda la dimensión política criminal del proceso de conocimiento y determina que, antes de promover el enjuiciamiento y castigo, los fiscales están obligados a adoptar una estrategia de relocalización de los conflictos penales que otorgue primacía al uso de instrumentos no violentos.

Como consecuencia de todo lo anterior, el artículo 98 del CPPCABA aquí comentado debe ser interpretado en el sentido de que los agentes del Ministerio Público deben, en primer término, arribar a la solución del conflicto en la medida de lo posible, y de modo subsidiario, promover o desechar la realización del juicio.

5. Binder, Alberto, "Legalidad y oportunidad", en AA. VV., *Estudios de Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 205 y ss.

Desafortunadamente, otra corriente de opinión bastante difundida considera que el Código no fija ningún orden de prelación entre las finalidades de resolver el conflicto por medios no violentos (*ultima ratio*) y el de promover la celebración del juicio. Por ello, según este punto de vista, no existiría ningún deber legal de los fiscales de otorgar prioridad al uso de mecanismos no violentos.

En apoyo, se sostiene que el artículo 98 del CPPCABA no demarca a quien ejerce la acción ningún curso de acción forzoso. Por el contrario, se argumenta que el carácter no obligatorio emerge del inciso 4 de esa misma norma en cuanto dispone que la tarea de los acusadores es la de propiciar o facilitar la utilización de otros medios alternativos, lo que sería consistente con la idea de que la convocatoria a una instancia de mediación penal es –a la luz del art. 217 del CPPCABA– una atribución que el fiscal podrá proponerle o no al imputado y ofendido.[6]

Como corolario de lo anterior, esta posición considera que nuestro ordenamiento local les otorga a los fiscales –en tanto titulares de la acción pública– una potestad procesal que pueden ejercer de forma tan discrecional como arbitraria.

Pero este enfoque es incorrecto. Pues, como hemos visto, para evitar esta clase de decisionismos en el modo de ejercer la persecución penal, que es una de las grandes críticas que la lógica inquisitiva le ha dirigido al principio de oportunidad y justificar así su lugar secundario en el binomio regla/excepción, nuestro codificador local –siguiendo los procesos de reforma en toda la región– lo ha reglamentado como una derivación del principio político criminal de *ultima ratio*.[7] Esto es, en la forma de una regla o mandato de cumplimiento obligatorio para todo el Ministerio Público Fiscal con el objetivo de limitar la arbitrariedad de sus agentes en el modo de ejercer e impulsar la acción penal, a

6. Cevasco, Luis, "Comentario a los artículos 91 a 105", en De Langhe, Marcela: Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. 1, p. 296.

7. Así, por ejemplo, el art. 17 del CPP Neuquén, que dispone: "Solución del conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social. La imposición de la pena es el último recurso". En idéntico sentido, véanse los arts. 14 y 119 del CPPRN y el 22 del Código Procesal Penal Federal (Ley Nº 27063 y modif.), entre muchos otros.

efectos de compatibilizarlo con los postulados de un sistema republicano y democrático de gobierno.

Ciertamente, la expresión medios alternativos contenida en el inciso 4 del artículo 98 ha contribuido a reforzar el equívoco de que los fiscales cuentan con amplia discrecionalidad para prescindir de otro tipo de respuestas orientadas a lograr la armonía o tolerancia en el abordaje de los conflictos. Tal vez hubiera sido deseable resaltar el carácter no violento o pacífico de estos instrumentos para quitarles ese rol alternativo, secundario o de menor relevancia en comparación con la pena, y de ese modo, recuperar la centralidad e importancia que la tradición inquisitiva les ha venido negando dentro del campo de la justicia penal.[8]

En suma, creemos que una lectura armónica de la nueva finalidad de la investigación preparatoria (art. 98) y del deber de los fiscales de expresar razones para promover la realización del juicio (art. 219) abonan la conclusión de que la convocatoria a una instancia de solución pacífica (mediación, conciliación, autocomposición, reparación integral, etc.) no constituye una actividad arbitraria del Ministerio Público local sino una verdadera obligación legal derivada del mandato de *ultima ratio* y sus diversos principios de utilidad, mínima intervención y subsidiariedad.[9]

Por esa razón, los fiscales están obligados a promover, como regla, su uso en todos los delitos sometidos a juzgamiento, siempre que se cumplan las condiciones legales para ello; y cuando así no lo hagan, su oposición será vinculante para el juzgador solo si brindan fundamentos suficientes orientados a demostrar que, a la luz de los grandes planes políticos criminales fijados institucionalmente (macropolítica criminal), no es posible otorgar primacía a otro tipo de respuestas en el caso individual sometido a consideración (micropolítica criminal).[10]

8. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2018, T. IV, p. 110.

9. Respecto de los amplios alcances del control jurisdiccional sobre la razonabilidad de la oposición fiscal al retiro de la acusación en virtud de un acuerdo de mediación véase TSJCABA, "Malta Martínez L. s/ art 150 CP", 14/08/2019, voto de la jueza Weinberg y el juez Otamendi.

10. A propósito de ello, justo es reconocer que en buena parte de la región latinoamericana –incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– las cabezas de los Ministerios Públicos no han diseñado planes de macropolítica criminal que sean públicos, lo que impide a jueces y a la ciudadanía en general controlar su eficiente desempeño en el control de la criminalidad. Esta es –a no dudarlo– una de las principales deudas institucionales que hoy debilitan la calidad de nuestras frágiles democracias.

En razón de ello, no bastará para excluir el uso de esos mecanismos el hecho –generalmente producto de la negligencia política– de que estas herramientas de baja punición (como la mediación o la justicia de reparación) no han sido regulados legislativamente a nivel local,[11] no se les ha asignado competencia a ciertos organismos encargados de su implementación o cuando ellos están muy sobrecargados.[12]

En segundo lugar, tampoco será suficiente la sola alegación del compromiso asumido por el Estado de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar algún tipo de delito en particular (*v.gr.* delitos de corrupción, violencia contra la mujer, narcotráfico, etc.). Pues, es sabido que la pretensión de que todos los delitos (o un importante grupo de ellos) sean juzgados y castigados como perseguía el viejo principio de legalidad, ha provocado altos costos en la eficacia de la persecución penal e impactado negativamente en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas.[13]

Siguiendo esta línea de pensamiento, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA tuvo ocasión de examinar un ejemplo prototípico de este tipo de oposiciones y estableció, por mayoría, que la genérica invocación de los deberes estatales asumidos internacionalmente para erradicar y sancionar la violencia contra la mujer y el artículo 28 de la Ley Nº 26485 sin otras razones adicionales, no satisface el estándar de

11. De hecho, por esta razón muchos fiscales porteños se oponen a la aplicación del instituto de la conciliación o reparación integral del perjuicio como causales de extinción de la acción (CP, art 59, inc. 6). aun contando con la aquiescencia e interés del damnificado. Afortunadamente, la circunstancia de que estas herramientas no hayan sido expresamente previstas en el CPPCABA, o que el acusado registre antecedentes, han dejado de ser impedimentos para autorizar su aplicación en nuestro medio. Así, por ejemplo, el juez Béguelin, en lo relativo a la conciliación y reparación integral, ha dicho que "… su operatividad no puede quedar sujeta a una ley procesal que la reglamente, puesto que, de lo contrario, la desidia del legislador local determinaría la pérdida de un derecho previsto en la ley de fondo, la cual se convertiría en letra muerta. El instituto es de carácter sustantivo y las leyes procesales solo reglamentan aspectos formales y no pueden impedir su aplicación…" (JPCyF Nº 2, "Irazusta y otros s/ 181 inc. 1 CP", causa N° 5583/21, 16/02/2022).

12. Binder, Alberto, "Sentido del principio de oportunidad en el marco de la reforma de la justicia penal de América Latina", en Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 111.

13. Ibídem, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2018, T. IV, p. 426.

razón suficiente para oponerse al uso de la mediación en esa clase de conflictos, antes de requerir su remisión a la etapa de juicio.[14]

Por último, el mandato de *ultima ratio* tampoco debiera ser desdeñado en virtud de consideraciones demagógicas que utilicen a la víctima como falsa excusa. O lo que es aún peor, cuando se desechan otras salidas no violentas sin consultarla y/o asesorarla adecuadamente sobre su procedimiento, método y alcances.

El problema de la víctima-excusa suele tener lugar cuando, en nombre o en interés de ella, se destacan los elementos de mayor espectacularidad del caso y se los proyecta sobre el conjunto de la sociedad. Con ello, se intenta instalar en el juzgador la errónea y prejuiciosa sensación de que, si esta persona ha sido lesionada por la conducta del acusado, todos estaríamos en peligro.

Como bien explica Binder, esta forma patológica de la política criminal, en lugar de interesarse por el sufrimiento y necesidades concretas de quien ha padecido el delito, la reduce a una invitada de piedra o, en el mejor de lo casos, a una herramienta argumental –montada, en no pocas ocasiones sobre frases tan solemnes como huecas– al exclusivo servicio de la legitimación de un poder penal autoritario y descontrolado, que no admite otras formas de intervención menos violentas que podrían dar lugar a soluciones de mayor calidad para la víctima.[15]

Afortunadamente, en nuestro medio local los recursos retóricos que hemos reseñado –que no pasan de ser ejemplos de dogmatismos sin ninguna vinculación con auténticas razones de política criminal– han comenzado a perder peso dirimente para muchos magistrados locales que, con arreglo a su función de garantía, han adoptado criterios de mayor exigencia con quienes ejercen la acción.

Existe, en efecto, una importante línea jurisprudencial que, en razón de un pedido del acusado, reclama a los fiscales la estricta observancia del mandato de *ultima ratio*, imponiéndoles la carga procesal de consultar la voluntad de los particulares ofendidos acerca de si desean o no poner fin al conflicto a través de una instancia de diálogo. Incluso, mediante la asistencia de profesionales de diversas disciplinas

14. TSJCABA, "Chávez O., s/ art 149 bis CP", causa N° 15822/18, 11/02/2020.

15. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2018, T. IV, p. 197 y ss.

entrenados en minimizar los padecimientos derivados del delito y del proceso penal (doble victimización).[16]

Una corriente de opinión similar ha seguido, en época reciente, el Fiscal General de la CABA al establecer como criterio general de actuación que los fiscales, lejos de desechar automáticamente el uso de estas herramientas, podrán consultar la opinión de las víctimas de delitos cometidos en contextos de violencia de género, a través de un equipo interdisciplinario especializado que previamente evalúe ciertos indicadores de vulnerabilidad en el caso particular.[17]

A pesar de lo acertado de este vuelco político criminal, no se entiende por qué razón las mujeres víctimas merecen ser escuchadas por los fiscales respecto a la conveniencia de suspender el proceso a prueba, mas no para intentar un abordaje pacífico a través de una instancia de mediación o autocomposición, máxime si existen suficientes recursos humanos y materiales disponibles como para brindarles acompañamiento y asistencia a través de profesionales especializados que eviten situaciones de inequidad o sometimiento.[18]

Con todo, cualquier estrategia política criminal que no tome en serio el deber de permanente relocalización de los conflictos penales o de expandir todo lo que sea posible el proceso composicional, inevitablemente provocará la *reconfiguración inquisitorial* de nuestro sistema acusatorio porteño y el regreso del viejo modo de funcionamiento de la justicia que ha generado su actual crisis social; consecuencia que, a no dudarlo, debiera ser evitada al momento de elaborar cuidadosamente los grandes objetivos políticos criminales y aplicarlos en cada caso individual.

16. Al respecto, véase JPCyF N° 15, "R. P., J. E. s/ 149 bis CP", causa N° 23409/15, 13/06/2016; Ibídem, N° 14, "García, F. A. s/ art. 149 bis CP", causa N° 17853/15, 17/08/2016; CAPPJCyF, Sala III, "Díaz, C. s/ 149 bis CP", causa N° 15302/14, 15/06/15; Ibídem, Sala II, "M. G. R. s/ art. 1 Ley 13944," causa N° 42487/19, 20/02/2020; TSJCABA, "Chávez, O. s/ art. 149 bis CP", causa N° 15822/18, 11/02/2020, voto del juez Otamendi y las juezas Ruiz y De Langhe.

17. Resolución FGCABA N° 65/2021.

18. Cabe recordar sobre el particular que mediante la Recomendación General N° 35 (punto 32.b), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha dicho que la mediación puede "… permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares".

A modo de colofón, tal y como lo hemos señalado en otro lugar,[19] sería conveniente, en una propuesta de *lege ferenda*, que cualquier disputa sobre la actuación fiscal en punto a la convocatoria de una instancia de mediación o autocomposición tuviera lugar en el marco de una audiencia oral con presencia de todas las partes, y fundamentalmente, del juez, quien tras escuchar las posiciones de cada una de ellas y analizar las evidencias y puntos en discusión, estará en mejores condiciones para controlar si los agentes del Ministerio Público Fiscal han ejercido de modo arbitrario la facultad de oponerse al uso de otro tipo de mecanismos de solución de conflictos (CPPCABA, art. 3).

El carácter preparatorio de los actos de investigación

En forma conteste con los nuevos objetivos políticos de nuestro modelo procesal adversarial –*v.gr.* gestionar el conflicto que representa el delito sin violencia o con la menor posible, erradicar la noción de trámite, suprimir el expediente como fuente exclusiva de convicción judicial, entre muchos otros–, la última parte del artículo 98 se ocupa de reafirmar el carácter *preparatorio* de los actos de la investigación, con excepción de aquellos practicados bajo las reglas de los definitivos e irreproducibles (anticipo jurisdiccional de prueba).[20]

Se trata, pues, de la primera mención que nos trae el CPPCABA en cuya virtud la información recolectada durante la fase de investigación no puede ser considerada prueba a ser valorada en la sentencia definitiva, en la medida que no haya sido producida en el juicio oral conforme a las normas que regulan su incorporación.

En ese sentido, la naturaleza *preparatoria* significa que las actuaciones y registros de la investigación permitirán a los litigantes preparar adecuadamente su presentación en el juicio oral y público. O bien invocar esos antecedentes para fundar sus peticiones antes de ese momento en las audiencias iniciales del proceso a fin de garantizar

19. Paganelli, Octavio, "Hacia la recuperación de la instancia de mediación en los procesos penales y contravencionales por presuntos hechos de violencia doméstica", en *Premio Formación Judicial 2011-2012*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 52 y ss.

20. Véase, en idéntico sentido, los artículos 296 del CPP Chile, 120 del CPPRN y 124 del CPPNQN, entre otros.

la oralidad y el contradictorio (*v. gr.* de medidas cautelares, interposición de defensas o excepciones, etc.). No hay que olvidar que nuestra legislación le confiere al defensor amplias facultades para presentar sus propias evidencias a fin de discutir en esas audiencias tempranas (CPPCABA, arts. 3 y 224).[21]

Con gran acierto, nuestro Código ha querido enfatizar la idea fuerza de que el nuevo sistema acusatorio adversarial no debe ser convertido en un nuevo tipo de trámite (reconfiguración inquisitorial) que haga perder centralidad a la audiencia de debate como única instancia válida para producir información e imponer una condena al acusado. Pues solo allí tiene lugar el máximo respeto, concentración y eficacia de todas las garantías procesales de contradicción, continuidad, oralidad, publicidad, inmediación e imparcialidad.[22]

Así, los dichos de un testigo o perito recibidos en sede del Ministerio Público solo serán relevantes para llevar adelante la acusación u orientarla a recopilar nuevos antecedentes probatorios. Pero, en virtud de su carácter preparatorio, no tendrán ningún valor mientras esas personas no comparezcan personalmente al debate oral a prestar declaración.

Además, si nuestro modelo no le atribuye a esos datos ningún valor para fundar una decisión definitiva, tampoco le impone a las partes, en las etapas iniciales, reglas rígidas para recopilar y registrar la información. A diferencia de lo que ocurría en la antigua instrucción inquisitiva tremendamente ritualista, lineal y burocrática, la tarea de investigar se ha convertido hoy en una actividad eminentemente *administrativa* e *informal* que ha ganado dinamismo y agilidad.[23]

Es frecuente, sin embargo, que la naturaleza preparatoria de los actos de investigación se vea desnaturalizada cuando los jueces de debate autorizan la incorporación por lectura de las actas escritas con las declaraciones previas por fuera de las excepciones legalmente admitidas y

21. En idéntico sentido, el art. 120 del CPPRN establece que, a contenidas en su propio legajo para discutir en audiencia.

22. Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 239.En tal sentido, se ha explicado que "… El juicio es, pues, el momento de la prueba, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ese es, precisamente, el sentido de las palabras preparatorio de la acusación…"

23. Duce, Mauricio; Riego, Cristián, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, p. 116 y ss.

fundan en ellas su conclusión positiva acerca de la comisión del delito (CPPCABA, arts. 252 a 254). O bien, cuando se cita al perito o testigo al debate y se le pide que ratifique oralmente su contenido para así otorgarle eficacia probatoria a la información escrita que ha sido leída y no a la declarada oralmente,[24] que es la única que, a no dudarlo, ha sido pasible de control o refutación a través del interrogatorio cruzado.[25]

Detrás de este tipo de prácticas, todavía frecuentes y de aplicación automática, se esconde la tradición inquisitiva que redujo a la audiencia de debate a una instancia secundaria o de mera continuación o reproducción oral de los actos escritos de la instrucción.[26] Es bueno recordar aquí que cualquier sentencia de condena basada exclusivamente en la lectura o ratificación oralizada de las constancias del legajo o sumario escrito, niega la garantía de juicio previo (CN, arts. 18; CCABA, art. 13) y es, por ello, un acto inconstitucional.[27]

Para concluir, la última parte de la norma en comentario señala que, de manera excepcional, esos registros escritos podrán ser incor-

24. En apoyo a la práctica que aquí criticamos, se ha dicho que "… resulta sobreabundante pretender que el testigo diga con textuales palabras lo que volcó en el informe de una práctica que llevó a cabo tiempo atrás si es que está ratificando su contenido en la audiencia, con lo cual les está dándole validez a lo que escribió. Con esto no debe interpretarse que la incorporación se hace por la lectura del documento, sino que al ratificarse un contenido aquel cobra vigencia y de esta manera queda incorporado al debate…" (JPCyF N° 29, "Clapier, A. L.", causa N° 42209/11, 14/02/2014, voto de la jueza Parada).

25. Duce, Mauricio, *La prueba pericial*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013, p. 41. "La regla básica en los modelos acusatorios es que ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada o sustituida por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito […] Si el perito no va a juicio –por lo que no explica en la audiencia su peritaje– y no se somete a las preguntas de las partes –y eventualmente a las preguntas aclaratorias del tribunal– no se dispone de prueba pericial que pueda ser valorada".

26. Bovino, Alberto, *Problemas…*, *op. cit.*, p. 6. Cafferata Nores denunciaba este mismo fenómeno de reconfiguración inquisitorial del debate cordobés explicando que en esa provincia "[e]l juicio quedó reducido, en muchos casos, a un ejercicio de comprobación acerca de la eficacia de las pruebas (que no debían ser definitivas) en orden a la certeza necesaria para condenar: 'los jueces de instrucción se han convertido en verdaderos tribunales de sentencia'"

27. Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 239. En idéntico sentido, Guzmán considera que en estos casos también se viola el principio de igualdad ante la ley (Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 2011, p. 167).

porados a la audiencia de debate y valorados en la sentencia en la medida en que se haya cumplido previamente con el procedimiento de los definitivos e irreproducibles, de los que nos ocuparemos más adelante (CPPCABA, art. 105 y ss.).

Capítulo 2
Determinación del objeto y actos del Ministerio Público Fiscal

Artículo 99. Decreto de determinación de hechos

Cuando el/la Fiscal decida actuar en virtud de lo establecido en el artículo 84 y no disponga el archivo de las actuaciones, dictará inmediatamente un decreto de determinación del objeto de la investigación preparatoria, que deberá contener:

1. **La relación suficientemente circunstanciada del hecho, con indicación, si fuera posible, del lugar, tiempo y modo de ejecución y su calificación provisoria.**
2. **Las condiciones personales de los/las imputados/as y, en su caso, de la víctima que fueran conocidas.**

Si de la pesquisa surgiera que los hechos son distintos o deben ser ampliados, o cuando otras personas resulten imputadas, el decreto de determinación del hecho se deberá modificar de oficio, respetándose los requisitos establecidos en este artículo.

La investigación preparatoria se limitará a los hechos referidos en el decreto de determinación y sus ampliaciones.

Artículo 100. Actos de investigación

A fin de desarrollar la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá citar a testigos, requerir los informes y peritajes que estime pertinentes y útiles, practicar las inspecciones de lugares y cosas, disponer o requerir secuestro de elementos y todas las medidas que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Deberá solicitar orden judicial para practicar allanamientos, requisas o interceptaciones de comunicaciones o correspondencia.

Artículo 101. Actuaciones. Delegación

La investigación preparatoria se realizará de manera desformalizada, excepto cuando se trate de actos definitivos e irreproducibles.

Los actos de investigación que no deban ser formalizados podrán ser delegados por el/la Fiscal interviniente, mediante decreto, en el personal a su cargo o en investigadores de las fuerzas de seguridad debidamente individualizados.

Estos reportarán el cumplimiento de las diligencias encomendadas mediante informes firmados, los que se reservarán en la Fiscalía.

El/la Fiscal también podrá delegar en el/la Secretario/a, mediante decreto, la intimación al/la imputado/a de los hechos investigados.

Artículo 102. Uso de la fuerza pública

En el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público Fiscal podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

El Ministerio Público Fiscal dirigirá a la policía y a las fuerzas de seguridad en función judicial.

Aspectos generales

Bajo el sistema acusatorio de cuño adversarial que adoptó el Código Procesal de la CABA, la determinación del objeto del proceso es un acto procesal de suma relevancia, no solo por cuanto realiza garantías constitucionales básicas, sino porque cumple específicas funciones de ordenar y limitar las pretensiones de los sujetos procesales. En concreto, designa el límite de la investigación y juzgamiento, tanto en su aspecto fáctico como jurídico.

El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que no se puede aplicar una pena sin juicio previo fundado en ley anterior al "hecho del proceso". Por su parte, el artículo 13, inciso 3, de la Constitución de la CABA utiliza la misma fórmula para determinar el alcance de las garantías que consagra; además, en lo referente al proceso el de determinación reclama el deber de circunscribir el objeto de la pretensión punitiva estatal.

En tal contexto, la potestad acusatoria del Ministerio Público Fiscal se proyecta en la decisión de promover la acción penal cuando se enfrenta a la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y entienda que no se da ninguna excepción a su obligación legal de acusar.[28]

Adoptada esta decisión, es exigible que el fiscal enuncie el objeto de su investigación o hipótesis puesto que, aunque sea de forma provisoria, determina el alcance de la actuación de cada uno de los intervinientes en el sistema.

En este sentido, la fiscalía deberá articular toda su actuación en miras a probar la ocurrencia del hecho, o bien podrá modificarla o incluso descartarla. Para ello, deberá producir evidencias vinculadas a la hipótesis que se plantee y, en función de los elementos que logre recopilar, podrá adoptar decisiones que giren en torno a este eje.

Por otra parte, de la exigencia de la formulación del objeto de la investigación se sigue un aspecto sustancial del derecho de defensa en general y del derecho a ser oído en particular, que se basa en la necesidad del sujeto investigado de conocer específicamente de qué defenderse.[29] Solo en la medida en que se conozca el objeto de la investigación que se le sigue a alguien será posible articular una defensa efectiva y eficiente.

En otro rol, el órgano judicial, que en esta instancia cumple funciones de garante del debido proceso legal, también colocará en el centro de su atención el hecho que seleccione el fiscal. Si bien en esta etapa incipiente del proceso el/la juez/a solo interviene en función de alguna requisitoria o conflicto en concreto de las partes, cualquiera que sea la medida solicitada necesariamente debe tener vinculación con la pretensión punitiva formulada por el/la fiscal, más aun porque suele ocurrir que corresponda resolver incluso sin que se haya dado intervención a la defensa.

Entiéndase, a guisa de ejemplo, cuando se requiere una declaración judicial de incompetencia en razón de la materia o el territorio, o bien, medidas restrictivas o de protección en los términos de la Ley Nº 26485.

En tales supuestos, y otros tantos, solo será posible cumplir efectivamente con la función de contralor jurisdiccional si se ha determinado

28. Al respecto ver el comentario al Título I, Libro II, de esta obra.

29. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996, T. I, p. 553.

debidamente el hecho y su calificación legal provisoria, puesto que mal podría resolverse sobre si el fuero resulta competente para intervenir en un hecho descripto en forma vaga o imprecisa o donde la calificación legal no está fundada en constancias de la causa. En ninguna de estas situaciones no podría analizarse si resulta oportuno resolver al respecto en el estado en que fue presentado el pedido, o si es prematuro.

Por otro lado, cabe tener mayores recaudos en supuestos de casos enmarcados como de violencia de género por el Ministerio Público Fiscal, en los que los artículos 26 y 28 de la Ley Nº 26485 disponen que, a pedido de parte, o aun el juez de oficio, podrán disponerse medidas preventivas y, posteriormente, celebrarse audiencia, es decir, se disponen restricciones a los derechos de los sujetos investigados, sin intervención de la defensa, que es escuchada con posterioridad a la imposición. En tal contexto, nuevamente es necesario hacer hincapié en la relevancia de precisar el hecho y su calificación jurídica para asegurar que, en esta particular situación, el juzgador pueda observar su función de control de garantías.

De lo expuesto se sigue la obligación de formular la determinación de los hechos en forma inmediata, una vez que el/la fiscal adopte un criterio respecto de la necesidad y oportunidad de continuar con la investigación de un suceso que entiende relevante, conforme a los criterios político-criminales que guían su actuación, lo que constituye una tarea exclusiva a su cargo.

Así, la formulación de la pretensión punitiva estatal es imprescindible desde el primer momento de la investigación para habilitar el juego armónico de los derechos y garantías reconocidos al acusado. Es a partir de esta determinación que el/la fiscal podrá disponer las medidas de investigación que lo lleven a comprobar su hipótesis, pero solo se podrá controlar si la acción estatal resulta razonable a la luz del marco fijado en este acto autónomo y estratégico del fiscal.[30]

30. Tal idea se plasma en las resoluciones tanto de primera instancia que no autorizan la realización de puntos de peritaje que exceden el objeto de la investigación, como de la CAPPJCyF, que declaran la nulidad de las decisiones de los/as jueces/zas de grado que las autorizan por fuera de este marco. A modo de ejemplo señalaremos: CAPPJCyF, Sala I, "N.N. s/ presunta comisión de delito (Ley 24762)", causas Nº 17221/2015-4 y 17221/2015-6, 27/09/2017.

Sentado lo anterior, se impone establecer qué requisitos debe cumplir la formulación del objeto de la investigación para cumplir con los fines a los que hemos hecho referencia.

Para ello, la norma precisa determinados extremos sobre los que conviene detenerse para comprender el verdadero alcance de este acto, puesto que su realización no demanda el cumplimiento de un formalismo vacío, que torne ilusorio el cumplimiento de las garantías en juego.

En palabras de Maier, el "hecho" del que nos ocupamos, se trata de "algo que se le atribuye haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico"[31] a un sujeto determinado. Asimismo, Binder incorpora la idea de que ese algo, que forma parte de lo que él denomina requisitos de verificabilidad, consiste en sí en un suceso que tuvo lugar en el mundo exterior al sujeto y que generó un daño; se trata de un "acontecimiento que ha ocurrido en la vida social, puntual, propio, único con todas sus características".[32]

La perspectiva de Binder muestra a las claras la diferencia conceptual con los modelos infraccionales del Derecho Penal inquisitorial en el que la noción de hecho se construye como mero "acto de desobediencia a la ley", y por ello, toma como punto de partida a la norma penal. Mientras que, por el contrario, en los sistemas adversariales el fiscal debe realizar el ejercicio inverso para definir los hechos, o sea, debe "analizar la realidad para luego ver si es relevante para el derecho penal".[33]

En tal sentido, el hecho será la enunciación de un suceso que ocurre por acción u omisión de una persona humana, y que podrá tener lugar en un espacio y tiempo determinado, y por algún motivo –que debe ser explicado en su enunciación–; todo lo cual debe integrar una unidad. Además, un hecho puede tratarse de un proceso o secuencia de actos temporalmente ordenados. Sin embargo, darle contenido a esta formulación requiere un ejercicio lingüístico que entraña de por sí el problema de la perspectiva con que se enuncia.

Desde el posicionamiento que consideramos correcto es que, siguiendo a Binder, tal formulación debe partir de que el hecho se da como acontecimiento histórico y, al plasmarse como objeto del pro-

31. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2ª ed., 1996, T. I, p. 553.

32. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2021, T. V, pp. 293-295 (nota 128).

33. Ídem.

ceso penal, se enfrenta a la posibilidad de ser enunciado con un conjunto de preconceptos o información proveniente del sentido común, que entraña a los fenómenos sociales y al bagaje cultural de quien lo entiende de un modo u otro. Por lo tanto, la tarea de formular el hecho que será el objeto del proceso debe ser afrontada como una sesuda actividad que se aleje cuanto sea posible de sesgos y que permita determinar, en concreto, cuáles son las dimensiones de un suceso con relevancia jurídico penal.[34]

Por desgracia, este ejercicio resulta difícil de realizar sobre todo para quienes, como ya hemos señalado, se encuentran atravesados por la tradición inquisitiva de los sistemas mixtos, que entienden al delito no como un dato fáctico sino como una construcción normativa (desobediencia a la ley). De este modo, determinar cuáles son los aspectos de un hecho que interesan al Derecho Penal en la práctica se lleva a cabo, muchas veces, de forma mecánica, sin tomar verdadera consciencia de lo aquí mencionado.

Efectivamente, es corriente formular el objeto del caso a través del relato de un continuo de situaciones (y no de conductas) que surgen de las denuncias y demás constancias aportadas al legajo de investigación, sin que se advierta la importancia que este acto tiene para el proceso penal, puesto que la calidad del juicio y todo cuanto se trate en forma previa estará influenciado directamente por cómo se construya.[35]

---

34. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 313. En este sentido, Binder, al establecer el contenido de la garantía básica del hecho consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, refiere que se trata de un acontecimiento que posee, a lo menos, las siguientes dimensiones: 1) un autor, que desarrolla una conducta que impacta sobre el mundo exterior y tendrá sus propias características; 2) un desarrollo detectable en el mundo exterior, y por lo tanto, situado en el tiempo y el espacio, con sus propias características; 3) y un resultado de la acción palpable en el mundo exterior y que afecta intereses de uno o más sujetos.

35. Ibídem, T. V, pp. 334 y 336.Con acierto, Binder ha identificado tres formas en que la tradición inquisitiva de nuestros tribunales suele debilitar o violar la garantía del hecho al momento de enunciarlos o definirlos, prácticas que él denomina bajo el título "construcciones burocráticas de la realidad". La primera de estas construcciones tiene lugar cuando los operadores sustituyen el relato del hecho (o el encadenamiento de proposiciones fácticas) por un informe administrativo que contiene un mero *racconto* de lo sucedido en el expediente. Algo similar ocurre cuando no se realiza una narración de un suceso del mundo exterior, sino que solo se menciona el verbo descripto en la ley penal (*v. gr.* "Juan sustrajo una cosa ajena"). Y por último, identifica un debilitamiento de la garantía cuando, en lugar de usar el lenguaje corriente para describir los

En otro orden, la determinación del objeto del proceso es *provisional*, toda vez que recién iniciadas las averiguaciones y con la información que se haya recabado hasta ese momento inicial la fiscalía está obligada a dictarlo en forma inmediata para garantizar que imponga límites a la actuación investigativa ya desde sus albores, o bien fije el grado de conocimiento del juez ante una petición de medidas o para que la defensa conozca sobre qué debe defenderse. Por lo tanto, no es irrazonable, y así está previsto en nuestro ordenamiento, que de obtenerse nuevas evidencias que conmuevan la hipótesis que el fiscal tuvo hasta el momento sobre la ocurrencia del hecho, le esté permitido ampliarlo o modificarlo, siempre que ello ocurra sin demoras y en cuanto ello le sea posible.

Puede suceder, desde luego, que en estos primeros momentos la fiscalía maneje más de una hipótesis sobre lo ocurrido y estas formulaciones, con el tiempo y las evidencias que vaya reuniendo, se irán sometiendo al test de consistencia y verificación hasta que logren constituir una sólida hipótesis, que será la que se consolide definitivamente en el requerimiento de elevación a juicio.[36]

Mientras ello no suceda, regirá en esta etapa su naturaleza provisoria, en sus dimensiones fácticas y jurídicas, lo que ha sido tomado en cuenta por la Cámara de Apelaciones del fuero para desestimar las quejas de las defensas e incluso revertir la decisión de juzgados de primera instancia que habían declarado la nulidad de los decretos de determinación de los hechos, al considerar que no se había comprendido el alcance provisorio que poseen en etapa.[37] Podemos entonces

hechos del mundo, se emplea la vieja jerga judicial alejada de la realidad social y que está plagada de valoraciones y presunciones de hecho, abiertamente inconstitucionales. Este autor advierte que el problema de estas formas burocráticas de describir y comunicar los hechos suele contaminar los juicios orales, en el que las partes y los jueces se refieren a ellos o se comunican entre sí en ese lenguaje artificioso y sin contacto con la realidad, con serio menoscabo de la función republicana que debe cumplir la administración de justicia penal.

36. Moreno Holman, Leonardo, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, 2012., p. 30.

37. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en F., B. A. s/ art. 1 ley 13.944", causa N° 19044-01/15, 20/12/2016 y Sala III, "NN, M., K. S. s/ art. 5, inc. c ley 23737", causa N° 17157/2020-0, 08/03/2021.

concluir que el objeto de esta etapa es la elaboración de una "pretensión evolutiva o progresiva".[38]

No obstante esta característica propia de la investigación penal preparatoria, la tarea de recopilar evidencias e incorporar información al proceso para su evaluación por el Ministerio Público Fiscal –que también debe estar a disposición de la defensa– debe realizarse con particular atención y criterio, puesto que en esta instancia pueden ya vislumbrarse elementos que, soslayados en un primer momento, adquieran relevancia con el avance de la investigación o ante la intervención de un representante del Ministerio Público Fiscal con una mirada estratégica diferente del caso. En tal escenario, corresponderá reconducir la pretensión fiscal y plasmarla en el decreto de determinación de los hechos modificado.

Si bien el fiscal puede seleccionar los caracteres del hecho con cierto margen de discreción en esta etapa del proceso, el ejercicio de ese arbitrio en instancias posteriores o pretender introducir como elemento "novedoso" circunstancias sobre las que ya se tenía noticia durante la investigación y que signifiquen un cambio en la relevancia del hecho achacado, no puede ser admitido.

Creemos que es indispensable entonces evitar estas situaciones, sea con una lectura cabal de los acontecimientos, con su reformulación oportuna en esta etapa o también con un trabajo articulado entre los fiscales que intervienen en la etapa penal preparatoria y de juicio a fin de evitar que la diferencia de criterios sobre el entendimiento de un hecho genere ampliaciones o modificaciones fácticas una vez precluida la oportunidad de hacerlo.[39]

Ahora bien, no podemos perder de vista que, en la sistemática del CPPCABA, la norma procesal aquí comentada se ubica en los momentos iniciales del caso, por lo que, conforme el entendimiento que el fiscal haya construido hasta ese momento con la información disponible,

38. Ledesma, Ángela, "Objeto del proceso penal: momento en que se define", en AA. VV., *Estudios de homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 308.

39. Larocca, Patricia, "Ampliación y modificación de la imputación en el juicio oral", en Perel, Martín; Díaz, Ernesto (dirs.), *El juicio en el procedimiento penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 85 y ss. Sobre esto, se ha dicho que la facultad prevista por el artículo 231 del CPPCABA no debiera ser utilizada para reparar deficiencias y olvidos de una imputación mal construida, enmendando la acusación en la etapa de debate.

deberá formular su hipótesis acusatoria a través de un postulado descriptivo que contenga los siguientes datos:

a. el/la autor/a o autores/as del hecho; es decir, quienes desarrollan la conducta y los datos personales que permitan su identificación,
b. la formulación de la acción o conducta humana en concreto, con su ubicación en tiempo y espacio y las características relevantes para fundar su importancia para el Derecho Penal,
c. las consecuencias de la conducta investigada o resultado de la acción, y
d. el/la víctima afectada en sus intereses.

El desarrollo de las dimensiones señaladas constituye las circunstancias del hecho que exige la norma bajo análisis.

Tal descripción, entonces, debe consistir en una formulación clara y precisa, que atienda al suceso como momento histórico determinado y donde se vinculen los distintos aspectos antes enunciados de modo tal que permita su verificabilidad de un modo concreto.[40]

La función de garantía del hecho se afianza con la correcta vinculación a un delito, con la referencia a la norma aplicable al caso. Sin embargo, no debe perderse de vista que, en el sentido ya expuesto, tal valoración penal debe en primer lugar respetar la *primacía de los hechos*. Es de práctica común, y absolutamente nociva para el proceso, que se confundan hechos y derecho.[41] Es que los resabios de la cultura del sistema infraccional (inquisitorial) confluyen para que, al formular los hechos, se mencione el presupuesto fáctico previsto en el delito de que se trate, es decir, que se enuncien los antecedentes de la prescripción normativa en lugar de la narración y descripción del hecho concreto del mundo exterior formulado en lenguaje llano, lo que podría dar lugar a un vicio que impida el eficaz ejercicio del derecho de defensa.

Entra aquí en juego el principio de congruencia que veda la posibilidad de alteraciones en la correlación entre la acusación y la sentencia condenatoria. En este punto destacamos la importancia de la correcta formulación del hecho construido bajo los parámetros expuestos, en el que se incluyan en su descripción (como suceso o proceso físico) las

40. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 314.

41. Lorenzo, Leticia, *Manual de litigación*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2012, p. 142.

circunstancias fácticas que habiliten la aplicación de una pena. Admitir la construcción de hipótesis vagas e imprecisas o que solo enuncien los elementos normativos del delito, equivale a abrir la puerta para la transformación de cuestiones de hecho en cuestiones de derecho,[42] y con ello, la posibilidad de que un cambio abrupto en la valoración de las circunstancias pueda afectar el principio del contradictorio y la actuación efectiva del derecho de defensa.[43]

La actividad de investigación del Ministerio Público Fiscal

El modo de ejercer el rol que le cabe a cada parte sufrió un profundo impacto en función de la implementación de los sistemas de enjuiciamiento adversarial basados en audiencias orales. El reemplazo de la prueba legal o tasada y la adopción del principio de libertad probatoria trajo consecuencias en la forma de entender la función de cada una de las partes.

En tal sentido, los agentes del Ministerio Público Fiscal, en el marco establecido por los hechos que ha decidido a investigar, tiene facultades autónomas para disponer medidas que lo lleven a verificar su hipótesis, modificarla o ampliarla, según desarrollamos en el apartado anterior.

En concreto, será su objetivo en esta instancia la recolección de información que le sirva para preparar la acusación y su actividad estará regida por el principio acusatorio y de objetividad.[44]

Así, como responsable de la investigación, el Ministerio Público Fiscal tiene la carga de producir y disponer medidas conducentes para corroborar su hipótesis acusatoria o eximir de responsabilidad a quien investigue, si descubriese elementos para ello, resguardando en tal desarrollo el cumplimiento de las garantías constitucionales.

42. Langevín, Julián, *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación entre acusación, defensa y sentencia*, Buenos Aires, Fabián Di Plácido, 2007, p. 102.

43. TSJCABA, "Ministerio Publico –Defensoría General de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rocha, René Rolando s/ art. 189 bis, CP'", causa N° 12332, 06/04/2016.

44. Garzón, Indiana, "La etapa preparatoria en el proceso penal acusatorio", en Martínez, Santiago; González Postigo, Leonel, *Investigación y acusación*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, p. 61.

En este contexto, la enunciación de medios prueba contenida en el artículo 100 del CPPCABA –que, por cierto, remita las reguladas en el Título III del Código– no es taxativa, en razón del principio de amplitud probatoria que rige en nuestro procedimiento (CPPCABA, art. 113), según el cual está permitido la utilización de cualquier medio apto para producir fe sin necesidad de que esté regulado previamente en forma específica.[45]

El problema, sin embargo, emerge cuando esos actos de investigación puedan poner en peligro o lesionar garantías constitucionales (allanamientos, requisas, intervención de comunicaciones, etc.), situación en la que la ley requiere la previa intervención del juez.[46]

En ese sentido, la última parte del artículo establece que los fiscales deben solicitar autorización al juez/a para realizar aquellas medidas intrusivas de ámbitos de la persona que por mandato constitucional se encuentran resguardadas de injerencias extrañas en virtud de los derechos a la privacidad, intimidad y confidencialidad, en tanto parte inviolable de la dignidad humana (CN, arts. 18 y 19; CCABA, arts. 12, inc. 3 y 13, inc. 8).

Pero debido a que el precepto comentado no ha delimitado con precisión los actos de investigación que importan injerencias injustificadas en esos ámbitos, los jueces son quienes, en definitiva, conservan un margen de apreciación bastante amplio para definir la cuestión.

Y esta circunstancia, a no dudarlo, generó en la práctica un fuerte escenario de inseguridad jurídica, merced a la enorme variedad de criterios que se han elaborado en nuestros tribunales para imponer límites a las facultades de los fiscales; sobre todo, en lo que respecta a la búsqueda, recolección y resguardo de evidencia digital o en entornos digitales que, como es sabido, carecen de una regulación procesal específica.[47] Con gran acierto se ha reflexionado que esta laguna nor-

45. Duce, Mauricio, *La Prueba…*, *op. cit.*, p. 28.

46. Jauchen, Eduardo, *Proceso Penal. Sistema acusatorio adversarial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 193.

47. En nuestro medio mucho se ha discutido si los fiscales debían requerir autorización jurisdiccional para solicitar informes a las compañías telefónicas o empresas privadas sobre los datos de tráfico y de titularidad, es decir, los mal llamados "datos de facturación" que los propios usuarios proporcionan a esas empresas a fin de poder utilizar y abonar los servicios que ellas brindan. Sobre ambos, se expidió el TSJCABA en "Acosta, Cristian s/ art. 128 2° párrafo del CP", 04/04/2017, ocasión en la que consi-

mativa en combinación con la incorrecta aplicación del principio de

deró que la normativa que protege las "comunicaciones", "papeles", "correspondencia" y la "información personal almacenada" (CCABA, arts. 12.3 y 13.8), consagra un ámbito de privacidad o de intimidad que no abarca a los informes destinados a conocer la titularidad del usuario de un bien o servicio o los registros históricos de las direcciones IP que utilizó. Ello, pues, a entender de los señores jueces, esos datos "no constituyen las comunicaciones ni los mensajes personales a los que dichas normas intentan resguardar, ni conllevan implícita una esfera de reserva que deba ser preservada de esa manera". En función de ello, el Tribunal concluyó que los datos de titularidad y tráfico (IP) obrantes en las bases de los prestadores de servicio de Internet podrían ser requeridos por los investigadores sin previa autorización judicial.

No obstante, esta línea jurisprudencial ha merecido fuertes críticas de la doctrina. En efecto, es muy polémico que los datos de titularidad o registro no gocen de expectativa de privacidad alguna como se sostuvo en "Acosta", máxime ante el dato de realidad que indica que en la actualidad las empresas privadas cada vez recopilan mayor cantidad de información de sus usuarios, sin que ellos sean plenamente conscientes de ello (*v.gr*. datos biométricos, del estado de salud, ubicación, etc.). Es decir, no estamos ante información básica de las personas. Por otro lado, algo similar ocurre con los datos de tráfico ya que, si bien las direcciones de IP por sí solas no indican nada, es innegable que anudada a otros datos permiten conocer los sitios *web* visitados por un usuario, los lugares desde donde se conectó o se comunicó, reconstruir su recorrido o localización, conocer sus hábitos de consumo e intereses, entre otras tantas posibilidades. Es por ello que se ha señalado que, al pronunciarse en "Acosta", los jueces del Alto Tribunal porteño "... no dimensionaron adecuadamente las consecuencias de lo dispuesto, minimizaron la problemática y perdieron una buena oportunidad para demostrar la importancia de salvaguardar el derecho a la privacidad en miras a un mundo en que la tecnología parece estar llevándoselo por delante" (Iriarte López, María Agustina; Mandolesi, María Antonela, "La redefinición del alcance de la garantía de la privacidad en la era de la digitalidad. Reflexiones en torno al caso 'Acosta' del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 4, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2019, p. 689).

Por fortuna, en la práctica buena parte de los fiscales locales continúan requiriendo permiso al juez de garantías para pedir esta clase de datos, al considerar que se trata de información personal y privada (arts. 5 de la Ley N° 27078 y 2 y 10 de la Ley N° 25326, entre otros). Por ejemplo, hoy casi no se discute la naturaleza sensible de los "datos de tráfico", es decir, los que permiten establecer el remitente y receptor de la comunicación, sus direcciones de IP, el día y hora de la comunicación, su duración, la cantidad de datos usados en la comunicación y los sitios *web* visitados, entre otros aspectos. A tal punto esto es así, que el art. 5 de la Ley N° 27078 de "Tecnologías de la Información y Comunicaciones" dispone expresamente que los acusadores solo pueden obtenerlos mediando la previa supervisión del juez (véase en igual sentido, JPCyF Nº 10, "NN s/ art. 128 bis CP", causa N° 1429, 03/09/2018).

Siguiendo la misma línea, recientemente la Sala I de la CAPPJCyF confirmó la resolución de la jueza de primera instancia que había anulado el pedido de información de un fiscal que había requerido las celdas de conexión, su geolocalización y su impacto en antenas, así como también información relativa al registro de las tarjetas SUBE de los sujetos investigados, en razón de que ninguna de esas medidas habían sido practi-

libertad de la prueba ha posibilitado que se autorice a los acusadores a requerir datos que forman parte de ámbitos constitucionalmente protegidos de la persona.[48]

Más allá de ello, es vital que los fiscales cumplan con el deber de determinar el objeto de la investigación puesto que, si bien nuestro Código les ha conferido amplias facultades para realizar actos de investigación, tales potestades son recortadas en función de su pertinencia, utilidad y necesidad con relación al hecho delictivo previamente determinado (teoría del caso).[49]

En ese sentido, y más allá de que el análisis de admisibilidad de las evidencias para la etapa de juicio tendrá lugar durante la audiencia intermedia, cualquier medida probatoria debe observar los parámetros señalados, aun cuando ello suponga limitar el principio de amplitud probatoria que gobierna la etapa preparatoria de nuestro proceso penal.

Principios que gobiernan la actividad de los acusadores

El principio de desformalización

El artículo 101 del Código nos trae otra herramienta característica de los sistemas acusatorios de tipo adversarial, a saber: la desformalización de la investigación penal preparatoria.

---

cadas con autorización judicial previa (CAPPJCyF, Sala I, "Callata, M. E. s/ art. 149 bis, CP", 22/03/2022).

Por lo demás, cabe señalar que una protección igualmente robusta rige en el ámbito del derecho comunitario. Pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado el principio de prohibición de almacenamiento generalizado e indiscriminado de los datos de tráfico y localización de los usuarios europeos. Y como si ello fuera poco, también ha dicho que el acceso a esa información en el marco de una investigación delictiva en particular debe estar precedida de un control previo por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que "un funcionario de la policía no es un órgano jurisdiccional y tampoco presenta todas las garantías de independencia e imparcialidad propias de un órgano administrativo independiente" ("Commissioner of the Garda Síochána y otros", asunto C-140/20, 05/04/2022).

48. Iriarte López, María A.; Mandolesi, María A., "La redefinición…", *op. cit.*, p. 687.

49. Para una definición completa del alcance de los conceptos de pertinencia, utilidad y necesidad cabe remitirse al comentario de los artículos respectivos de esta misma obra.

Efectivamente, en un sistema adversarial como el que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las decisiones deben adoptarse en función de la información que las partes presenten al/a la juez/a en el marco de audiencias orales y públicas. La inmediación y el contradictorio, que dimanan de la oralidad, garantizan una mayor calidad de información que se presenta previa a la decisión.

En tal sentido, la recopilación de evidencias durante la investigación penal preparatoria responde a distintos fines que en los sistemas mixtos. Aquí se trata de que todas las medidas dispuestas por el Ministerio Público Fiscal y la información que se produzca en consecuencia sirvan para sustentar las decisiones del titular de la acción penal en esta instancia, tanto para llevar adelante la acusación o bien adoptar criterios que lleven a la desincriminación de los sujetos investigados, por aplicación del principio de objetividad. Avanzado el proceso, tales evidencias adquirirán la calidad de prueba sólo al ser incorporadas y confrontadas en una audiencia de debate.

La introducción expresa del principio de desformalización de la investigación preparatoria ha significado abandonar la cultura del expediente escrito, propio de los sistemas mixtos donde se documentaba cada paso procesal, medida de investigación e incluso orden de disposiciones simples, construyendo cuerpos de legajos en papel que cronológicamente registraban el recorrido de la investigación y sobre la base de lo cual se adoptaban las decisiones.

En concreto, el abandono de la burocracia ritualista responde a la lógica del sistema adversarial y marca el sentido y alcance de la investigación penal: relevar y recopilar evidencias que oportunamente deberán ser acreditadas e introducidas válidamente en el debate, con control de la contraparte, para constituirse en pruebas de alto nivel de calidad.

De aquí también la diferencia con las medidas definitivas e irreproducibles, en tanto se trata de aquellas que para rendir efectos en el juicio no es necesario repetirlas o no pueden realizarse nuevamente en las mismas condiciones.[50] En función de tales características su producción demanda el cumplimiento de determinados recaudos para su registración y, luego, se introducirán por lectura en el debate oral o bien, para mayor calidad en la forma de incorporar la información

50. Jauchen, Eduardo, *Proceso Penal…*, *op. cit.*, p. 190.

y garantizar el contradictorio, serán reproducidas.[51] Tales extremos justifican y dan razón suficiente para que estas medidas escapen a la pauta de informalidad de la investigación preparatoria.

La clave de la desformalización consiste en que no existan reglas rígidas para recopilar evidencias.[52] Sin embargo, resulta exigible que tal registro cumpla con determinados requisitos para no afectar el derecho de defensa en juicio de la persona investigada.

Sea cual fuere la forma de registro de las evidencias colectadas, ello no puede servir para sustraer del conocimiento de la defensa el trabajo que lleve realizado la fiscalía ni tampoco para generar situaciones de sorpresa por saber de ellas en forma tardía. Como se dijo, la provisionalidad de las decisiones es característica de esta instancia incipiente de la investigación, puesto que el/la fiscal trabaja en la construcción de un caso según la hipótesis que se plantea y, en función de ella, es que evaluará las evidencias que colecte.

No obstante lo expuesto, puede suceder que alguna evidencia que resulte irrelevante para la teoría del caso de la fiscalía signifique algo distinto para la defensa o sirva para sustentar su hipótesis o estrategia. Por tanto, aun de modo informal, resulta recomendable que la fiscalía registre toda la actividad que realice y las evidencias que colecte o sobre cuya existencia tome conocimiento.

Esta circunstancia adquiere relevancia también para resolver incidencias durante el debate. Piénsese en el caso de que se pretenda introducir "nuevas pruebas", en los términos del artículo 235 CPPCABA, será necesario tener el registro de las medidas que se realizaron para que el juez de juicio pueda tener elementos para analizar si efectivamente se trata de medios de prueba sobre los que se tiene conocimiento en ese acto o se tenía noticia de ellos en etapas previas y no se obtuvo por inacción o falta de diligencia del fiscal en tiempo oportuno.

Por otra parte, la informalidad implica que no hay requisitos para el registro pero aun así debe cumplir las formas previstas para el acto y no afectar derechos y garantías que le asisten tanto al imputado como

51. Al respecto, ver comentario al Libro II, Título II, Capítulo 4 de este Código.

52. García Yomha, Diego; Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2014, p. 78.

al testigo o a las personas que se encuentren involucradas en el acto de que se trate.[53]

Sobre el modo en que se realiza el registro de recolección de información durante la investigación y la disponibilidad de ella para el juzgado y la defensa, el Ministerio Público Fiscal estableció directrices en función de los principios de jerarquía y unidad de actuación que rige su funcionamiento y organización.

Los otrora Criterios Generales de Actuación, Resolución Conjunta FG Nº 92/16 - DG 568/16 y FG Nº 96/16, establecieron que los/las fiscales no podían remitir el legajo de investigación ni ninguna de las constancias incorporadas a el/la juez/a del caso cuando su intervención debiera ocurrir en audiencia y aclaraba: "aun a pedido de este".[54]

Además, para el caso de que se requiriera la intervención del juez en un acto que no preveía una audiencia, se debían remitir las constancias pertinentes acompañadas de una certificación donde surgieran los datos necesarios para que el juzgado esté en condiciones de evaluar su competencia para intervenir.[55] A su vez, establecía la obligatoriedad de disponer el acceso inmediato a toda evidencia colectada en la investigación cuando la defensa así lo solicitase y previo a remitir el requerimiento fiscal de elevación a juicio, el que se envía al juez solo con el libelo de presentación en el que se efectúa una "valoración referenciada" de las declaraciones previas para fundar la acusación, evitando de este modo su transcripción completa, lo que podría poner en juego la imparcialidad del juez de juicio que reciba esa pieza procesal.

Todas estas directivas tienen como fin evitar que el/la juez/a, tanto de la etapa intermedia como de juicio, tengan conocimiento de las circunstancias del hecho por fuera de lo que surja de las audiencias orales en que corresponde resolver tales cuestiones. La referencia a aquellas situaciones en que no se prevé audiencia para resolver queda

53. CAPPJCyF, Sala III, "García, Diego Marcelo s/ arts. 183 y 149 bis CP", causa N° 3873/13, 10/04/2014, voto del Dr. Delgado.

54. La cultura del expediente escrito y la arraigada práctica de los jueces profesionales de tener a disposición los legajos para su compulsa personal generó numerosos entredichos entre magistrados y fiscales, puesto que los primeros reclamaban, bajo la lógica del sistema anterior, el expediente en papel para su estudio previo a la audiencia, lo que desnaturaliza los principios señalados en este acápite.

55. Si le corresponde intervenir por cuestiones de turno, en función de la zona y fecha del hecho y los criterios establecidos por la Acordada Nº 3/19 de la CAPPJCyF.

saldada con la reforma del CPPCABA[56] que incluyó la posibilidad de realizar audiencias unipersonales en tales casos.

Posteriormente, en el año 2021, en ejercicio de las funciones que la Ley Orgánica del Ministerio Público le asigna (Ley N° 1903, art. 18, inc. 4), el nuevo fiscal general revisó los Criterios Generales de Actuación vigentes y dispuso que los antes enunciados, así como también aquellos otros referidos a cuestiones de organización y distribución del trabajo, perdieran tal carácter; no obstante, los mantuvo vigentes como instrucciones generales.[57]

Por lo demás, la pandemia por SARS-COVID 19 obligó al Ministerio Público Fiscal de la CABA a adoptar modificaciones técnicas en la forma de trabajo para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de justicia aun en tal contexto. Para ello, incorporó al diseño laboral la modalidad de trabajo remoto mediante la utilización de canales o medios informáticos. De este modo, se consolidó la utilización del sistema informático *KIWI* como medio de asiento de todas las medidas de investigación que se realizaran, así como también la materialización de entrevistas con testigos por medios telefónicos, videoconferencia o videollamada.[58]

La práctica actual del Ministerio Público, que ha dado señales de mantener la forma de trabajo desprovista de papeles, consiste en documentar en el sistema *KIWI* todas las medidas de investigación que se dispongan y sus resultados y, desde allí, dar acceso a la defensa en cada oportunidad que esta lo requiera.

El sistema mencionado tiene ciertas particularidades que generan la necesidad de intervención de los juzgados en su función de garantes de la legalidad del proceso, puesto que las defensas suelen agraviarse al señalar que no fueron anoticiadas de la totalidad de lo realizado por el MPF. Y es que el *KIWI* permite compartir archivos en formato PDF sueltos y su lectura lejos está de asemejarse al viejo expediente judicial, posibilidad que sí permite ser construida desde el sistema informático de los juzgados (EJE) que habilitó la opción legajo digital, y forma un documen-

56. Ley N° 6020.

57. Res. FGCABA N° 40/2021.

58. Ibídem, N° 61/2020.

to PDF con las constancias que se hayan cargado hasta ese momento en el sistema de la jurisdicción –que no son las mismas que la de la fiscalía–.

Entendemos que la incomodidad que genera en los operadores el recibir constancias sueltas sin un orden cronológico claro de producción es un resabio más de la arraigada cultura del expediente que nos lleva a entender de manera confusa esta nueva forma de presentación que, reiteramos, deberían ser exhibidas en audiencias orales por el fiscal para sustentar sus posturas y no es necesario que el juzgado las tenga para leer como una narración en continuo de la historia de la investigación.

Por lo demás, las críticas que señalan que la fiscalía oculta información mediante la omisión de compartir la totalidad de los documentos exigen la adopción de medidas por parte de los juzgados como garantes de la legalidad del proceso, puesto que con ello se afectarán los principios de buena fe, de objetividad y de derecho de defensa en juicio.

Sería auspicioso que se sancione un código de ética, guiado por el principio de buena fe, en el que se precisen buenas prácticas y se establezcan las sanciones que les correspondería a las partes en caso de incumplimiento.

Delegación de funciones

Nuestro Código también faculta a los fiscales a delegar determinadas funciones y actividades.

Una de las críticas que se hace a la delegación en términos amplios y generales es que posibilita que los empleados tomen decisiones en nombre del verdadero titular de dicha facultad. En el caso de las fiscalías, esto se traduce en que no se conozca quién diseña o decide la estrategia de persecución del delito. El riesgo para el debido proceso legal se encuentra en la posibilidad de que un agente o empleado que no fue designado de acuerdo al procedimiento constitucional sea quien determine la suerte del ejercicio de la acción.

Es exigible que quien diseñe la teoría del caso sea el/la fiscal que formule el decreto de determinación de los hechos y ejerza la dirección de la investigación, bajo los parámetros que analizamos precedentemente. Cumplidos estos mínimos recaudos, no existe inconveniente alguno en que el/la fiscal seleccione la línea de acción a seguir y los/as empleados/as ejecuten o lleven a cabo las medidas dispuestas.

Resulta materialmente imposible que los fiscales que deben acudir a audiencias orales y ocuparse de otras cuestiones propias de su función, tal como avocarse al estudio de los problemas jurídicos de los casos en que trabajan o diseñar la forma de afrontarlos y determinar su estrategia de acción, puedan además ejecutar por sí las medidas conducentes para los fines que determinen. Por lo tanto, la delegación prevista por el artículo bajo estudio resulta apropiada para garantizar agilidad y eficiencia en la producción de información, así como el cumplimiento de los tiempos de duración de la investigación previstos en el Código.

A su vez, entendemos que el diseño institucional del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires da cuenta de esta lógica de trabajo, en tanto se encuentra organizado en distintas unidades de actuación con facultades específicas, entre las que se distinguen las que tienen funciones administrativas (tales como la Unidad Tramitación Común)[59] y las que tienen actividad netamente jurídica, como es el caso de las fiscalías especializadas por delitos o bien las fiscalías de trámite común propiamente dichas. En estas últimas los equipos de empleados/as son reducidos en número y la dinámica diaria de trabajo evidencia que quienes tienen la conducción y criterio de investigación en cada caso son los/as fiscales que personalmente desarrollan esa tarea.

El Código prevé ciertos requisitos para efectuar la delegación de funciones. En primer lugar, señala que podrán ser objeto de esta manda aquellos actos que no requieran formalización; es decir, los que no sean definitivos e irreproducibles, en tanto estos requieren la intervención del/de la fiscal para garantizar que rindan efectos válidamente en el momento procesal oportuno.

Además, requiere que el acto de delegación se consigne mediante decreto; no obstante, no precisa los alcances y consecuencias de su incumplimiento.

La jurisprudencia del fuero, si bien consideró "desprolija" la actuación de la fiscalía en un caso en que no se consignó la delegación en una funcionaria para recabar una declaración testimonial durante la investigación penal preparatoria, entendió que la falta de cumpli-

59. Las UTC son unidades encargadas de diligenciar las medidas dispuestas por las fiscalías de trámite de causas o cumplir con notificaciones o libramiento de oficios, por ejemplo. Ver Res. FGCABA N°41/09.

miento de este recaudo fue subsanado por la propia defensa al participar de tal acto sin oponer reparos sobre ello en ese momento, por lo que no hizo lugar a su nulidad.[60]

En tercer lugar, la norma prevé que la delegación se puede realizar en personal de la fiscalía o en investigadores de las fuerzas de seguridad debidamente individualizados.

Como requisito para realizar la delegación en el equipo a cargo del/de la fiscal debe tenerse en cuenta que, mediante Resolución Nº 14/2011 de Fiscalía General,[61] se dispuso que no deben delegarse tareas de investigación o asignar otras de colaboración en empleados o funcionarios cuando presenten en el caso alguna de las causales previstas para la recusación o excusación de fiscales respecto de aquel. Asimismo, los empleados y funcionarios tienen el deber de informar la existencia de alguna de las causales referidas que pudieran presentar en algún caso en que se les haya delegado tareas de investigación.[62]

La delegación en investigadores de fuerzas de seguridad amerita ciertas consideraciones en particular, en tanto también evidencia el cambio de lógica de trabajo respecto de los sistemas inquisitivos reformados.

Según señala Binder, se trata de una "justicia penal tan dócil como débil", en la que el juez de instrucción se encontraba sobrecargado en tareas, sin estructura, y donde el Ministerio Público Fiscal cumplía funciones accesorias, menores. En tal contexto se aseguraba "el con-

60. CAPPJCyF, Sala III, "B., J. A. s/ art. 1, ley 13944", causa N° 8404/2016, 19/05/2017, voto de la Dra. Manes al que adhirió el Dr. Franza.

61. Tal resolución fue dictada originariamente como Criterio General de Actuación y luego, mediante Res. FGCABA N°40/2021, se dispuso la continuidad de su vigencia, pero ya como Instrucción General. Se trata, entonces, de una norma de alcance general obligatorio vinculada a cuestiones de organización y distribución del trabajo.

62. Esta disposición encuentra su génesis en el caso de la CAPPJCyF, Sala II, "B. B., A. F.", causa Nº 3649-02/CC/2010, 15/09/2010. En él, la defensa se agravió al advertir que el empleado de la fiscalía en quien se había delegado la investigación habría tenido relaciones de amistad con la denunciante. La Cámara consideró que, si bien no se trataba de una "delegación de la investigación" sino que se le habían encomendado tareas como realizar comunicaciones telefónicas o entrevistas personales con testigos, resultaba "manifiestamente inapropiada" la intervención de este funcionario en el caso, por lo que ofició a Fiscalía General "a sus efectos, teniéndose en cuenta además que la defensa requirió expresamente que se aparte al empleado en cuestión de toda intervención en el expediente."

trol directo de los/as policías sobre la criminalidad" que marcó un funcionamiento selectivo de la justicia penal que continúa hoy presente.[63]

En el mismo sentido, Duce explica que existe lo que él llama una "brecha" entre el "mundo policial" y el "mundo civil", a veces generada por la falta de estudio de esta institución por parte de académicos y reformistas en América Latina, que a su vez se reforzó durante los gobiernos no democráticos que vivimos en la región.[64]

En este complejo contexto, las reformas procesales prevén un vínculo de dirección y trabajo mancomunado entre fiscales y policías que presenta problemas en su implementación y exige en forma urgente que se adopten medidas para dinamizar las investigaciones y que el Ministerio Público Fiscal se constituya en "un puente de comunicación entre el mundo de la actividad policial y el trabajo judicial dinámico".[65]

Siguiendo esta lógica, el artículo 125 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en igual sentido, el artículo 17 de la Ley Nº 1903 establecen, entre las funciones de los ministerios públicos, la dirección de la Policía Judicial en forma conjunta. Sin embargo, es el Ministerio Público Fiscal el que crea, a través de la Ley Nº 2896, el Cuerpo de Investigaciones Judiciales (en adelante, CIJ), institución civil que cumple funciones de policía judicial y depende funcionalmente de dicho órgano.

El CIJ tiene entre sus fines el reunir y conservar las evidencias útiles para la investigación de los casos en que un Magistrado del Ministerio Público Fiscal de la CABA le haya impartido instrucciones de intervenir. En el artículo 35 de la Res. FG Nº 90/2020 que reglamenta su actuación se establece que cuando se requiera la intervención de este organismo tal acto deberá contener una descripción precisa y concreta de la finalidad del requerimiento: "Deberá contener expresa indicación de lugares, personas, objetos y/o cualquier otro elemento de interés relacionado con la solicitud de investigación".

63. Binder, Alberto, *La nueva justicia penal de América Latina, Etapas y desarrollo del proceso de cambio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019, p. 42.

64. Duce, Mauricio, "El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios", en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, Nº 6, 2005, p. 207. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215787 [fecha de consulta: 12/04/2022].

65. Ibídem, p. 183.

En este marco es que los fiscales pueden delegar tareas específicas en este organismo y la práctica nos demuestra que así se hace asiduamente, en tanto se trata de una dependencia especializada en determinadas áreas.

En concreto, el CIJ está integrado por una dirección, una subdirección, una Oficina de Coordinación Operativa, un Departamento de Investigación Judicial integrado por las siguientes unidades: Narcomenudeo, Leyes Especiales, Apoyo Operativo de las Fuerzas de Seguridad, Gestión de la Información, Intervención en Eventos Masivos, Cibercrimen e Investigaciones Complejas, Delitos contra la Administración Pública, Especializada en Violencia de Género, Diversidad y Discriminación; y un Departamento Técnico Científico conformado por estos gabinetes: Innovación, Desarrollo y Seguridad de la Información, Apoyo Técnico Operativo, Medicina Legal, Análisis Multimedial, Económico Contable, Criminalística, Psicología Legal e Informática Forense. Por otro lado, respecto de su vinculación con las fuerzas de seguridad, el Ministerio Público Fiscal reglamentó en diferentes resoluciones la intervención de sus diversas dependencias y su interacción con la Policía de la Ciudad y las fuerzas de seguridad federales y de las provincias; por ejemplo, la Secretaria General de Investigaciones, Acceso a la Justicia y Relaciones con las Fuerzas de Seguridad tiene entre sus funciones específicamente el "[m]antener comunicación permanente con la fuerza policial, recibiendo las consultas que esta efectúe, facilitando la comunicación fluida entre el personal policial y los funcionarios del MPF" (Res. FG Nº 04/2020). No obstante, entendemos que la dirección de la policía que la norma prevé debe ir mucho más allá de la reglamentación de una vinculación por eventuales diligencias.

Si bien los académicos advierten que se ha avanzado en la consolidación del rol del Ministerio Público Fiscal en el sistema adversarial, en cuanto a la persecución del delito en su aspecto procesal, queda mucho por hacer en otros ámbitos de la política criminal, sobre todo, en su coordinación con las fuerzas policiales. La falta de armonía y equilibrio en las relaciones entre el Ministerio Publico Fiscal y las policías ha encerrado serios problemas de ineficacia en el control del delito,

la seguridad ciudadana y, en definitiva, en la confianza pública en la labor de las agencias estatales.[66]

Para resolver este complejo problema es importante que la policía de investigaciones sea dirigida directamente por el fiscal general de la CABA a fin de alinear su plan de actuación con los fines político-criminales que se establezcan estratégicamente en las diversas áreas del gobierno, lo que favorecerá una administración eficiente y racional de los limitados recursos públicos destinados a la persecución del delito.

Por último, debe instalarse la idea de que en sociedades democráticas es fundamental crear ámbitos de participación ciudadana en el diseño e implementación de las estrategias estatales relativas al control de la criminalidad (macropolítica criminal), a través de reuniones periódicas o mesas de trabajo con intervención de los diferentes actores del sistema de justicia y de los diversos poderes del Estado, así como de organizaciones sociales y miembros de la comunidad en general.

Capítulo 3
Intervención de las otras partes

Artículo 103. Intervención de la defensa y la querella

El/la defensor/a del/la imputado/a y el/la querellante, sus respectivos/as letrados/as y/o mandatarios/as tendrán derecho a participar de todos los actos formales de la investigación preparatoria, con excepción de aquellos que se realicen durante el secreto de la investigación. En ningún caso se podrá restringir el acceso de los/as letrados/as de la defensa en los actos en que deban participar personalmente los/as imputados/as.

Las partes deberán ser notificadas únicamente de los actos en los que ello esté expresamente previsto.

Artículo 104. Proposición de diligencias

La defensa y la querella podrán proponer diligencias. El/la Fiscal practicará las diligencias propuestas cuando las considere pertinentes y útiles para los fines de la investigación preparatoria o cuando fueren actos que no puedan producirse en el debate.

66. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 90; Duce, Mauricio, "El Ministerio Público…", *op. cit.*, p. 210.

Fundamentos constitucionales de los poderes probatorios del defensor

Uno de los pilares fundamentales que conforman nuestro sistema acusatorio de tipo adversarial es el principio de *contradicción* (CPPCABA, art. 3; CCABA, art.13), que presupone la existencia de dos partes que contienden entre sí, en *igualdad de condiciones* a fin de hallar una solución justa en un caso concreto, por parte de un tercero imparcial.[67]

A fin de garantizar este principio es necesario que el acusado cuente con el derecho a probar y controlar la prueba de su adversario. Puesto que, lo que se *contiende* en un verdadero juicio contradictorio ante un tercero imparcial son las diferentes historias o teorías –incriminante, para la fiscalía, y desincriminante para la defensa– que compiten entre sí, es que cada una debe necesariamente apoyarse en material probatorio, si desea triunfar en la sentencia definitiva.

Por supuesto que esto no quiere decir que el imputado y su defensor tengan la *carga de probar* como sí rige respecto de los acusadores, en el sentido de que si no lo hacen no habrá de triunfar su pretensión procesal en el juicio.[68] Menos aún que el juez se encuentre habilitado a realizar *investigaciones de oficio* en beneficio del acusado para superar el

67. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 174. Este tema se relaciona con el debate más general sobre la adopción de un modelo adversarial y la noción de verdad procesal. Sobre todo, porque, como enseña Binder, la tradición inquisitorial ha instalado el prejuicio de que los procesos de partes poseen un menor compromiso con el descubrimiento de la verdad, sin reparar que en ellos el compromiso es tan grande que el juez nunca debe buscarla sino exigirla a los acusadores, pues solo así se fortalecen los principios de contradicción y de carga procesal que caracterizan a nuestro modelo constitucional de juicio.

68. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, pp. 279-284.En el mismo sentido, Binder explica que la idea de carga procesal solo se aplica a la labor de investigación de los acusadores y nunca a la del imputado. La defensa no tiene ninguna obligación de demostrar (carga) las eximentes que alegue, en el sentido de que el juez nunca podría señalar que no la tuvo por probada debido a que no fue probada acabadamente por el defensor. Pues, de hecho, su mera alegación o aún su demostración inacabada podría ser suficiente para derribar la acusación o generar duda en el juzgador. Al mismo tiempo, la obligación de investigar las eximentes invocadas por el acusado que algunas legislaciones procesales imponen a los fiscales tampoco debe ser vista como un problema de carga de la prueba –que es una regla del debate–, sino como la obligación de auxiliar a la defensa durante la etapa de preparación de su caso, que son cosas bien distintas.

estado de duda que, como es de toda obviedad, debiera jugar a su favor en la sentencia (*favor rei*).[69]

El derecho a probar para la defensa implica entonces, ni más ni menos, que la potestad de demostrar los hechos y circunstancias que son esgrimidas, en función de la propia teoría desarrollada para inhibir la imputación de que es objeto el imputado, o bien, cancelar o reducir sus consecuencias jurídicas.[70]

En otras palabras: en un sistema de enjuiciamiento que otorga protagonismo al litigio de las partes y la actividad de cada una de ellas orientada a demostrar la verdad de los hechos en disputa, no solo es necesario que el fiscal dirija su investigación, sino otorgarle iguales potestades investigativas a la defensa a fin de demostrar que los hechos ocurrieron de un modo diferente al que la acusación propone, en razón de su propia historia o "teoría del caso".[71] O sea, la facultad de probar circunstancias eximentes, que apoyen calificaciones legales más benevolentes, o bien atenuantes en el debate acerca de la determinación judicial de la pena (CP, art. 41 y ss.).

En la actualidad hay amplio consenso en afirmar que el derecho del acusado a la prueba, en el ámbito de las garantías judiciales, es parte integrante de su derecho a la inviolabilidad de la defensa. Y la investigación que realice su asistente técnico será la materialización efectiva de ese derecho a contradecir o refutar la acusación (CN, art. 18; CCABA, art. 13).

A nivel interamericano, el derecho a probar que asiste a la persona inculpada está contemplado en el propio Derecho Internacional de los

69. Ibídem, 2021, T. V, p. 259. Es que, a diferencia del viejo proceso inquisitivo, no es función del juez buscar la "verdad" por fuera del litigio. Por ello "[…] si la defensa ha obviado prueba esencial, se trata de un caso de violación de garantías constitucionales (ausencia de defensa penal efectiva, defensa meramente formal), que se resuelve según los principios generales de los actos inválidos, nunca con actividad probatoria supletoria del juez".

70. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1996, T. I, p. 577.

71. Bergman, Paul, *La defensa en juicio, La defensa penal y la oralidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2005, pp. 20-21. "Que uno de los roles primarios del abogado es la de narrador de historias, constituye un elemento ignorado fácilmente […] los juzgadores también tienden a basarse en las historias cuando adoptan decisiones […] El abogado no debe enredarse en tecnicismos, a tal extremo que pierda de vista esa sencilla verdad. Uno debe reunir detalles, satisfacer las normas de la evidencia, y aportar pruebas en el marco de los elementos legales […]".

Derechos Humanos, específicamente de las cláusulas que disponen que el acusado tiene *derecho a ofrecer prueba de descargo e interrogar a los testigos* (CADH, art. 8.2.f), y a que se le conceda *tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa* (CADH, art. 8.2.c; PIDCP, art. 14.3).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar los alcances del aludido artículo 8, ha establecido que las restricciones a la presentación de pruebas de descargo en un proceso judicial constituyen una de las situaciones que lesionan la regla de garantía de esa cláusula, pues le impide al imputado contar con los medios necesarios para preparar adecuadamente su defensa.[72]

En derecho comparado, la facultad de investigar que asiste al imputado es tan importante que –por ejemplo, en los Estados Unidos que posee una larga tradición acusatoria– los condenados, frente a abogados defensores que no investigaron al preparar el caso, suelen recurrir al veredicto de culpabilidad invocando la violación a la VI Enmienda de la Constitución de ese país por ausencia de asistencia legal efectiva (US District Court for the Northern District of Texas, "Bryant v. Scott", 28 F.3rd, 1411 cir. 18/8/94).[73]

Es por ello que, al momento de implementarse el sistema acusatorio en países como Chile, una de las principales preocupaciones fue lograr un mayor equilibrio entre los fiscales y abogados defensores, lo que necesariamente reclamaba que estos últimos desempeñasen un rol más activo y responsable al controlar y controvertir la evidencia de cargo. Debido a ello, y a fin de evitar la reconfiguración inquisitorial del nuevo sistema, los procesalistas señalaron la importancia de que los defensores penales llevasen adelante sus propias investigaciones con ayuda de investigadores profesionales y/o expertos privados, como único modo de asegurar ese equilibrio tan necesario para el contradictorio y el debido proceso.[74]

72. Corte IDH, "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", 30/05/1999, párr. 141.

73. Rua, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014, p. 26.

74. Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, T. I, p. 249. Véas. también Tavolari Oliveros, Raúl, "De las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal chileno", en *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2001-2003*, N° 1, Santiago de Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2003, p. 105 y ss.

Del otro lado del Océano Atlántico, en los países europeos la situación no ha sido muy distinta. Por ejemplo, la doctrina procesal española más moderna también coincide en que el derecho a la prueba es una especificación, un derivado directo del derecho constitucional de defensa. Así, el profesor Ferrer Beltrán recuerda que el artículo 24 de la Constitución española reconoce a todo aquel que es parte en un proceso el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, al igual que lo hace el artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos que regula el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo.[75]

Por su parte, Luigi Ferrajoli, siguiendo otro camino argumental, hace años explicaba que la igualdad o paridad de las partes, que es el carácter distintivo del modelo teórico acusatorio, demanda la existencia de una defensa dotada de los mismos poderes de investigación que el Ministerio Público Fiscal y habilitado para la recolección de las contrapruebas.[76]

Uno de los discípulos más destacados del maestro italiano tiene dicho que las bases constitucionales de la facultad de investigar que posee el inculpado están en la cláusula constitucional que consagra la igualdad ante la ley (CN, art. 16). Pues, según este punto de vista, en un Estado de Derecho los ciudadanos no solo son iguales ante la ley sustantiva, sino que también deben serlo ante la ley procesal, la que debe asegurar que todas las personas acusadas cuenten "[...] con las mismas armas para formar –con las mismas posibilidades– el convencimiento del juzgador".[77]

Fácil es advertir hasta aquí que la implementación de un sistema acusatorio adversarial conlleva un trascendental cambio en el modo de investigar, y en lo que aquí interesa, en los sujetos habilitados para hacerlo en forma autónoma.

En efecto, el principal cambio, en el contexto de un proceso que otorga protagonismo a las partes en la producción de la información, es que ya no es posible hablar de *una única investigación oficial* guiada exclusivamente por un juez o el titular de la acción, como existía en el sistema

75. Ferrer Beltrán, Jordi, *Valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 53 y ss.

76. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 8ª ed, 2006, p. 583 y ss.

77. Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Ediciones Didot, 2ª ed., 2011, p. 166.

anterior.[78] Esta es, a su vez, la razón principal por la cual el viejo expediente judicial –que en los modelos inquisitivos representaba la corporización de esa única fuente de convencimiento judicial– también ha sido progresivamente desplazado por otras formas de recopilación y registro, más consistentes con la existencia de una investigación *paralela* del defensor, que posee absoluta *autonomía* para decidir qué registrar y cómo hacerlo en su propio legajo o carpeta de trabajo.[79]

En suma, la contracara del derecho de defensa en un sistema acusatorio es el deber (ético) de los abogados de investigar en beneficio de sus clientes. Así:

> … el derecho constitucional a la defensa jurídica así concebido, autoriza entonces al imputado o defendido a exigir de su abogado una actividad esclarecedora que vaya más allá del simple análisis de textos legales o de elementos recopilados por fiscalía o policía. Siempre *deberá* el defensor investigar para desempeñar una buena defensa, tanto para conocer el caso, conocer otros antecedentes o líneas posibles de investigación y acceder a otras fuentes de información sobre los hechos…[80]

De allí que el legislador local ha reglamentado estos principios y garantías en los artículos 3 y 224 del ritual, con el claro objetivo de brindarle medios al justiciable para completar la preparación de la defensa por su propia cuenta, o bien, requerir la intervención de la autoridad judicial en caso de necesidad debidamente justificada.[81]

Y en lo que respecta a la actuación de los magistrados de la defensa pública existen, adicionalmente, las previsiones de los artículos 20

78. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 171 y ss. De todas maneras, Binder nos recuerda que, bajo el modelo de indagación inquisitorial, nunca llegó a desaparecer totalmente la participación de las partes en la búsqueda de la verdad. Pues, en rigor, lo que ocurrió es que ellas quedaron reducidas a la de meros colaboradores del indagador. Lo problemático es que esta tradición pervive hasta hoy en las prácticas de los sistemas mixtos o acusatorios formales, cuyos operadores no terminan de comprender que la intervención como auxiliares del (juez) inquisidor nada tiene que ver con los sistemas acusatorios de tipo adversarial, y de ese modo, contribuyen a su fracaso o reconfiguración inquisitorial .

79. García Yomha, Diego; Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2014, p. 100 y ss.

80. Romero Muza, Rubén, "La investigación de la Defensa frente a la investigación fiscal", en *Revista de Derecho Procesal Penal, La investigación penal preparatoria*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, T. I, p. 372.

81. Véase en el mismo sentido el art. 128 del CPPF.

y 21 de la Ley Nº 1903 que enumeran expresamente cuáles son esos poderes de investigación, crean un organismo técnico de investigación dentro del Ministerio Público de la Defensa de la CABA y, por último, reafirman que no se satisface el debido proceso si los defensores públicos no cuentan con la posibilidad de recopilar elementos probatorios que apoyen la inocencia de sus asistidos.[82]

A modo de colofón, creemos que es una tarea pendiente que el Ministerio Público de la Defensa de la CABA y los Colegios Públicos de Abogados se ocupen de elaborar reglas, manuales y/o protocolos específicos para guiar la actuación investigativa de los defensores (públicos y particulares), y establecer bases objetivas para enjuiciar cualquier conducta desleal y medir sus niveles de eficiencia en su labor, tal y como sucede en otros países con mayor tradición acusatoria que el nuestro.[83]

Es tiempo que abandonemos la concepción inquisitiva de que las evidencias son una fuente neutral de información que solo le pertenecen al fiscal o tribunal y los viejos prejuicios asociados a la práctica de los abogados de investigar y entrevistar a los testigos y peritos. El nuevo paradigma nos obliga a confiar en que cualquier distorsión o fabricación de un testimonio o peritaje no superará el control y los cuestionamientos de la otra parte, que es la esencia del modo de trabajo en un sistema adversarial.

Los modelos de proposición de diligencias al fiscal y de investigación autónoma del defensor

Al desarrollar los fundamentos de los poderes probatorios del defensor en un sistema adversarial, hemos visto que su investigación tie-

82. En idéntico sentido, la Ley Orgánica del Ministerio Público de Santiago del Estero N° 6924 reconoce expresamente que el defensor penal posee facultad para "[…] investigar de manera independiente, recolectando elementos de convicción para la defensa" (art. 36, inc. 3).

83. Véase a modo de ejemplo la Ley Nº 108 de 1965 de Detectives Privados de Puerto Rico; Código Deontológico para el Defensor Penal Público de la Defensoría Penal Pública de Chile aprobado por Resolución 2907 del 24/09/2010; Defensoría del Pueblo, *Manual del Investigador desde la perspectiva de la defensa*, Bogotá, Happy Mundo Ltda., 2008; *Técnicas de investigación de la Defensa para el sistema acusatorio colombiano*, USAID y Defensoría del Pueblo de Colombia, vol. 4, 2004; entre otros.

ne como principales características distintivas el ser *paralela* (a la del fiscal que así pierde su carácter de única u oficial) y *autónoma*.

La autonomía significa aquí que, en principio, ningún abogado defensor se encuentra condicionado o subordinado a ninguna otra autoridad (judicial, fiscal, policial, administrativa, etc.) para decidir qué hechos investigar y cómo hacerlo en exclusivo beneficio de su asistido, salvo en situaciones muy particulares.

Y tratándose de los defensores públicos oficiales, este ámbito de actuación libre de injerencias se deriva directamente del principio de autonomía del Ministerio Público, cuyos magistrados, con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, gozan de independencia funcional respecto de los restantes poderes públicos (Ley Nº 1903,art. 3; CCABA, arts. 124 y 125).[84] En consecuencia, así como solo el fiscal puede ejercer con autonomía la acusación y decidir el curso de su investigación, ni este ni el juez, merced a este principio de rango superior, están habilitados para arrogarse poderes sobre la dirección de la pesquisa del defensor de oficio; esto, a no dudarlo, es frecuentemente olvidado cuando sus sugerencias probatorias son rechazadas con ligereza.[85]

Así, el artículo 104 aquí comentado, que faculta al defensor a proponer medidas de prueba al fiscal, el que debe realizarlas y valorarlas con arreglo a un criterio de objetividad (CPPCABA, arts. 6 y 180), si

84. Harfuch, Andrés; García, Marcelo J., *La defensa pública penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 43 y 154). Harfuch enseña que, bajo la vigencia del sistema anterior a la reforma, era habitual que el juez instructor le exigiera a los defensores oficiales, que en ese entonces no revestían la jerarquía de magistrados, cierta obediencia como colaboradores o auxiliares suyos en la búsqueda de la verdad real. Pero estas exigencias indebidas, consustanciales con la tradición inquisitiva de la confesión como meta principal del antiguo proceso, fue desplazada (aunque no totalmente abandonada) por un modelo de defensa pública únicamente subordinada a la defensa irrestricta de los intereses individuales del asistido, que es la compatible con los sistemas adversariales.

85. Esto sucede cuando se usan frases hechas o latiguillos arbitrarios para rechazar las diligencias propuestas. Por ejemplo, cuando se argumenta que la medida no procede por tratarse de un caso de violencia contra la mujer y no es posible debilitar el relato de ella (JPCyF N° 13, "Flores, J.", causa N° 79032-2021, 24/06/2021). O bien, cuando se indica que la información pretendida por el defensor –a pesar de no haber sido producida aún– es de baja calidad o que no será de descargo, o que no se advierte una relación de utilidad y pertinencia entre ella y la teoría del caso del fiscal o, por último, que se trata de datos sobre hechos no controvertidos sin que la controversia hubiera ocurrido aún en la etapa intermedia, etcétera. Por ejemplo, puede verse JPCyF N° 24, "R., N.D", causa N° 16651-2016, 18/11/2016.

bien hunde sus raíces en el antiguo modelo inquisitivo de investigador único y exclusivo, no se contrapone con el reconocimiento de poderes autónomos al defensor. En verdad, viene a *complementar y enriquecer* esas facultades, en la medida en que lo habilita a sugerir diligencias probatorias a su adversario que cuenta con facultades de *coerción procesal* de las que carece todo defensor.

Sin embargo, justo es reconocer que este razonamiento no ha sido compartido por algunos magistrados porteños. Se observa, en efecto, una línea jurisprudencial con fuertes resabios del modelo procesal anterior que considera que, a la luz de los artículos en comentario, las partes (defensa y víctima) están *obligadas* a recurrir siempre al fiscal para producir la información que requieren para ir a juicio oral, y solo ante su negativa infundada, podrían hacer uso limitado del mecanismo del auxilio judicial (CPPCABA, art. 224).[86]

O dicho de otro modo, el acusado y su defensor solo podrían ejercer su derecho a la prueba a través del único director de la investigación, de forma tal que solo habrá lesión al derecho de defensa y al debido proceso cuando el fiscal se negare injustificadamente a producir la evidencia propuesta y/o a evacuar las citas a que se hubiere referido el acusado, único escenario en el que, en forma subsidiaria y restrictiva, la ley los autorizaría a procurar la intervención de la jurisdicción.[87]

Pero este punto de vista resulta notoriamente incompatible con el nuevo paradigma adversarial de la investigación, en el que las partes (fiscal, querella y defensa) tienen un rol fundamental en la búsqueda de información que abone su propia versión de lo ocurrido. Este, sin dudas, ha sido el fin perseguido por nuestro legislador porteño al con-

86. Con análogo criterio restrictivo, emerge del art.135 inc. b del CPPF, en cuanto dispone que "Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y solo recurrirán al representante del Ministerio Público Fiscal si fuese necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene [...]".

87. A modo de ejemplo, se ha resuelto, siguiendo este punto de vista, rechazar el auxilio judicial solicitado por el defensor, en virtud de las siguientes consideraciones, a saber: "[...] los artículos 103 y 179 del citado plexo normativo facultan a la defensa para proponer diligencias y, por su parte, obligan al MPF a investigar todas las circunstancias que objetivamente pudieran incidir en la situación procesal del imputado y/o en la remisión o no de la causa a juicio. En autos no existe negativa alguna de la medida pretendida [...] tampoco se advierte que el Sr. Fiscal haya rechazado evacuar las citas de la defensa [...]" (JPCyF N° 5, "Vizcarra Ribero", causa N° 127847-2021, 17/08/2021).

sagrar que todas ellas podrán presentar *las pruebas producidas por su cuenta* (CPPCABA, art. 3).

Este principio, incorporado en la última reforma, obliga por un lado a abandonar la enorme desconfianza que la tradición inquisitiva había generado en el interés particular de las partes para investigar los hechos y, por el otro, viene a superar la vieja ficción de que existe una verdad real u objetiva cuyo descubrimiento solo podría ser encomendado a un único investigador imparcial u objetivo.

Con acierto, Nicolás Guzmán explica que –al igual que ocurre en el modelo epistemológico de las ciencias– ningún investigador (el fiscal, en este caso) observa toda la realidad que lo circunda, pues ello sería imposible. Por el contrario, contempla solo aquello que le interesa en función de su hipótesis y del tipo penal escogido *a priori* para analizar el caso. Por lo tanto, al igual que el científico, el acusador elabora una hipótesis y a partir de ello comienza el proceso de corroboración o refutación.

Al ser el encargado de elaborar la hipótesis delictiva, y el responsable del éxito o fracaso de su esclarecimiento –puesto que, en razón de ello, será medido su nivel de eficiencia y hasta de prestigio profesional–, difícilmente pueda asumir una posición dialécticamente contraria y compatible con la tesis defensiva.[88]

En estas condiciones, es un argumento ficcional el señalamiento de que el defensor encontrará en su adversario un aliado objetivo que, a petición suya, hará todos los esfuerzos para producir la información contraria a su función acusadora. Y, además,

> ... nada garantiza que el señorío sobre qué información se puede producir durante la investigación haya cambiado porque el juez ya no es quien lo autoriza sino que lo hace el fiscal. Sobre todo si consideramos, como lo afirma Maier, que este último es *parte interesada* en el proceso.[89]

Con todo, entendemos que, en el contexto de nuestro proceso acusatorio adversarial, la investigación de la defensa o querella no puede quedar subordinada a la libre apreciación del fiscal, que cumple un rol y gestiona un interés procesal diverso. Esa relación de subordinación produce, además, un brutal desequilibrio entre las partes, lesivo de la igualdad de armas, al conferir al fiscal absoluta autonomía para reali-

88. Guzmán, Nicolás, *La verdad...*, *op. cit.*, 2ª ed., 2011, pp. 225 y 235.

89. García Yomha, Diego; Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria...*, *op. cit.*, p. 101 y ss.

zar averiguaciones, mientras que los restantes sujetos son obligados a recurrir al permiso de este, circunstancia que limita su capacidad de comprobación y los coloca en situación de desventaja en la preparación de su propia teoría del caso.[90]

De cuanto hemos venido reseñando podemos extraer, en forma de síntesis, las siguientes conclusiones, a saber:

Toda vez que el fiscal no es quien está en mejores condiciones para decidir qué es lo que puede ser útil y pertinente para la defensa, mal puede rechazar cualquier sugerencia probatoria del imputado con frases hechas o latiguillos, o en definitiva, sin brindar razones suficientes.[91] El deber de objetividad no le demanda pensar o construir estrategias de defensa, pero sí ser lo más *autocrítico* posible de su propia hipótesis de investigación y por ello, ante la *duda* sobre la pertinencia o no de una proposición probatoria, está obligado a adoptar un criterio *amplio* y ordenar su realización.[92]

En segundo lugar, si el acusado y su defensor deciden no proponer medidas de prueba al fiscal, por razones estratégicas del caso particular o simplemente por haber evaluado que serán rechazadas, tienen facultades para producirlas de modo autónomo y no parece razonable que el juzgador deniegue el auxilio judicial recurriendo a la *ficción de objetividad* del fiscal a fin de limitar el ejercicio de su derecho a recopilar su propia evidencia, en igualdad de condiciones.[93]

A nuestro entender, el Código ha mantenido la facultad de las partes de proponer diligencias al fiscal –que como vimos, es un insti-

90. Ibídem, p. 96.

91. El deber de fundamentar adecuadamente la denegatoria ha sido expresamente impuesto a los fiscales porteños, según dispone el art. 3 de la Resolución Conjunta DGCABA Nº 568/16 y FGCABA Nº 92/16 firmada por ambas cabezas del Ministerio Público (de la Defensa y Fiscal) de la CABA.

92. Guzmán, Nicolás, *La verdad...*, *op. cit.*, 2ª ed., 2011, pp. 235 y 236.

93. Zaffaroni, Eugenio R., "Las ideas básicas en la relación defensa pública-Estado de derecho", en *Revista Pena y Estado*, N° 5, Buenos Aires, Ediciones del Instituto, 2002, p. 19. En idéntico sentido, Zaffaroni nos alerta que "... pretender que la acusación busca la verdad procesal y nada más, olvidando su inclinación funcional, equivale a ignorar, en el plano real, naturales y explicables tendencias y deformaciones profesionales [...] Las ficciones siempre son peligrosas cuando se trata del ejercicio o de la contención del poder punitivo y, por ello, siempre será preferible la sinceridad, que permite admitir que la acusación, por principio, investiga para acusar y, por ende, es necesario que alguien investigue para defender"

tuto de raíz inquisitiva– a fin de permitirles aprovechar sus recursos o poder de coerción, pero sin menoscabar o recortarles su derecho de recabar por su cuenta las evidencias que necesiten o de acceder a la jurisdicción con esa finalidad.

Por lo mismo, el otorgamiento de auxilio judicial al acusado no está condicionado al previo rechazo probatorio del fiscal, pues esa circunstancia no constituye un prerrequisito señalado por nuestro ordenamiento procesal adversarial. Por el contrario, el auxilio es un remedio opcional que solo es subsidiario con relación al principio general que autoriza a la defensa a buscar evidencias por su propia cuenta (art. 3 CPPCBA).[94]

El carácter reservado de la investigación de la defensa

Otro de los problemas medulares que se presenta bajo el nuevo modelo de investigación adversarial se relaciona con el carácter reservado de la pesquisa del defensor que se deriva directamente de la garantía *nemo tenetur se ipso acussare* (CN, art. 18) y que, en nuestra opinión, solo podría regir hasta el momento de la discusión preliminar sobre la admisibilidad probatoria (CPPCABA, art. 224).

Efectivamente, existe amplio consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que el defensor no se encuentra obligado a revelar o descubrir su teoría del caso y/o la información que la sustenta antes de aquel momento procesal.[95]

En ese sentido, Binder enseña que, si bien la garantía que establece que nadie puede declarar contra sí mismo (CN, art. 18) ha sido tradicionalmente asociada a la declaración del imputado (*v. gr.* prohibir el silencio como confesión, etc.), reconoce que el fundamento de la regla ha sido reaccionar contra toda una estructura y práctica de la prueba

94. Así, de hecho, se encuentra regulado en el moderno Código Procesal Acusatorio rionegrino que expresamente dispone, en lo que aquí interesa, que "La defensa, pública o privada, podrá citar a los testigos que considere pertinentes, a los efectos de trabajar sobre su teoría del caso. En caso de requerir auxilio judicial, podrá pedirlo ante el Foro de Jueces Penales" (Ley N° 5020, art. 122 *in fine*, publicada en BORN N° 5319 del 12/01/15).

95. Romero Muza, Rubén, "La investigación…", *op. cit.*, p. 143. En idéntico sentido, véase Larocca, Patricia A., "La actividad probatoria de la defensa durante la investigación preparatoria y su legajo de investigación", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, T. I, 2011, p. 524.

penal de la tradición inquisitiva. De allí que, en su opinión, la garantía posee un contenido más amplio y rico en cuanto establece que el imputado, más allá de su derecho a no declarar, no tiene ninguna *obligación* de contribuir a la formación de la verdad, cuya búsqueda es un carga exclusiva de los acusadores.[96]

En igual medida, Larocca explica que, en un sistema acusatorio de tipo adversarial, el defensor:

> … no tiene el deber de poner en conocimiento de la parte acusadora la información sobre las pruebas que posee y haya ido agregando a su propio legajo. Ningún obstáculo existe para que la defensa decida hacer saber a la fiscalía solo aquella prueba que sea favorable a sus intereses, pues pretender obligarla a acompañar todas las evidencias que tenga en su poder, aun las que perjudiquen al imputado, sería claramente violatorio de la garantía que prohíbe la autoincriminación. El artículo 18 de la Constitución Nacional es el que determina que ni la defensa ni el imputado tienen la obligación de autoincriminarse…[97]

De esta manera, la defensa cuenta con la ventaja de poder acceder sin restricciones al legajo de investigación en el que el fiscal debe llevar todas las evidencias colectadas (CPPCABA, arts. 6 y 126), pero sin la obligación correlativa de mostrarle a este lo que ha reunido por su propia cuenta. Solo así queda garantizado que el defensor no será forzado a colaborar con la persecución de su asistido o de adelantar su propia estrategia de defensa, antes de que tenga lugar la discusión sobre su admisibilidad para la etapa de debate (CPPCABA, art. 222).

Por tales motivos, es conveniente que los abogados defensores (oficiales y particulares), al momento de requerir auxilio, soliciten expresamente en audiencia unilateral ante el juez (CPPCABA, art. 3 *in fine*) que se mantenga absoluta reserva y se evite que los acusadores sean anoticiados de las medidas de pruebas peticionadas, hasta tanto esa parte decida si serán o no ofrecidas para el debate.

Esta práctica, por fortuna, ha sido generalmente aceptada por la mayoría de los jueces porteños, guiados por la conciencia de que, de no conjurarse el peligro serio de que información incriminante llegue a conocimiento del acusador, ningún defensor penal tendrá verdaderos

96. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 191 y ss.

97. JPCyF N° 12, "Testa, S. D.", causa N° 3502-2014, 03/12/2014. En idéntico sentido, JPCyF N° 23, causa N° 20354-2014, 12/10/2016, entre muchos otros.

incentivos para cumplir con su deber ético y profesional de producir información en beneficio de su asistido, lo que, a no dudarlo, acabaría lesionando el debido proceso y el derecho de defensa que asisten al acusado (CN, art. 18).[98]

Así, pues, las otras partes, luego de que el juez disponga el deber de reserva, no estarán autorizadas a tomar conocimiento anticipado de la teoría del caso y los resultados de las diligencias requeridas por el acusado, y debido a ello, no podrán aprovecharlas para preparar la acusación. Y si tal obligación fuera incumplida, el juez deberá declarar la invalidez del acto violatorio del derecho del inculpado a no revelar evidencia desfavorable que obtuvo en forma autónoma o con auxilio del juez.[99]

Va de suyo que lo dicho hasta aquí no rige respecto del legajo de investigación de la querella, la que, por su condición de acusador, sí tiene el deber de comunicar a la contraria toda la información que haya recopilado por su cuenta, a efectos de asegurar el derecho de defensa y respetar el principio de buena fe (CPPCABA, art. 3).[100] Es cierto, por otro lado, que muchos defensores particulares, en comparación con sus pares oficiales, no cuentan con recursos materiales y humanos suficientes como para investigar en forma autónoma. Esta situación les genera hoy la necesidad de sobreutilizar el mecanismo del auxilio jurisdiccional para hacerse de evidencias para ejercer su rol, con el consiguiente peligro de revelar en exceso su teoría del caso y los datos resultantes ante los jueces de la etapa preparatoria.

Frente a esta dificultad, existen dos soluciones posibles, a saber:

la primera de ellas –que proviene de autores clásicos como Carrara, Filangieri, Bentham, y más modernamente, Ferrajoli– consiste

98. Es corriente que, ante un pedido de auxilio, los jueces de primera instancia formen incidentes o carpeta con actuaciones por separado, tomando los recaudos necesarios para que los acusadores no puedan acceder a ellos en formato papel o a través del sistema informático.

99. De esta forma, en efecto, se resolvió en un caso en el que la fiscal tomó indebido conocimiento de una medida de prueba requerida exclusivamente por la defensa con auxilio del juez; en función de ello, le ordenó a la policía que le informase sus resultados para así usarlas en perjuicio de la parte que la había solicitado. Este aprovechamiento indebido dio lugar a la declaración de nulidad de la orden de la fiscalía y del requerimiento de juicio que tomó en consideración la información reservada en perjuicio del imputado (JPCyF N° 12, "Testa, S. D.", 20/03/2015).

100. García Yomha, Diego; Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria…*, *op. cit.*, p. 111.

en habilitar legalmente a los abogados particulares a recurrir directamente al defensor público para que haga uso de sus poderes de investigación, sin necesidad de sugerirle medidas al fiscal o juez;[101]

la segunda –que es la que nosotros compartimos– consiste en fortalecer a los colegios de abogados para que ocupen mayor cantidad de recursos en crear cuerpos de investigadores privados y oficinas administrativas encargadas de asesorar y asistir a los abogados particulares en sus propias investigaciones.

En último lugar, existen dos enormes obstáculos que afectan al deber de guardar secreto de la investigación del defensor. Ellos se vinculan, por un lado, con el carácter irrecurrible de las decisiones de primera instancia que deniegan auxilios judiciales y, por el otro, con el procedimiento ante la Cámara de Apelaciones en el que se otorga vista de esa apelación al fiscal de cámara.

Con relación al primero de los escollos, cabe señalar que la mayoría de los camaristas porteños considera que la denegatoria de los auxilios jurisdiccionales no provoca, como regla, un gravamen irreparable a los derechos del acusado, motivo por el cual su impugnación es rechazada *in limine.*[102]

Es sabido, sin embargo, que esta antigua doctrina jurisprudencial, según la cual el juicio de pertinencia de una medida de prueba no es revisable en apelación, cuyo origen proviene de los precedentes de la Corte Suprema[103] fue pensada a la medida de un modelo de investigación penal extremadamente ritualista, concentrado y, sobre todo, sin contradicción.

Es que, bajo la vigencia de los modelos inquisitivos o mixtos, en los que el juez contaba con el señorío absoluto sobre el curso de la investigación, y las partes apenas cumplían un rol secundario como simples colaboradores de aquel en la búsqueda de la verdad real u objetiva, era razonable el desarrollo de una doctrina que fortaleciese su amplio margen de discrecionalidad, no revisable, en materia probatoria.

---

101. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón…*, *op. cit.*, 8ª ed, 2006, p. 583.

102. CAPPJCyF, Sala III, "Calderón Lara, E. D.", causa N° 55431-2019,16/10/2020, del voto de los Dres. Bosch y Franza; Sala I, "Tapia Ventura", causa N° 51891-2019, 09/04/2021. En un sentido opuesto, y más compatible con el paradigma adversarial; Ibídem, Sala III, "R., N. D.", causa N° 16651-2016, 31/04/2017, voto del juez Delgado y la jueza Manes.

103. CSJN, Fallos: 247: 214, entre otros.

Pero es de toda obviedad que ella no puede ser aplicada, *ceteris paribus*, a nuestro sistema de investigación adversarial. Por el contrario, desde los momentos iniciales rigen en él los principios de informalidad, oralidad, contradicción, y principalmente, el protagonismo de las partes en la elaboración y presentación de sus respectivas hipótesis de lo ocurrido (CPPCABA, art. 3; CCABA, art.13), de modo que la actividad probatoria ha dejado de estar concentrada y subordinada al arbitrio no impugnable del antiguo juez inquisidor.

En nuestro sistema son, a no dudarlo, las partes las que están a cargo de la recolección y presentación de las evidencias, pues son las que, en definitiva, poseen decisión exclusiva y excluyente sobre los hechos que serán objeto de prueba. Por ello, en este contexto, la imposibilidad de obtener la revisión de los rechazos a los auxilios judiciales podría privar al acusado de la facultad de incorporar al proceso datos vitales para apoyar su inocencia o contradecir la acusación.[104]

De este modo, la irrecurribilidad del auxilio podría acabar suprimiendo irremediablemente el ejercicio efectivo de sus derechos de defensa y el de obtener la revisión de un auto procesal de enorme importancia para la preparación de su estrategia de defensa.[105]

Por fortuna, no todo está perdido. Cabe observar que la Corte que dio nacimiento a la línea de precedentes que aquí criticamos ha precisado, luego de más de un siglo y medio, cuál es el modelo constitucional de enjuiciamiento penal, o sea, el juicio oral, público y por jurados, que son las condiciones básicas de un sistema acusatorio adversarial como el porteño (CCABA, art. 13).[106] Y esta novedad, como bien nos explica el profesor Binder, obliga a que nos ocupemos de resignificar todos los precedentes anteriores del Alto Tribunal, que ahora debieran

104. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, pp. 475 y 481. Es que, detrás de la línea jurisprudencial criticada, se esconde la influencia de la vieja tradición inquisitiva, según la cual la instrucción es una etapa esencialmente no contradictoria, orientada a establecer exclusivamente la tipicidad de la conducta y, por lo tanto, con escasas posibilidades de plantear defensas, que suelen ser diferidas al juicio (*v. gr.* falta de dolo, eximentes, etc.). Por desgracia, este rasgo hoy se ha proyectado indebidamente a las nuevas etapas preparatorias de los sistemas adversariales, que funcionan bajo una lógica muy alejada a la del viejo "sumario" del sistema mixto.

105. CADH, art. 8.2.H e Informe Nº 55-97 CIDH *in re* "Abella".

106. CSJN, Fallos: 342:697, "Canales, M. E. y otros s/ homicidio agravado", 02/05/2019.

ser leídos sobre la base del nuevo diseño constitucional de proceso.[107] De manera que hoy es posible –e imperioso– comenzar a reinterpretar la doctrina que aquí criticamos al haber devenido anacrónica e incompatible con los principios del proceso adversarial de la CABA.

De otra parte, es muy habitual que, a pesar de los enérgicos pedidos de reserva del defensor, ella se agote en la primera instancia. Debido a que una vez que el caso ingresa a la Cámara en virtud del recurso de apelación deducido contra la denegatoria de un auxilio judicial ya nada impedirá que el fiscal de cámara, por imperio del artículo 295 del ritual local, tome conocimiento de la teoría del caso y las diligencias propuestas en beneficio del imputado, con el consiguiente peligro de que ellas sean utilizadas por los acusadores en su perjuicio (*nemo tenetur*).

A nuestro entender, es muy criticable que el fiscal de cámara sea convocado a opinar sobre la procedencia formal y material de una apelación que se sabe será rechazada *in limine*, otorgándole así la posibilidad de acceder a la diligencia secreta propuesta a favor del imputado. No se alcanza a comprender cuál es la utilidad de habilitar al Ministerio Público Fiscal a pronunciarse sobre el fondo de una impugnación que, de todas formas, no prosperará por encontrarse dirigida, según la muy criticable opinión de los jueces de alzada, contra una decisión irrecurrible (CPPCABA, art. 288 *in fine*).

En resumidas cuentas, existen hoy argumentos constitucionales suficientemente sólidos como para comenzar el progresivo abandono de las prácticas y formas de trabajo que, a nuestro entender, se oponen a la consolidación definitiva de una justicia penal realmente contradictoria y respetuosa de los derechos de todas las partes. Resultaría auspicioso que los obstáculos y dificultades que aquí hemos reseñado formen parte de los temas a resolver en una futura reforma de nuestro Código.

Capítulo 4
Actos definitivos e irreproducibles

Artículo 105. Actos definitivos e irreproducibles. Notificación

Antes de realizarse actos definitivos e irreproducibles, excepto los registros domiciliarios, deberá citarse a la querella y a la defensa

107. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2021, T. V, p. 11.

si el/la imputado/a estuviese identificado/a. La incomparecencia de las partes debidamente notificadas no impedirá la realización del acto, que tendrá valor para todos sus efectos.

Solo en casos de suma urgencia se podrá proceder sin notificación o antes del término fijado, dejándose constancia de los motivos que lo justifiquen. Para estos casos, se deberá intentar la comparecencia del/la defensor/a oficial si no estuviese el/la defensor/a particular. Si la presencia de aquel fuera imposible, deberá dejarse constancia de los motivos que la impidieron.

A pedido de la defensa, el/la Juez/a podrá establecer las condiciones de realización del acto para asegurar el control de las partes sobre su producción.

Artículo 106. Violación de recaudos

Los actos definitivos e irreproducibles celebrados con violación a los recaudos precedentemente establecidos y los que fueran su consecuencia, carecerán de valor probatorio y no podrán ser usados en la causa para ningún efecto.

Artículo 107. Actuación en actos definitivos e irreproducibles

En los actos definitivos e irreproducibles las partes podrán pedir que se deje constancia de las circunstancias que consideren relevantes e interrogar a los testigos con autorización del/la Fiscal o del/la Juez/a, según el caso.

Aspectos generales

Este capítulo regula un caso particular de anticipo jurisdiccional de prueba (Binder) o de contradicción anticipada (Cafferata Nores), en cuya virtud la facultad de las partes de participar y controlar la recepción de la evidencia ocurre en las etapas iniciales del proceso debido a alguna imposibilidad u obstáculo serio e insuperable que impide esperar a producirla durante la audiencia de debate.

A través de este mecanismo, el legislador ha querido que se anticipe la aplicación de todas las condiciones básicas del juicio oral y público a la etapa preparatoria, y fundamentalmente, lo relativo a la

posibilidad de que todas las partes puedan controlar la calidad de la información en presencia de un juez.[108] Solo así podrá incorporarse válidamente al juicio oral la información mediante la simple lectura del acta o registro que la contiene (CPPCABA, arts. 252 y 254).

Como nuestro diseño constitucional del juicio criminal enfatiza su naturaleza oral y adversarial (CN, arts. 1, 24, 75 inc. 12 y 118; CCABA, art. 13), en tanto única instancia válida para aplicar una pena privativa de libertad, estamos aquí ante una verdadera situación-límite, de interpretación jurisprudencial sumamente restrictiva, que regula un mecanismo especial que autoriza a que las evidencias escritas puedan ser valoradas directamente en la sentencia definitiva, sin haber sido producidas bajo verdaderas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, etcétera.[109]

Por ello, justo es alertar que, en la práctica, un uso excesivamente permisivo del instituto puede provocar que el juicio oral y público se acabe transformando en una parodia de juicio *leído* y con ello, afectando todas las garantías constitucionales expresamente previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.[110]

En ese sentido, la necesidad de otorgar valor anticipado a la información escrita puede obedecer a los más variados motivos. Por ejemplo: i) cuando no es posible practicarla en el juicio por razones de salud o a raíz de algún peligro serio de pérdida de información (*v. gr.* testigo gravemente enfermo, que viajará al exterior o que olvidará circunstancias esenciales de un acontecimiento complejo, etc.); ii) cuando existiere riesgo serio de que, por acción dolosa del acusado o un tercero la evidencia sea alterada o enturbiada (*v. gr.* testigo que podría ser amenazado o coac-

108. Ibídem, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 238 y ss.

109. Cafferata Nore. José, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 2011, p. 177. "Un testimonio recibido en la investigación preparatoria y solo "leído" en el juicio, vulnera la publicidad, pues el público no ve ni oye al testigo; también la inmediación, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y también la identidad física del juez, pues quien recibió originariamente el testimonio, no es el juez que deberá dictar la sentencia que utilizará esos dichos como prueba".

110. Ibídem, p. 180.

cionado, etc.); iii) cuando mediaren razones de emergencia imprevisibles o de fuerza mayor que impidan su control posterior.[111]

Dentro de este vasto campo de situaciones, este artículo se ocupa de regular aquellos actos de investigación que, en razón de su naturaleza o circunstancias particulares, resultan de imposible realización en una etapa procesal ulterior (*v.gr.* autopsia, peritaje sobre una sustancia u objetos perecederos,[112] toma de muestras, levantamiento de rastros,[113] etc.) o renovados sin alterar sus características originales (p. ej., rueda de reconocimiento de personas,[114] peritajes o copiado forense de datos informáticos,[115] extracción de datos o mensajes almacenados[116] y, en definitiva, cualquier medida de prueba que importe una alteración significativa de la cadena de custodia de los objetos secuestrados[117]).

En definitiva, la condición de reproducible de una diligencia probatoria es una cuestión de hecho a ser determinada en cada caso, y consiguientemente, no susceptible de ser establecida a través de crite-

111. Ibídem, p. 177 y ss.

112. Es interesante la posición jurisprudencial que afirma el carácter irreproducible del informe veterinario realizado sobre el estado de salud de los animales víctimas de maltrato. Véase, CAPPJCyF, Sala II, "Galeano", 05/02/2020, voto del Dr. Delgado.

113. Cevasco, Luis, "Comentario a los artículos 91 a 105", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 306.

114. Bernztein, Amanda, "Valor probatorio de los reconocimientos en rueda de personas en el Poder Judicial de la Nación", en Pastor, Daniel; Roca, María (dirs.), *Neurociencias y Derecho*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019, T. 1, p. 174 y ss.

115. CCCF, Sala I, "Fiscal s/ apela declaración de nulidad de informe pericial", causa N° 46744, 24/05/2012; CAPPJCyF, Sala I, "Q. R., D. M.", causa N° 11216-2020, 11/03/2021, voto de los Dres. Vázquez y Sáez Capel. En otro orden, afirmando el carácter reproducible del procedimiento de escaneo forense de dispositivos conocido como *triage*; Ibídem, Sala III, "R., D. C. s/ art. 128 CP", causa N° 35882-2018, 21/05/2019.

116. JPCyF N° 3, "Cáceres, M. D.", causa N° 1507-2020, 11/12/2020; Ibídem N° 29, "D., E D.", causa N° 1569-2016, 05/10/2016; CAPPJCyF, Sala III, "V. Z., s/ art. 128 CP", causa N° 53262-2011, 03/10/2013, voto del Dr. Delgado; Ibídem, Sala II, "Farré, J. F.", 19/09/2013, voto del Dr. Delgado, entre otros.

117. CCC, Sala I, "R. G., C. A.", causa N° cfp 993/2012/ca2, 17/02/2014; CCC, Sala V, "S. M., J. J.", causa N° ccc 8492/2015/ca1, 05/07/2016; CAPPJCyF, Sala II, "Vallejos J. A. A.", causa N° 3358-2018, 14/05/2018, voto del Dr. Delgado; Ibídem, Sala II, "García, O. A.", causa N° 9762-2015, 23/03/2017, voto del Dr. Delgado; Corte Suprema de Justicia de Colombia, "Martínez Palechor, Y. D.", causa N° 44741, 18/01/2017. En sentido opuesto, afirmando el carácter repetible del informe pericial de daños realizado sobre un rodado entregado a su dueño puede verse CAPPJCyF, Sala I, "Ayala Isasi", causa N° 5997, 27/10/2015.

rios apriorísticos y generales.[118] Será entonces el litigio de las partes en audiencia lo que dirima el asunto, por lo que es recomendable trabajar con información empírica precisa y no con generalizaciones, frases abstractas o dogmáticas.[119]

Procedimiento y violación de recaudos

Siguiendo el principio de que estamos ante excepciones a la naturaleza *preparatoria* de los actos de investigación (CPPCABA, art. 98 *in fine*) –y que, como tales, podrán ser incorporados mediante su simple lectura a la audiencia de debate (CPPCABA, arts. 252 inc. 1 y 254)–, es necesario recrear en los momentos iniciales del proceso las condiciones básicas del juicio oral y público, y en especial, el derecho de las partes a controlar y contradecir con amplitud la producción anticipada de la prueba que será valorada en la sentencia definitiva.

Por ello, el Código impone la carga de notificar a las partes a fin de otorgarles *oportunidad* de impugnar la necesidad y utilidad de la medida[120] y/o controlar la modalidad de su desarrollo y sus resultados. A tales fines, podrán reclamarle al juez que fije, de antemano, las condiciones de realización del acto, e incluso, de considerarlo pertinente, que se encuentre presente durante su desarrollo con plenos poderes para resolver cualquier controversia que pudiera suscitarse.

Es que si bien es cierto que la última parte del artículo 105 hace exclusiva referencia a que el defensor tan solo tiene facultades para

118. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 7ª ed., 2005, T. 1, p. 438.

119. Esto es lo que cabe predicar sobre los exámenes periciales balísticos. Existe en nuestro medio local frondosa jurisprudencia sobre ellos. En algunos precedentes se declara su irreproducibilidad (CAPPJCyF, Sala III, "Dimitri Jewits", causa N° 25991-2010, 16/12/2010), mientras que en la gran mayoría se admite su posibilidad de reiteración (CAPPJCyF, Sala II, "Clapier", 14/12/2012; Sala II, "Hernández Rodríguez", 08/04/2016; Sala de turno, "Cerezuela", 07/04/2020, voto de la jueza Marum y los jueces Vázquez y Bosch, entre otros); todo esto demuestra que en esta materia es necesario realizar un análisis del caso particular.

120. Frente a quienes consideren que el defensor no puede oponerse a una diligencia probatoria, cabe recordar que el art. 98 del CPPCABA dispone que los actos de investigación del fiscal deben guardar una relación de utilidad y pertinencia con el decreto de determinación de los hechos y sus ampliaciones, lo que habilita el debate contradictorio sobre tales extremos.

requerir la jurisdicción que defina las condiciones del acto, no es menos exacto que el fundamento de este mecanismo ha sido anticipar la aplicación de todos los principios del juicio oral y público (oralidad, contradicción, inmediación e imparcialidad) a la etapa de investigación. Y ello solo será posible garantizando la presencia física del juez, en la medida en que la índole de la actividad a realizar lo permita.

Por lo mismo, si todas la garantías del juicio previo han de proyectarse a las etapas iniciales del proceso (CPPCABA, art. 3) debido a que los elementos reunidos en ella habrán de serles leídos al sentenciante, forzoso es admitir que la defensa, al igual que en la audiencia de debate, debe gozar de amplias facultades para confrontar la prueba de cargo durante el desarrollo de la diligencia (CADH, arts. 8.2.c y 8.2.f).

En efecto, no basta con observar la formalidad de otorgarle una oportunidad de control, sino que, además, ella debe ser útil y eficaz a fin de realizar las garantías del debido proceso y a la defensa en juicio.[121] Pues, según la doctrina pacífica de nuestro Alto Tribunal, el acusado debe contar en la audiencia de debate con una ocasión adecuada para desafiar y cuestionar al testigo o experto que hubiera hecho declaraciones en su contra.[122]

Este estándar, sin embargo, es frecuentemente lesionado cuando, en la práctica, los investigadores cumplen el formalismo de notificar la diligencia al defensor, pero le deniegan el tiempo y los medios necesarios como para preparar una estrategia de defensa o controlar eficientemente su desarrollo (CADH, art. 8.2.c).[123] Por ejemplo, tratándose de un examen pericial irreproducible, la notificación debiera realizarse, como mínimo, con tres días de antelación de su inicio y consignar el día, hora y

121. CNCP, Sala II, "Gil Sisniegas", 08/03/2003, voto del juez David; Ibídem, Sala III, "Almada", 04/05/2001; CNCCC, Sala I, "Barez, N. C.", causa N° 182-2019, 07/03/2019, voto de la jueza Llerena y los jueces Bruzzone y Rimondi; Ibídem, Sala II, "Mojes, M. M.", causa N° 1151-2017, 10/11/2017, voto de los Dres. Sarrabayrouse, Morín y Niño, entre otros.

122. CSJN, Fallos: 329:5556, "Benítez A. L.", 12/12/2006.

123. Es habitual que, en los momentos iniciales, las autoridades policiales le hagan firmar a la persona privada de su libertad un acta en la que se lo pone en conocimiento en forma genérica de todos sus derechos constitucionales, entre los que figura el de proponer peritos de parte. Por cierto, esto no constituye una notificación que garantice un control adecuado del acto irreproducible, máxime si la persona está detenida y no tuvo oportunidad de entrevistarse o asesorarse aún con un defensor público o de su libre elección. En contra de esta opinión, JPCyF N° 29, "Clapier, A. L.", 14/02/2014, voto de la jueza Susana Parada.

lugar, el nombre de los peritos intervinientes y los puntos concretos a ser dilucidados, siendo obligatoria la grabación o filmación de toda la evaluación, bajo consecuencia de invalidez o inadmisibilidad (CPPCABA, arts. 139 y 141 *in fine*). A nuestro entender, nada impide extender el uso de estos nuevos recursos tecnológicos para registrar cualquier medida de prueba irreproducible, y de esa manera, sustituir al papel como modo hegemónico de documentar los actos procesales, conforme lo demanda el novel principio de desformalización (CPPCABA, arts. 3 y 56).

Asimismo, el derecho a confrontar no se satisface con la mera posibilidad de permitirle a la defensa *interrogar* al testigo o perito encargado de llevar adelante la medida irreproducible. Pues, como vimos, el acusado tiene derecho a desafiarlos y cuestionarlos como en el juicio oral, momento en el que goza de la más amplia facultad para *confrontar* con ellos bajo alcances similares a los consagrados en la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (*the right to be confronted with the witnesses*); y el único medio conocido para ello es a través de la herramienta de las preguntas sugestivas.[124]

En consecuencia, lo determinante será que el defensor haya tenido suficiente posibilidad para ejercer el contraexamen mediante el uso de este tipo de preguntas, de tal suerte que, si esta facultad procesal le es absolutamente negada durante el acto definitivo, ello debiera privar de eficacia probatoria a la información obtenida (CPPCABA, art. 106).

La norma en comentario señala que, en casos muy urgentes debidamente justificados, podrá procederse a realizar la diligencia irreproducible sin la previa notificación de la defensa, siempre que se hubiere intentado la comparecencia del defensor oficial, en los casos en que el acusado no hubiere designado un abogado de confianza.

Creemos que es correcto exigirle al director de la investigación que realice serios esfuerzos para asegurar la participación del defensor particular u oficial como salvaguarda del debido proceso y el derecho a controlar el acto que asisten al acusado. Sin embargo, conviene

124. Rua, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2014, p. 35. El autor entiende con razón que, si bien las preguntas sugestivas no están previstas como en otros códigos acusatorios más modernos, nuestra legislación procesal porteña no las prohíbe expresamente, de modo que nada impide su uso (art. 19 CN). Además, la laguna normativa tampoco sería decisiva, puesto que ellas son las únicas herramientas para realizar el juicio contradictorio y asegurar el derecho del acusado a contradecir la prueba de cargo.

alertar que, a menudo, los fiscales requieren la urgente presencia de la defensa pública para practicar medidas en situaciones en las que no corresponden, influidos por la vieja lógica inquisitiva que, en lugar de custodios de los derechos de sus asistidos, los defensores oficiales continúan siendo *auxiliares de la administración de justicia*.[125]

Con acierto enseña López Puleio que esta tendencia a convocar rrápidamente al defensor de oficio en situaciones injustificadas ignora que su actuación es, por imperio constitucional y convencional (CADH, art. 8.2.d), subsidiaria y no complementaria de la intervención de un defensor de libre elecciónn por parte del acusado. De allí que, si un abogado particular ya designado no asiste o llega tarde a la realización de un acto no repetible, no corresponde que el fiscal o el juez disponga la intervenciónn automática del defensor público. Muy por el contrario, se debe evaluar, en primer lugar, si se dan las causales de abandono de la defensa, y en tal caso, otorgarle al acusado, en tanto ello sea posible sin afectar la eficacia de la investigación, el tiempo y los medios adecuados para hacer uso de su derecho constitucional a elegir otro abogado de confianza o al defensor público. Por desgracia, este tipo de prácticas y rutinas constituyen formas invisibles y habituales en las que se afecta una de las dimensiones más elementales del derecho de defensa en juicio (CPPCABA, arts. 30 y 32; CN, art. 18; CCABA, art. 13).[126]

En último lugar, el artículo 106 establece que, en caso de violación o inobservancia de las condiciones legales reseñadas, los elementos así recolectados y los directamente relacionados a ellos carecerán de todo valor y no podrán ser válidamente usados durante el proceso.

En otras palabras, se priva de toda eficacia probatoria a los resultados del acto irreproducible logrados en violación a los recaudos formales concernientes a la oportunidad y facultades de control, tanto frente a los jueces de la etapa preparatoria como a los del debate.

---

125. Harfuch, Andrés; García, Marcelo J., *La defensa…*, *op. cit.*, 2016, p. 29. Harfuc. así lo explica: "… la defensa penal de los imputados (privada u oficial) en los sistemas inquisitivos americanos cumplió cabalmente el rol político para el cual fue instituida muchos siglos atrás: colaborar activamente con el inquisidor en la búsqueda de la verdad real".

126. Lopardo, Mauro; Ossola, Nicolás, *Desafíos para la defensa en el Código Procesal Penal Federal, De la Investigación al control de la acusación,* Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, pp. 13 (prólogo) y 21.

Ciertamente, la interpretación literal del precepto no deja dudas de que se ha prohibido el uso de la información *para ningún efecto*, lo que significa que el legislador ha consagrado un supuesto de nulidad especial (CPPCABA, art. 77), en cuya virtud, la sola demostración del incumplimiento de los recaudos arriba señalados genera una presunción de invalidez en beneficio del acusado, que lo exime de la carga procesal de probar el perjuicio concretamente sufrido por el acto irreproducible defectuoso.[127]

No obstante, la línea jurisprudencial mayoritaria de la Cámara de Apelaciones porteña considera que el incumplimiento de los recaudos no debe ser sancionado con la declaración de invalidez del acto y la prohibición de valoración de la información así obtenida. Sino que, en caso de no poder reiterarse en el debate con efectivo control de la defensa, ello tan solo habrá de condicionar el *peso* que el órgano de juicio podrá asignarle a la prueba en el razonamiento probatorio de la sentencia, a la luz de los principios de la sana crítica.[128]

Sin embargo, nada de esto puede convencer. Veamos por qué.

En primer lugar, este punto de vista, sin brindar explicación alguna se aparta de los principios de exclusión e invalorabilidad probatorias de la teoría general de las nulidades[129] y consagra una respuesta *ad hoc* para los incumplimientos formales a las actividades irreproducibles, solución que no es la que emerge del claro texto del artículo 106 de nuestro ordenamiento.

Como estricta derivación de ello, se ha convertido en poco menos que superflua la audiencia intermedia y la importante función de control que cumple en nuestro diseño procesal (CPPCABA, art. 223). Pues si el incumplimiento de recaudos no habrá de impedir la valoración del mérito probatorio, ya no podrá oponerse ningún límite para que los frutos de una medida defectuosa lleguen a conocimiento del órgano judicial llamado a decidir la contienda. Es por ello que la doctrina judicial aquí analizada ha extendido un certificado de defunción a la etapa interme-

127. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2017, T. III, p. 354.

128. CAPPJCyF, Sala II, "Hernández Rodríguez, C. F.", causa N° 9942-2015, 08/04/2016; "Montaña, R." causa N° 12581-14, 11/03/2015; "Saborido, R.", causa N° 35152-12, 04/12/2013; Sala I, "Clapier, A. L.", 14/12/2012, entre muchos otros.

129. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2017, T. III, p. 431 y ss.

dia como instancia seria de control de admisibilidad probatoria de toda diligencia irreproducible defectuosamente practicada.

A su vez, también es dudoso que los jueces del debate estén en mejores condiciones para valorar con cautela y rigor crítico los resultados incriminantes de la actividad contraria a la ley, como se argumenta desde la corriente de opinión que aquí criticamos.

En efecto, como bien explica el profesor Duce, durante la implementación de los códigos acusatorios en la región se ha advertido en los operadores la incorrecta concepción de que los potenciales problemas que pudieran tener las evidencias ilegales a ser consideradas en el juicio son un asunto de valoración y no de admisibilidad. Y este punto de partida erróneo es atribuible en buena medida a nuestra larga tradición jurídica continental europea (inquisitiva) que siempre ha expresado una fe excesiva en la aptitud de los jueces profesionales para resolver estos problemas sin que se vea afectada su capacidad de decisión.[130]

Pero hoy se sabe que los jueces no poseen capacidades especiales y cometen gran cantidad de errores al momento de la valoración. Pues, como bien explica Damaska, ningún juzgador puede encarar la irrealizable tarea de hacer abstracción o el esfuerzo mental para desdeñar cierta información de la que tomó previamente conocimiento, evitando utilizarla en el razonamiento probatorio que empleará en el fallo. Ciertamente, ninguna mente humana es capaz de procesar información de forma compartimentada;[131] a lo que se suma el fenómeno neurocientífico según el cual, en los procesos de toma de decisiones, las personas suelen inclinarse inconscientemente por la información que ya conocen, aun cuando estén obligadas a no hacerlo (sesgos y heurísticos).[132]

Ejemplo de ello es lo que, a nuestro juicio, sucedió en el precedente "Clapier", en el que los jueces de cámara no pudieron excluir mentalmente los resultados incriminantes de un peritaje balístico, practicado

130. Duce, Mauricio, "La etapa de preparación del juicio oral y su rol en el control de admisibilidad probatoria en Chile", en *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 122.

131. Damaska, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 2000.

132. Arceri, Santiago; Bruzzone, Manuel, "A vueltas con la imparcialidad del juzgador. La influencia de lo irracional de la toma de decisiones", en Pastor, Daniel; Roca, María (dirs.), *Neurociencias...*, *op.cit.*, 2019, p. 48 y ss.

sin suficiente control defensivo. Y en razón de ello, decidieron revocar la absolución dictada en primera instancia que había anulado el peritaje, y reenviar el caso a un nuevo debate en el que, como era previsible, el acusado fue absuelto por segunda vez, en tanto el fiscal no logró superar el estándar de duda razonable sobre la posibilidad de reiterar la medida y la fiabilidad de sus conclusiones.[133]

Por estas razones, somos de la opinión de que deben fortalecerse los controles de admisibilidad que prohíben la valoración de toda diligencia irreproducible producida sin control de parte, a fin de evitar que ella llegue a conformar el material cargoso a ser valorado por los jueces de debate. Debido a que, como hemos visto, existe el peligro de que al momento de la valoración probatoria esa información acabe impactando indebidamente en la determinación de los hechos de la sentencia, con los consiguientes costes de dolor, tiempo y recursos que son los que, justo es recordar, se ha pretendido evitar o reducir mediante la institución de nuestra audiencia intermedia.

Capítulo 5
Publicidad de la investigación preparatoria

Artículo 108. Legajo de investigación

El fiscal formará un legajo de investigación, con el fin de preparar su requerimiento. Se incorporarán al legajo de actuación:

1. **Las actuaciones correspondientes a los actos definitivos e irreproducibles.**
2. **Las diligencias probatorias que el/la Fiscal considere necesario incluir para promover decisiones jurisdiccionales.**
3. **Las actas de la prevención y los informes de los auxiliares del/la Fiscal.**
4. **Los actos que le correspondan al/la Juez/a.**
5. **Los informes de organismos privados u oficiales, peritajes y documentos.**

Los actos mencionados deberán registrarse en las actas que el/la Secretario/a de la fiscalía deberá compilar ordenadamente.

133. CAPPJCyF, Sala I, "Clapier A. L.", causa Nº 42209-2002, 15/12/2012; JPCyF N° 29, "Clapier", causa N° 42209-2011, 14/02/2014, votos de las juezas Dalmas y Parada.

Artículo 109. Carácter de las actuaciones. Secreto

El legajo de investigación será público para las partes y sus defensores/as y/o letrados/as o quienes tengan interés legítimo a partir de la intimación del hecho y la constitución de querellante, según el caso, quienes lo podrán examinar libremente en cualquier momento, salvo que se haya dispuesto el secreto de la investigación. Las audiencias orales que se realicen durante la instrucción serán públicas, excepto cuando el tribunal, de oficio o a pedido de parte, disponga que sean reservadas por motivos de seguridad, para garantizar derechos de las partes o el resultado de la investigación.

El Fiscal por resolución motivada podrá disponer la reserva parcial de las actuaciones imprescindibles para no frustrar la eficacia de las medidas dispuestas, hasta que concluyan las diligencias y por un plazo que no podrá superar los diez (10) días.

No obstante, podrá decretarse nuevamente la reserva si aparecieren otros/as imputados/as o cuando la eficacia de un acto en particular dependa del secreto de las actuaciones. En tales casos el secreto se limitará al tiempo indispensable para orientar la investigación o cumplir con el acto ordenado, que no podrá exceder de diez (10) días.

El secreto de la investigación no impedirá que el/la imputado/a y su defensor/a conozcan todas las pruebas existentes en su contra al momento de informársele los hechos imputados.

Artículo 110. Control del/la Juez/a

Si alguna parte entendiera que el secreto es improcedente, podrá plantear su oposición al/la Juez/a, quien deberá oír de inmediato al/la Fiscal y resolver sin más trámite. La resolución será irrecurrible.

Artículo 111. Duración

A los fines de computar el plazo de duración de la investigación preparatoria debe observarse lo siguiente:

1. **Cuando el posible autor estuviere individualizado, el plazo para la intimación del hecho no podrá exceder los noventa (90) días, prorrogables por el mismo término por el/la Juez/a a pedido del/la Fiscal en entrevista personal. También podrá solicitar al Juez en entrevista personal continuar la investigación previo a la intimación del hecho, sin comunicación al imputado, cuan-**

do la gravedad de los hechos o la naturaleza o dificultad de las diligencias probatorias pendientes permitieren presumir que la falta de comunicación resulta indispensable para su éxito.

2. **La investigación preparatoria deberá concluir dentro del término de noventa (90) días a partir de la intimación del hecho al/la imputado/a.**
   Si ese término resultare insuficiente, el/la Fiscal deberá solicitar prórroga a el/la Fiscal de Cámara, quien podrá acordarla hasta noventa (90) días más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación.
   Cuando las dificultades en la investigación lo justifiquen, el/la Fiscal podrá solicitar prórrogas al/la Juez/a, quien, luego de escuchar en entrevista personal los motivos que fundamentan el pedido, fijará el término razonable de finalización de la investigación preparatoria, dejando constancia en acta.
   En este supuesto, el imputado podrá recurrir las prórrogas dispuestas por el/la Juez/a.
   Si hubiera más de un/a (1) imputado/a el término correrá independientemente para cada uno de ellos.
   El plazo de la investigación preparatoria no podrá exceder de dos (2) años.
3. **El plazo de duración de la investigación preparatoria se considera concluido para todos sus efectos con la formulación del requerimiento de juicio en tiempo oportuno, aun cuando posteriormente se declare la invalidez de dicho acto por cualquier causa.**

En este último caso, el Fiscal podrá formular el requerimiento de juicio en el término de cinco (5) días de quedar firme la nulidad.

Artículo 112. Vencimiento del término

Dentro del quinto día de vencido el término previsto en el artículo anterior y sus prórrogas, el/la Fiscal deberá solicitar la remisión a juicio, disponer la clausura provisional o el archivo de las actuaciones.

Vencido el plazo previsto en el párrafo que antecede sin que el/la Fiscal se hubiera expedido, se archivará la causa respecto del imputado/a por el/la cual hubiera vencido y no podrá ser nuevamente perseguido/a penalmente por el mismo hecho.

Contenido del legajo de investigación y el principio de desformalización

Con acierto, el artículo 108 le impone al fiscal el deber de confeccionar un legajo de investigación que debe ser llevado de un modo *desformalizado*.[134] Estas ideas, en apariencia simples, han significado un cambio muy profundo en el campo de la justicia que merece un análisis más detenido y desbrozado pues no siempre han sido bien entendidas. Veamos.

En primer lugar, nuestro legislador, al momento de diseñar el nuevo proceso adversarial, acertó al regular un legajo de investigación, pues la experiencia reformista en la región demuestra que cuando ello no ocurre y el investigador no cuenta con un lugar en el que dejar registro de sus actos de investigación, acaba reapareciendo el antiguo "expediente" y toda su lógica de funcionamiento, y por ende, el efecto es la reconfiguración inquisitorial del nuevo sistema.[135]

En segundo lugar, cabe señalar que –aunque parezca obvio– ese legajo le pertenece al fiscal, que es el único responsable de su correcta confección, idea que no siempre ha sido bien comprendida en la práctica. Sobre todo, por algunos jueces de primera y segunda instancia que aún lo solicitan compulsivamente antes de resolver, e incluso, disponen modificaciones sobre él como si ello formara parte de sus actividades

134. Por razones de espacio, nos remitimos a la definición de desformalización que hemos desarrollado al comentar el Capítulo 1 del Libro II, correspondiente al Título II del CPPCABA.

135. Más allá de esto en el año 2009 la Cámara del fuero, en la Acordada Nº 2/2009, intentó mantener la idea de un expediente judicial, obligando a los fiscales y jueces de primera instancia a llevar el legajo de forma ordenadas y foliadas correlativamente a fin de preservar los derechos constitucionales de la persona imputada. Si bien la Acordada tenía como excusa ciertos planteos de la defensa por el desorden del legajo fiscal, que entre otras cosas no permitía saber con seguridad estar viendo la totalidad de las actuaciones, lo cierto es que se trató de una oportunidad perfecta para intentar regresar a un expediente escrito, emparentado con la tradición inquisitiva. En este punto, parece importante destacar la importancia de que el legajo fiscal siga cierto orden y lógica en sus registros, más allá de no encontrarse atado a los formalismos vacíos de la cultura del antiguo expediente escrito.

procesales, que en el nuevo sistema consiste en decidir controversias en audiencia oral, pública y contradictoria (CPPCABA, art. 3).[136]

En ese sentido, en nada ayuda que el artículo aquí comentado obligue a los fiscales a introducir en su legajo toda la actividad decisoria de los jueces (inc. 4), la que, en un sistema de audiencias orales, no posee utilidad alguna para preparar los elementos de juicio que darán soporte a la acusación a ventilar en el juicio. Es que, como bien enseña autorizada doctrina, la indebida incorporación de actas y resoluciones del juez genera que "... se replique la lógica del expediente y se requiera el legajo fiscal para incorporar allí decisiones que le pertenecen a otro actor o, lo que es peor, se disponga su elevación a los jueces que realizarán el juicio oral...".[137]

En definitiva, lo correcto es que una futura reforma modifique el inciso cuarto de este precepto y establezca, con toda claridad, que todos los actos decisorios o estrictamente jurisdiccionales sean recopilados en una carpeta distinta (la llamada "carpeta judicial"), y así prevenir que toda la actividad de la etapa preparatoria ingrese al legajo del fiscal como si este fuese una nueva forma de "expediente". Solo así creemos que podrá resolverse la distorsión que sufre el funcionamiento de nuestro sistema procesal porteño.[138]

En último lugar, hemos dicho que nuestra legislación no ha impuesto requisitos formales al legajo de investigación, lo que se relaciona con la circunstancia de que la investigación en los sistemas adversariales se ha convertido en una actividad netamente *administrativa*, salvo cuando el modo de obtención de la información pueda afectar alguna garantía de orden superior.

Siguiendo esta línea argumental, resulta importante destacar que las formas en que deben ser registrados ciertos actos, como por ejemplo las audiencias, según los artículos 56 y 57, deben serlo mediante acta escrita o grabaciones de imagen y sonido. Es decir, se reconoce

136. Esta práctica distorsiva se fue generalizando tanto en la práctica, que ambas cabezas del Ministerio Público de la CABA adoptaron la Resolución Conjunta DGCABA N° 568/16 y FGCABA N° 92/16 mediante la cual resolvieron, a fin de fortalecer la garantía de imparcialidad y la oralidad del sistema, que los fiscales no remitirán su legajo ni ninguna otra constancia escrita a los jueces cuando sean convocados a una audiencia, ni siquiera a pedido expreso de estos (art. 1).

137. García Yomha, Diego; Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria...*, *op. cit.*, p. 90.

138. Ibídem, p. 91.

un amplio catálogo de medios de registración válidos, algo que tampoco ha sido comprendido suficientemente debido a la a fuerza de la tradición inquisitiva.

En efecto, en el caso "Schuster"[139] la magistrada de primera instancia, tras finalizar una audiencia contradictoria, había dejado constancia de todo lo sucedido en ella mediante una grabación, la que estaba acompañada de un acta muy breve que contenía únicamente los datos formales del caso. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones del fuero, a partir de un recurso de la defensa, declaró en forma *oficiosa* la nulidad de la decisión por el modo en que la jueza había registrado el acto y más concretamente, porque en el acta ningún actuario había dejado expresión de los fundamentos de la decisión cuestionada. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, en criterio que compartimos, revocó la nulidad y señaló, en lo medular, que la Cámara:

> ... al proceder de esa forma, se inclinaron claramente por "las pautas escriturales de procedimientos ya abandonados en nuestra vida forense" y sin tener presente la pretensión legislativa tendiente a "eliminar el actual concepto de sumario y lograr que las instancias de decisión se desenvuelvan oralmente, respetando los principios de inmediación y celeridad".

Consideramos que este pronunciamiento importó un avance significativo en la dirección correcta, puesto que hoy el registro de audio y video se ha transformado en una práctica muy extendida en la mayoría de los juzgados de primera instancia.

Una consideración especial merece la implementación del novel sistema informático en el que muchas veces se torna harto complejo desentrañar si el fiscal está mostrando el legajo completo o no. Esto ocurre, principalmente en los albores de la investigación en los que, muchas veces, no se carga todo como debería, sino que se remiten en forma incompleta los antecedentes del caso por mail o alguna otra forma de almacenamiento en la nube. Si bien la mayoría de estas situaciones no obedecen a la mala fe procesal, no deberían ocurrir porque ellas generan un sinfín de inconvenientes en la adecuada preparación de la defensa. No conocer anticipadamente la totalidad de las evidencias con las que cuenta la contraparte puede llevar al defensor a come-

139. TSJCABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Este de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'S., M. A. y otros s/ infr. art(s). 149 bis, CP y 52, CC'", causa Nº 14567-2017, 07/03/2018.

ter graves errores estratégicos que luego se volverán insubsanables. Con todo, ha sido un enorme avance la implementación del legajo electrónico, pero entendemos que debería ser más eficiente y prolija su utilización por parte de algunos operadores.

Del mismo modo, entendemos que urge una reforma del Código para prevenir muchas prácticas distorsivas y lesivas de garantías que se han consolidado gracias a la implementación del "expediente judicial electrónico" (EJE)[140] como, por ejemplo, que mientras el fiscal omite dar intervención por sistema al juez de garantías, el defensor no tiene acceso completo a todos los antecedentes del caso, lo que impide la preparación y ejercicio eficiente del derecho de defensa.

Por otro lado, si bien nuestra legislación no estableció con absoluta claridad que cada parte debe tener su legajo y el juez una carpeta judicial propia, en nada ayuda a este necesario cambio paradigma laboral que el EJE replique la vieja lógica del expediente escrito, en la medida que obliga al fiscal a digitalizar y subir todo su legajo de investigación al sistema informático, provocando así que toda la información del caso quede concentrada en un solo sitio, ahora administrado y gobernado por el magistrado, tal y como sucedía bajo el sistema anterior.

En definitiva, la despapelización y aparición del expediente electrónico nos desafía a repensar nuevas formas y medios para registrar los actos de la etapa preparatoria y compartir eficientemente la información entre las partes. Por ello, y sin perjuicio de los convenios hasta hoy celebrados entre los Ministerios Públicos y el Consejo de la Magistratura de la CABA, sería auspicioso que los actuales problemas de funcionamiento del expediente electrónico EJE sean abordados en una futura reforma del Código.

---

140. En ese sentido, el sistema EJE se encuentra reglamentado en la Resolución de Presidencia CMCABA N° 42/2017 (modificada por la N° 19/2019) en cuanto establecen que: "art. 1: El expediente Judicial Electrónico (EJE) es un sistema informático diseñado para sustituir el expediente en soporte papel por otro en formato digital, otorgando mayor rapidez y transparencia a los procesos judiciales". "art. 12. Es obligatoria la carga y el control permanente de la información en EJE de todo lo producido en cada causa judicial, en el mismo momento en que se toma conocimiento de la novedad o se genera el evento, y según el tipo de proceso de que se trate y el estado en que se encuentre. Los responsables funcionales de los expedientes deberán asegurar y controlar la carga íntegra y autosuficiente de datos en el expediente electrónico...". Por último, el art. 8 señala que EJE habrá de coexistir con los restantes sistemas en funcionamiento del Ministerio Público, hasta tanto el primero se consolide como el único, replicando así la vieja lógica del expediente como cuerpo concentrado de información escrita, puesto en manos del juez.

Publicidad y secreto de la investigación fiscal

Una de las reglas básicas que debe seguir todo proceso penal es el de publicidad, sobre todo los que siguen un diseño adversarial. Esto emerge expresamente de la Constitución de la CABA en su artículo 13.3, pero también en el orden internacional de las cláusulas del Pacto Internacional de Deberes Civiles y Políticos (art. 14.1). Si bien la normativa internacional consagra a la publicidad como un derecho fundamental, también consagra ciertas excepciones a la regla.

Siguiendo esta línea de pensamiento, nuestro Código dispone que "... Todas las audiencias deben ser públicas, menos las exceptuadas expresamente en este Código..." (art. 3), lo que demarca que el legislador local ha querido colocar a la publicidad como principio o idea fuerza del sistema y habilitar restricciones solamente en situaciones muy particulares expresamente previstas. De esta manera, se buscó preservarnos del secreto y oscuridad de la tradición inquisitiva y fortalecer el control de la ciudadanía sobre la justicia penal porteña.

A su vez, el artículo 109 sigue estos mismos lineamientos y establece que el legajo de investigación será público para las partes y terceros interesados, salvo que se haya dispuesto el secreto de la investigación.

Así, desde la normativa internacional (PIDCyP art. 14.1) es posible identificar y diferenciar dos situaciones cuando nos referimos a la publicidad de las actuaciones. Por un lado, están aquellas en las que se reservan las actuaciones al público en general para resguardar derechos de las partes intervinientes, como puede ser la intervención de menores en el proceso o en las que se encuentren comprometidos la seguridad nacional. Por el otro, se destacan expresamente aquellas circunstancias especiales en las que la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. El legislador local, como en tantas otras cuestiones, reglamentó concretamente este derecho de jerarquía convencional, disponiendo específicamente en qué casos y bajo qué circunstancias se pueden reservar las actuaciones.

En este sentido, si bien se le brinda la posibilidad al acusador público de disponer el secreto de la pesquisa, el artículo 109 del CPPCABA sujeta esa potestad a ciertos límites, a saber: i) que sea por resolución fundada; ii) que no recaiga sobre el legajo completo sino solo parcialmente sobre aquellas actuaciones sobre las que exista un interés es-

pecífico; iii) que se justifique en la necesidad de garantizar el éxito de una o varias medidas de prueba en concreto; iv) que el secreto no supere los diez días,[141] aunque "… podrá decretarse nuevamente la reserva si aparecieren otros/as imputados/as o cuando la eficacia de un acto en particular dependa del secreto de las actuaciones"; v) en caso de oposición a la legalidad del secreto o su duración por parte de algunas de las partes, el juez deberá tomar una decisión tras escuchar las razones del fiscal (art. 110), decisión que no es posible de recurso alguno; vi) por último, que el secreto no podrá impedir que el acusado y su defensor/a conozcan todas las pruebas existentes en su contra al momento de informarle los hechos imputados (art. 109 *in fine*).

Teniendo en cuenta que el precepto regula un derecho (publicidad, defensa en juicio y acceso a la justicia (PIDCyP, art. 14.1; CN, art. 18; CADH, art. 25) y que la facultad del MPF de disponer el secreto de las actuaciones resulta la excepción a esa regla (derecho), consideramos que siempre debe ser interpretada de acuerdo al principio *pro persona* y, por lo tanto, teniendo en miras la que más derechos acuerde a la persona y no la que amplíe las facultades estatales de persecución.[142]

Por este motivo, al restringir la publicidad de su legajo de investigación, el fiscal debe identificar por escrito concretamente las actuaciones o documentos a la que las restantes partes no podrán acceder[143] y, por cierto, también su duración concreta, pues solo así podrá facilitarse su control judicial *ex post*.

En otro orden, si bien no se han registrado en nuestro medio grandes discusiones sobre la aplicación de esta medida de excepción –que,

141. Entendemos, en consonancia con la redacción del artículo 46 que el plazo establecido para la reserva de las actuaciones debe ser contabilizado en días hábiles, salvo el caso que se habiliten días inhábiles, pues entonces deberían descontarse aquellos días. Es decir, si son diez días, deberían ser hábiles (de lunes a viernes), pero si se habilitase un sábado para realizar, por ejemplo, medidas de prueba, ese día cuenta como uno hábil. Por lo demás, nos remitimos al comentario realizado en este capítulo respecto al art. 111, en donde se trata específicamente la cuestión.

142. Ver consideraciones realizadas al hacer mención en el capítulo de avenimiento, respecto al fallo "Acosta" de la CSJN.

143. Va de suyo que, desde el reconocimiento a la víctima del derecho de acceso a la justicia y a participar en el proceso penal (CADH, arts. 25; DADDH, XVIII; DUDH, 8 y 9; PIDCP, 2 y 14), creemos que los órganos estatales encargados de la persecución penal tienen, como regla, el deber de poner a disposición de ella toda la información contenida en el legajo, salvo situaciones especiales excepcionales y muy restringidas.

por otro lado, debemos aclarar que no es utilizada con frecuencia–, sí debemos destacar lo ocurrido en el célebre caso "Uber" en donde la magistratura ha adoptado la solución correcta.

Efectivamente, luego de que el fiscal decretase sucesivas veces el secreto del legajo, la jueza de garantías resolvió, a partir de las quejas de la defensa, dejarlo sin efecto e intimar al acusador para que en lo sucesivo, ante la necesidad de tener que volver a restringir el acceso, debía delimitar por escrito "... las actuaciones que abarca el mismo; ello atento a la voluminosidad del legajo, la cantidad de incidencias en trámite y de imputados".[144]

A propósito de esto, se discute si el fiscal cuenta con la facultad de reimplantar el secreto de las actuaciones. Hay quienes, de un lado, consideran que ninguna norma lo prohíbe, siempre y cuando ello esté justificado en la aparición de nuevos imputados o para asegurar el éxito de una nueva medida. Según otra posición, solo podría decretarse el secreto y disponer su prórroga por única vez, de manera que no admite que ante la aparición de una nueva evidencia de cargo o un nuevo imputado, sea legítimo restringir el acceso al legajo fiscal.[145]

No caben dudas de que, de aceptarse la potestad de que se limite el acceso al legajo más de una vez con la aparición de un nuevo imputado, el secreto deberá recaer sobre las evidencias que estuvieran directamente relacionadas con esa persona y no con la de los consortes que ya han soportado anteriormente el secreto.

De igual modo, en estas situaciones el tiempo debiera estar limitado al estrictamente necesario para asegurar el éxito de la medida y que no se trate de una falsa excusa del fiscal para incumplir su deber de exhibir el legajo al defensor.

Con relación a la potestad de las otras partes de oponerse al secreto, el precepto en comentario impone que el juez debe oír al fiscal antes de resolver imponerlo. Sin embargo, nada ha dicho acerca del modo en que debe llevarse a cabo ese encuentro, por lo que nos parece adecuado que el acusador sea convocado a una audiencia unipersonal para brindar las explicaciones que pudieren corresponder y que ellas queden registradas

144. JPCyF Nº 16, "N.N. (UBER) s/inf. arts. 83, 73 y 74 del CC", causa Nº 4790-2016 (2764-C), 23/02/2017.

145. Cevasco, Luis, "Comentario a los artículos 91 a 105", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, T. 1, p. 310.

para facilitar el posterior control de las otras partes, tal como lo impone la última parte del artículo 3 del Código Procesal local.

En otro orden, si bien la irrecurribilidad de la decisión del juez se encuentra en sintonía con la corriente que considera relevante limitar apelaciones inoficiosas que demorarían el proceso, consideramos que, de *lege ferenda*, debería establecerse algún control adicional para satisfacer la garantía del acusado a obtener la revisión de un auto procesal importante como lo es sin duda, el que limita su conocimiento de la información cargosa y el derecho de la víctima de acceder a la justicia (CADH, arts. 8.2 y 25).

Por cierto, ello podría lograrse a través de un mecanismo automático de consulta con el órgano de alzada, de similares características al establecido ante los rechazos de las recusaciones (CPPCABA, art. 26).

De esta manera, ante cualquier rechazo a los cuestionamientos dirigidos a la legalidad o prórroga del secreto, el juez de primera instancia debería remitir el legajo para que la cámara revise lo decidido en un plazo muy breve (p. ej. 48 horas), pudiendo quedar la tarea a cargo de un solo camarista, para evitar las dilaciones derivadas de una amplia deliberación, que pudieran conspirar contra la exigua duración del secreto que es de diez días, prorrogables por otro tanto.

En otro orden de cosas, no podemos dejar de mencionar que es una práctica habitual que algunos fiscales no le notifiquen en forma inmediata al acusado la existencia de la investigación preparatoria iniciada en su contra.

Es importante destacar que los artículos 29 y 30 del CPPCABA, que son reglamentaciones directas del derecho a la defensa en juicio (CN, art. 18), les imponen a los fiscales el deber de informar al acusado de forma inmediata la existencia de la investigación y el respectivo decreto de determinación de los hechos. En esa misma oportunidad también le deben hacer saber los derechos con los que cuenta.[146]

Cabe reconocer que ello suscitó la preocupación del juez de Cámara Sergio Delgado,[147] que ha considerado, en diversas ocasiones, que esta práctica –violatoria de los artículos 29 y 30 del CPPCABA– era una

146. CPPCABA, art. 111. Para un desarrollo más profundo sobre la temática nos remitimos al comentario sobre el plazo de la investigación penal preparatoria.

147. CAPPJCyF, Sala III, "R. G., J. F. a/ 149 bis CP", causa Nº 3403-00-00-16, 15/03/2017, del voto en disidencia del juez Delgado.

forma subrepticia de mantener el secreto de las investigaciones por fuera de los requerimientos legales de las normas aquí comentadas.

Tiempo después, el problema fue, de algún modo, advertido por los jueces del Tribunal Superior de la CABA en el año 2014 al resolver el caso "C., P. M.", oportunidad en la que establecieron que debía imponerse un límite temporal a la actuación de los fiscales porteños, no solo luego de haber intimado de los hechos al acusado, sino también en el período anterior a ese acto procesal a fin de comunicarle los cargos.[148] La doctrina emanada de este precedente vino a visibilizar aún más la necesidad de limitar a los fiscales, pues dejó al descubierto los muy cuestionables márgenes de discrecionalidad que poseen para omitir el acto de intimación en un tiempo razonable y así evitar que la persona inculpada tome oportuno conocimiento que está siendo investigada y las evidencias recopiladas en su contra.[149]

En síntesis, es sumamente importante que no se lleven adelante investigaciones a espaldas del acusado y su defensor, pues cuando algo así sucede se está imponiendo el secreto de sumario *de facto* y sin control judicial alguno, con grave afectación a la igualdad de armas y a una defensa penal efectiva, puesto que esa parte, al ignorar la investigación fiscal en curso, se ve impedida de recopilar elementos demostrativos de su inocencia, los que muchas veces, debido al paso del tiempo, se pierden gracias a la conocida volatilidad de los medios y fuentes de información (*v.gr.* cámaras de seguridad, datos de contacto de testigos, pérdida de memoria, etc.).

Por lo demás, consideramos que en el caso de que exista un querellante –que como es sabido, nuestro Código le confiere amplia autonomía para investigar y desarrollar su propia estrategia de persecución (CPPCABA, arts. 10, 11 y 15)– puede solicitarle al juez la imposición del

148. Para ver un análisis exhaustivo de este fallo y sus consecuencias, recomendamos la lectura del comentario al primer supuesto del artículo 111, CPPCABA.

149. Al respecto, nos parece interesante la lectura del proyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Ciudad del año 2018, que surgió de la Comisión redactora *ad honorem* creada mediante Resolución CMCABA Nº 103/2017, integrada por jueces, fiscales y defensores, entre otros. Tanto de los fundamentos del proyecto como de algunos de sus artículos (*v.gr.* art. 15) se avizora la gran preocupación que existía en ese entonces sobre la discrecionalidad que los fiscales tenían a la hora de decidir si comunicaban o no los cargos a los acusados, de modo que se intentó brindarle un mecanismo a este para evitar la inactividad del fiscal.

secreto de sus averiguaciones en los mismos casos y bajo las mismas restricciones que rigen para el acusador público y, al igual que este, debe observar la obligación de comunicar sin dilaciones su investigación a la defensa, poniendo a disposición de esta su legajo de investigación completo.[150]

Plazo de la IPP

Introducción

La regulación de los artículos 111 y 112 se enmarca en la corriente reformista que se dio a lo largo y ancho de nuestro país, y con gran fuerza en las provincias patagónicas, en cuyos códigos, con matices, se establecieron plazos rígidos para llevar adelante el proceso.

En algunas de esas legislaciones se introdujeron plazos especiales de duración de la investigación, como en el caso del CPPCABA y Neuquén.[151] También, en algunos casos como el del Código Procesal Penal Federal, se decidió regular la duración de todo el proceso, excluyendo del plazo la vía recursiva deducida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[152]

A su vez, cada regulación difiere en lo que respecta a las consecuencias que pudiera tener la inobservancia de esos plazos. En este sentido, es posible identificar, a grandes rasgos, dos modelos, a saber: 1) los ordenamientos que establecen que el efecto automático es el dictado de un archivo o sobreseimiento;[153] y 2) los que, en lugar de establecer que el incumplimiento de los plazos afecta la subsistencia de la acción penal, la consideran una falta grave y causal de mal desempeño del funcionario encargado de la persecución penal.[154]

La discusión principal es si estamos frente a una regulación del plazo razonable en las distintas etapas del proceso, o bien si se trata de una regulación de carácter procesal meramente ordenadora del proce-

150. En el mismo sentido puede verse García Yomha, Diego; Martínez, Santiago, *La etapa preparatoria…*, *op. cit.*, p. 111.

151. CPPNQN, arts. 158 y 224.

152. CPPF, art. 119; en igual sentido, CPPNQN, art. 87.

153. CPPNQN, arts. 87, 158 y 224.

154. CPPF, arts. 119 y 121.

so, como si fuera una guía o pauta de razonabilidad sobre la duración del proceso, cuya violación no acarrea consecuencias.

En la actualidad, el criterio mayoritario de la Cámara porteña respecto a la aplicación en general del plazo de duración de la investigación preparatoria es que

> ... la duración de la investigación (considerando el plazo desde su inicio ya sea por denuncia o prevención) y de sus prórrogas se debe distinguir de la garantía del plazo razonable, que se encuentra contenida en la Constitución Nacional (art. 18) y en distintos instrumentos internacionales (art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos) (causa Nº 41528-01-00/10. Incidente de apelación en autos ABATE, Carlos s/ Infr. Art. 189 bis CP, el 29/8/2011 –entre otros–).[155]

Los artículos aquí comentados regulan dos hipótesis distintas: en primer lugar, el plazo de la investigación que realiza el fiscal, previo a la intimación del hecho al acusado que está individualizado (inc. 1); y, en segundo lugar, el tiempo que tiene el acusador para investigar y requerir la remisión del caso a juicio, luego de haber intimado al acusado (inc. 2). El CPPCABA, como es posible apreciar, no contiene una regulación respecto al plazo máximo de duración de todo el proceso, lo que resulta cuestionable, a nuestro entender, y debiera ser considerada en una futura reforma.

Tal como ya se ha mencionado en otros artículos bajo comentario, la Ley Nº 6020 importó una gran modificación a la regulación original del texto; entre los grandes cambios que tuvieron lugar se encuentra la modificación del actual artículo 111. Las modificaciones más importantes son: 1) el plazo de investigación, que originalmente era de tres meses, se amplió a noventa días, al igual que se incrementó el plazo de las prórrogas; 2) se separaron los supuestos en tres incisos, agregando en el inciso 1 el que regula el plazo que tiene el MPF para intimar los cargos cuando el imputado se encuentra individualizado; 3) se agregó un plazo máximo de dos años para la duración total de la investigación penal preparatoria, que en la anterior redacción era de un año; y 4) en el inciso 3 se agregó que la formulación del requerimiento de juicio

155. CAPPJCyF, Sala I, "Arreguez, Alfredo Marcelo S/ art. 128 1 CP", CUIJ Nº J-01-00008759-5/2017-2, 05/08/2019.

pone fin a la etapa de investigación, aun cuando ese escrito luego fuera declarado nulo.

La forma de contabilizar los plazos

Aunque suene obvio, a partir de la reforma y modificación del plazo legalmente establecido que lo extendió a noventa días, se discutió si el artículo 111 del CPPCABA hacía referencia a días hábiles o corridos.

Más allá de las críticas que podemos hacer a la reforma y a la ampliación del plazo que ha significado, lo cierto es que resulta por demás lógico interpretar que cuando el legislador establece un plazo en días lo hace en aquellos hábiles.

Así también lo ha interpretado la jurisprudencia mayoritaria en la materia:

> … corresponde indicar que ya hemos establecido, respecto de la forma de contabilizar el plazo, que el término previsto debe computarse en días hábiles para que, luego de intimado el hecho, se practique el requerimiento (Causa Nº 44203/19-0, "Czechowicz, Cristian Germán s/ art. 89 CP", 16/12/20, entre otras), e igual criterio seguimos a los fines de contabilizar el plazo para llevar adelante la audiencia contemplada en el artículo 172 del Código Procesal local (Causa N° 21109/2019 "Romero Garay, José Santo s/ art. 1 Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar", 05/08/2019, entre otras). En virtud de ello es que al lapso temporal transcurrido se le debe descontar el período de feria judicial, así como los días declarados inhábiles y aquellos en los que, por decisión del Consejo de la Magistratura, fueron suspendidos los plazos, a través de las Resoluciones CMCABA N° 59/2020, 63/2020, 65/2020 y 68/2020 (Causa N°3296/2020-0 "Gayo, Graciela Sara sobre 92 - CP", 30/06/2020, por la Sala de Turno, conformada por los Dres. Elizabeth A. Marum y Marcelo P. Vázquez en conjunto con el Dr. Fernando Bosch y N° 44203/19-0, "Czechowicz, Cristian Germán s/ art. 89 CP", 16/12/20 por esta Sala I, entre otras).[156]

Esta resolución vino a poner fin a muchas de las controversias que se suscitaron a lo largo del tiempo. Si se presta la debida atención, también resolvió la cuestión relacionada con la suspensión de los

156. Ibídem, Sala I "Cornú, Enzo Joaquín y otros sobre 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción / tenencia con fines de comercialización"; CUIJ Nº J-01-00009452-4/2020-0, 04/11/2021.

plazos dispuestos por el Consejo de la Magistratura en atención a la pandemia de COVID-19.

En este punto, debemos señalar que no estamos de acuerdo con que el Consejo de la Magistratura de la CABA tenga entre sus atribuciones dictar la suspensión de los plazos procesales sino únicamente, por aplicación del artículo 20 inciso 3 de la Ley Nº 31 y del Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial CABA, para fijar cuáles son los días hábiles e inhábiles.

Consideramos que esta decisión implicó una violación al principio de división de poderes y al principio de legalidad, como así también a las garantías de la defensa en juicio, del plazo razonable y del debido proceso.

No nos parece correcto que, a la luz de estos principios y garantías de rango superior, el Consejo de la Magistratura se haya arrogado facultades para suspender el curso de los plazos procesales y de investigación, como ha ocurrido durante el año 2020, con efectos concretos y directos sobre el entendimiento que corresponde otorgar a la naturaleza y extensión de las garantías constitucionales que asisten al imputado. En todo caso, esto debió ser debatido y decidido por el Poder Legislativo de la CABA y no el órgano que gobierna y administra el Poder Judicial de la CABA.

En esta línea argumental es importante destacar que el artículo 69 CPPCABA establece que "en los términos se computarán únicamente los días hábiles y los que se habiliten"; por lo tanto, no hay duda de que si el Consejo de la Magistratura dispone que un día resulta inhábil por cuestiones administrativas, como puede ser por una mudanza o alguna otra situación excepcional, resulta válido.

Ahora bien, resulta inadmisible otorgarle la facultad de suspender plazos casi por el término de un año, más aún si esa pretendida suspensión tendrá efectos directos en el modo de contabilizar el plazo de investigación preparatoria, regulación directa de la garantía constitucional de plazo razonable. Es decir, se corre el riesgo de una afectación directa a garantías constitucionales por la intromisión de un órgano administrativo de justicia por sobre las facultades del legislador de dictar normas de carácter general.

En conclusión, entendemos que, más allá de algún cuestionamiento que podríamos hacerle, se ajusta mejor a nuestro programa

constitucional que cualquier suspensión de plazos provenga de la Legislatura antes que el Consejo de la Magistratura, más aún teniendo en cuenta la excepcionalidad de la situación pandémica vivida durante los años 2020/21.

En este sentido, parece fundamental tener presente que, en el Despacho de Mayoría sobre los proyectos de Código Procesal Penal de la CABA, puede leerse que

> … el tiempo de la investigación preparatoria está limitado, pero se contempla la posibilidad de que la fiscalía pueda suspender la pesquisa por un lapso perentorio de dos años, indicando específica y concretamente cuáles son las pruebas pendientes que, sin responsabilidad de su parte, no pueda obtener de inmediato. Es una solución necesaria para que no se frustre la persecución penal cuando situaciones coyunturales, ajenas a la diligencia propia del órgano titular de la acción, impidan el cumplimiento estricto de los plazos procesales, pero con un límite razonable tendiente a garantizar el derecho a la rápida resolución de la situación del imputado ante la ley y la sociedad (artículo 208).[157]

De aquí surge claramente que la intención del legislador fue la de limitar el tiempo de la investigación pero, además, solo pensó en la posibilidad de que se pudiera prolongar ese lapso por fuera de los plazos previstos en los artículos 111 y 112 CPPCABA, en aquellos supuestos que expresamente habilita la clausura provisional de la investigación (CPPCABA, art. 221).

Por lo tanto, resulta claro que el único que tiene la potestad de disponer la prolongación del plazo de la IPP por fuera del tiempo legalmente establecido resulta el legislador y que, cuando lo ha querido hacer, lo ha hecho expresamente. En este caso el legislador porteño nunca le dio semejante atribución al Consejo de la Magistratura, por lo tanto mal podía arrogarse dicha facultad.

Consecuencias del incumplimiento de los plazos

Consideramos que los plazos establecidos ordenan el proceso y, a su vez, poseen naturaleza perentoria. Ello significa que vienen a poner

157. Legislatura de la CABA, Versión Taquigráfica de la 5ª Sesión Ordinaria del 29 de marzo de 2007, p. 36. Disponible en: https://www.legislatura.gov.ar/InfoSesion/454 [fecha de consulta: 12/11/2022].

límites a las partes y a los jueces, para que los procesos no se prolonguen indefinidamente en el tiempo. Para que ello pueda ser así, su incumplimiento debe tener consecuencias concretas, puesto que de lo contrario nuestro Código Procesal quedaría reducido a una "ley sin dientes" con la consiguiente pérdida de efectividad de la garantía que reglamenta.

Es decir, no debiera ser materia opinable si los plazos son perentorios o no a esta altura. Y la categoría de "meramente ordenatorios"[158] resulta una construcción jurisprudencial que, si bien fue sostenida durante muchos años, se da de bruces contra el claro texto legal en nuestro procedimiento. En este sentido, el artículo 76 establece que "Los términos son perentorios e improrrogables, salvo las excepciones dispuestas por la ley. La parte a cuyo favor se hubiera establecido un término podrá renunciarlo o consentir expresamente su abreviación".

Aquí debemos mencionar que

> Según CARRARA, "sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez [...] Si el legislador dicta un procedimiento que pueda ser violado al arbitrio de los jueces, no hace una ley, sino que se limita a dar un consejo". Esta frase nos advierte ya de la mayor objeción que puede ser formulada contra la interpretación dominante: ni la determinación de la duración razonable del proceso ni la de las consecuencias por su infracción, pueden quedar libradas abiertamente a la voluntad de los tribunales, como lo pretende tal interpretación dominante. Muy por lo contrario, la primera conclusión que se puede extraer dogmáticamente de la garantía de todo imputado a ser juzgado con celeridad es la necesidad de que los ordenamientos jurídicos secundarios establezcan con precisión el plazo máximo de duración del proceso penal y las consecuencias jurídicas que resultarán de su incumplimiento. Solo en caso de ausencia de esa regulación legal obligatoria tendrán los jueces que asumir un papel activo, con el fin de que la ausencia de norma secundaria no obsta-

158. CCC, Sala I, "C. N., L. A. s/ Queja-violación al plazo previsto por el art. 294 del CPPN", causa N° 40269, 18/05/2011: "consideramos que se trata de un término ordenatorio toda vez que el sistema legal no establece ninguna consecuencia procesal en caso de incumplimiento [...] Ahora bien, el carácter ordenatorio del plazo no descarta la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del órgano judicial. Solo indica que carece de efectos dentro del proceso su incumplimiento, por lo que cabe sostener que solo podría excederse, en lo mínimo indispensable, en casos excepcionales y en forma debidamente motivada".

culice la efectividad del derecho. Por tanto, el plazo razonable de duración del proceso penal deber ser fijado por la ley.[159]

Por lo tanto, no caben dudas de que en nuestro medio los plazos son perentorios e improrrogables. La excepción debe estar dispuesta por ley. En este caso se podría decir que los plazos del artículo 111 son prorrogables, pero ello no le quita su perentoriedad. En estos supuestos, los plazos pueden extenderse pero, en definitiva, no podrá hacerlo más allá de lo legalmente establecido, una vez vencida la prórroga y/o cuando ya no sea posible volver a prorrogarlo.

Aquí resulta dirimente la definición que la RAE brinda respecto a la palabra *perentorio*: "1. adj. Concluyente o definitivo…". En su concepción de Derecho se establece que término perentorio es "1. m. Der. término improrrogable, cuyo transcurso extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó".[160] En definitiva, se puede prorrogar por el término expresamente previsto por la ley, pero una vez vencido *se extingue o cancela la facultad o el derecho que durante él no se ejercitó*.

La idea de la perentoriedad de los plazos se encuentra íntimamente relacionada con la garantía de plazo razonable. La idea es establecer un límite rígido que no puede ser sobrepasado por el Estado, pues constituye la reglamentación de la garantía del plazo razonable, (CN, arts. 18 y 75 inc. 22; CADH ,arts 7.5 y 8.1; PIDCyP; 14.3.c). Esto, por su parte, tiene una contracara natural: el derecho del imputado a obtener un juicio rápido, sin dilaciones indebidas, que ponga fin de una vez y para siempre la situación de incertidumbre e indudable restricción de libertad que importa el simple sometimiento a proceso.

Por ello consideramos que los artículos 76, 111 y 112 CPPCABA resultan reglamentarios de la aludida garantía, que tiene por finalidad "… impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta decida prontamente".[161] No debe perderse de vista que el Código Procesal Penal establece reglas que constituyen lo que el Profe-

159. Pastor, Daniel, "Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4, Universidad de Chile, 2004. Disponible en: https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15031/15452 [fecha de consulta: 28/11/2022].

160. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: https://dle.rae.es/t%C3%A9rmino#CPeScYf [fecha de consulta: 10/11/2022].

161. Corte IDH, "Suárez Rosero vs. Ecuador", 12/11/1997, párr. 70.

sor Julio B. J. Maier denominó "derecho constitucional reglamentado",[162] por lo que no puede ser interpretado de manera diferente.

Del mismo modo lo interpretó la jueza del TSJCABA, Alicia Ruíz, al señalar que

> Como ya he dicho anteriormente (cf. mi voto en el expte. n° 7710/10, decisión del 11/10/2011), el mandato contenido en el art. 104, CPPCABA tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y es la propia ley la que establece, en el art. 105, que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional, sino que el mero transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria.[163]

En igual sentido, más recientemente, el juez del TSJ, Dr. Lozano, dijo:

> La decisión del tribunal *a quo* soslaya la voluntad del legislador de limitar, a través de los artículos 104 y 105 del CPP, la duración de una etapa específica del proceso. Contrariamente a la opinión del primer voto de la decisión cuestionada, los plazos establecidos por dichos artículos son perentorios y no ordenatorios. Esta interpretación ha sido desarrollada en los votos "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matías s/ infr. art. 149 bis CP'", expte. N° 8252/11, resolución del 4/07/12, y "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ferreyra, Ramiro Leandro y otros s/ infr. art. 95 del CP'" y su acumulado, expte. n° 10971/14 "Visciglio, Alejandro Jorge s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ferreyra, Ramiro Leandro y otros s/ infr. art. 95 del CP'", expte. N° 10932/14, resolución del 17/07/2015, entre otros, y, principalmente, es la más armónica con la garantía de que el proceso finiquite en un plazo razonable y la regla interpretativa de dar pleno efecto a la voluntad del legislador. A su turno, ni el régimen de consulta al fiscal de Cámara suspende el plazo, ni modifica el carácter perentorio del plazo, ni parece razonable supeditar al confort del fiscal, que puede pedir prórroga del término, la prolongación del IPP. Superado el límite

162. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2ª ed., 1996, T. I, p. 91.

163. TSJCABA, "Ferreyra, Ramiro Leandro y otros s/ infr. art. 95 del CP'", causa N° 10.932-14, 17/07/2015, consid. 5.

> establecido por el artículo 104 CPP –o, lo que es igual, superadas las prórrogas concedidas en el marco de este artículo–, corresponde la aplicación del artículo 105 CPP, que dispone, frente a esa situación, el archivo de la causa. La Cámara evita esta solución para el caso sub examine, sin mostrar la inconstitucionalidad de los artículos mencionados, por ello corresponde revocar su decisión.[164]

Pero, además, tal como advierte el profesor Daniel Pastor, puede afirmarse que

> … es obligación internacional de los Estados fijar legislativamente un plazo máximo de duración de los procesos penales y las consecuencias jurídicas de su violación. La ley debe individualizar las herramientas para el cumplimiento de esta obligación omnipresente que es la de asegurar del modo más eficaz posible el respeto de los derechos fundamentales. Así, la reglamentación por ley es la única forma de dar plena satisfacción al derecho en análisis, que persigue limitar la arbitrariedad del Estado en cuanto a la duración del procedimiento, que trata de evitar que las consecuencias negativas del proceso se extiendan indefinidamente y que intenta, en fin, impedir que el instrumental extremadamente cargoso del proceso penal sea utilizado contra los ciudadanos en infracción grave y prolongada del principio de inocencia.
>
> El derecho internacional de los derechos fundamentales requiere que los Estados contratantes de sus pactos establezcan en sus legislaciones plazos máximos de duración del proceso penal con aplicación de consecuencias para el caso de violación, de forma tal que estas aseguren la existencia de aquellos. La ausencia de una regulación específica de la duración del plazo razonable, cometida por un país signatario del tratado, debería conducir ya directamente a que él sea sancionado por la omisión de reglamentar –y con ello tornar ilusorio– el derecho analizado.[165]

Desde el año 1968 la Corte Suprema ha entendido que

> La garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener el pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve,

164. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Garay, Rodrigo y otros s/ art(s). 189 bis; párr. 3, portación de arma de fuego de uso civil, CP (p/L 2303)'", causa N° 15730/18, 19/12/2018.

165. Pastor, Daniel, "Acerca del derecho…", *op. cit.*

> a *la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal*.[166] (El destacado en itálicas nos corresponde).

Más allá de lo señalado, debe tenerse en cuenta que también la sociedad merece recibir en un tiempo relativamente acotado una respuesta frente a los delitos y la culpabilidad o inocencia de los vecinos sospechados de criminalidad.

Tal como lo adelantamos, la regulación estudiada en este capítulo tiene correlato en otros códigos contemporáneos[167] en los que el legislador decidió recortar los tiempos del proceso, estableciendo plazos fatales, prestando especial atención a la etapa de investigación que siempre ha sido reputada de larga y morosa. Distinta es la situación del CPPF, artículos 119 a 121 (referidos al proceso general y la etapa recursiva) y 265 a 268 y 335 porque no incluye la fatalidad de los plazos y como consecuencia el archivo o sobreseimiento, sino que fue reemplazada por "falta grave y causal de mal desempeño".

Primer supuesto (art. 111, inc. 1)

Corresponde ahora ingresar al estudio concreto de los supuestos regulados por el legislador local. En este sentido, el primer supuesto del artículo 111 (inc. 1), regula el plazo que tienen los Representantes del MPF, en aquellos casos en los que el probable autor se encuentra individualizado, para investigar y convocarlo a la audiencia de intimación de cargos

El legislador estableció un plazo de 90 días hábiles, prorrogable por otro tiempo igual por parte del juez de garantías. Esa prórroga debe ser solicitada y tramitada en una audiencia personal entre el juez y el Representante del MPF.

La incorporación de un plazo de investigación para el Fiscal, previo a la intimación resulta, muy probablemente, la consecuencia directa del fallo del TSJCABA en el caso "C., P. M.", en cuanto se dijo que

> El Código nada dice en relación con los plazos anteriores que van desde la formalización del decreto de determinación de los hechos del art. 92 CPPCABA a la intimación del hecho (art. 161, CPPCABA). Al respecto, he di-

166. CSJN, Fallos: 272:188; "Mattei, Ángel", 29/11/1968.

167. CPPBA, arts. 282 y 141; CPP Córdoba, arts. 182, 183, 337 y 346; CPP Chubut, arts. 146, 147, 282 y 283; CPPNQN, arts. 158, 87, 223 y 224.

cho (entre otros, cf. mi voto en el expte. n° 8418/11, decisión del 23/05/2012) que 'la no citación del imputado de acuerdo al artículo 161 del CPPCABA no es criterio para desconocer la garantía constitucional de cualquier persona imputada a ser juzgada en un plazo razonable. La satisfacción de la garantía quedaría, de lo contrario, ilegítimamente condicionada por la actividad o inactividad de los representantes del Ministerio Público Fiscal'. Desde el punto de vista de una interpretación razonable, compatible con el sistema de derechos y garantías que fijan tanto la Constitución Nacional como la Constitución local, así como de una interpretación sistemática de la normativa procesal que evidentemente ha prestado atención a la regulación de la garantía de plazo razonable, no puede concluirse que la ausencia de regulación del plazo en este último tramo implique que el Ministerio Público Fiscal tenga una discrecionalidad absoluta para demorar *sine die* la concreción del acto regulado en el art. 161, CPPCABA. Si así fuera, y en línea con lo dicho en el párrafo anterior, el órgano acusador podría sustraerse de las regulaciones temporales, diferir en forma indeterminada la intimación del hecho y de ese modo distorsionar el régimen de regulación de plazos hasta el extremo de derogarlo de facto. Ante la ausencia de un plazo perentorio como el que fija el artículo 104, CPPCABA, es imperioso analizar la cuestión según las circunstancias del caso y evaluar si el tiempo transcurrido sin que dicha intimación se hubiera producido es o no razonable. Los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fijados a lo largo de varias décadas (Fallos: 287:248; 289:181; 305:913, entre muchos otros), así como las pautas consolidadas en la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de derechos humanos: 1) la complejidad del asunto; 2) la conducta de las autoridades; 3) la actividad procesal del interesado; y 4) "la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso" (cf. Corte IDH "Luna López c. Honduras, sentencia del 10 de octubre de 2013, parágrafo 147), son guías de interpretación relevantes.[168]

En igual sentido se expidió la jueza Weinberg, al indicar:

… que la duración de esta investigación dejó de ser razonable aunque no se haya llevado a cabo la audiencia de intimación del hecho prevista en el art. 161 del CPP. De lo contrario, habría que suponer que la garantía recién opera a partir del arbitrio del Ministerio Público Fiscal en fijar dicha audiencia, lo cual resulta insostenible.

168. TSJCABA, "C.P.M.", 21/05/2014, voto de la jueza Ruiz, que conformó la mayoría. En este mismo sentido se expidieron en "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Montenegro, Ariel Ramón s/ infr. art(s). 189 bis CP'", causa N° 9379-2012, 04/06/2014.

Recientemente, el TSJCABA con su actual integración, estableció que

> … lejos de explicar lo arbitrario del razonamiento del tribunal *a quo* al confirmar la resolución del juez de primera instancia que no autorizó la extensión del plazo de la investigación preparatoria, el quejoso omite controvertir las principales conclusiones en las que se apoyaron todos los jueces de mérito para pronunciarse de ese modo. Entre otras cuestiones, se tuvo en consideración: (i) que la fiscalía demoró 'muchísimo' el trámite de la causa, iniciada en el año 2016, y que aquel 'se había paralizado en varias ocasiones' (fs. 19); (ii) que, no obstante intentarlo, tampoco logró exteriorizar alguna particularidad de la investigación que explique 'el paso del tiempo sin realizar la intimación de los hechos, encontrándose identificada la sociedad y su socio gerente' (fs. 19 vuelta); (iii) que el pedido de prórroga por noventa (90) días adicionales para formular la intimación de los hechos fue efectuado por la fiscalía cuando el término inicial se encontraba 'ampliamente vencido' (art. 104, inc. 1, del CPPCABA); (iv) que aquella solicitud de prórroga incluso había sido promovida luego de transcurrido el plazo máximo de dos (2) años estipulado para la duración de la investigación preparatoria (art. 104, inc. 2 in fine, del CPPCABA); y (v) que, sin desconocer las 'complejidades de este tipo de pesquisas' (penal tributaria), la duración de esta 'investigación se ha extendido más allá de los plazos previstos por el ordenamiento formal local y […] tampoco se han acreditado causales suficientemente contundentes que justifiquen extender[la] aún más' (fs. 21 vuelta). El repaso de los fundamentos expuestos en los votos concurrentes en este punto de los tres magistrados que suscribieron la decisión controvertida permite concluir que, a diferencia de cuanto sostiene la fiscalía, la solución dada al caso se sustenta en el derecho infraconstitucional vigente y no omite valorar las particulares circunstancias o especificidades de una investigación preparatoria cuya continuación no fue autorizada.[169]

Curiosamente, en contra de los precedentes hasta aquí citados, la mayoría de los jueces de la Cámara de Apelaciones de nuestro fuero: i) no consideran que el plazo regulado en el artículo comentado se trate

169. "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Sur de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Pertenecer SRL s/ art. 6 Ley Nº 26735, apropiación indebida de tributos Ley Nº 26735 (modificación Ley Nº 24769)'", causa Nº 17663-2019, 10/03/2021. Del voto de la jueza De Langhe y el juez Otamendi, que formaron parte del voto concurrente.

de una regulación de la garantía de plazo razonable; ii) entienden que el primer inciso no tiene regulada específicamente una consecuencia por la violación del plazo, debido a que no se aplica a este supuesto el artículo 112; iii) opinan que el plazo allí establecido resulta una pauta de razonabilidad sobre la duración del trámite y que debe ser tenida en cuenta al momento de analizar el caso particular y se hacen eco del fallo "Price" de la CSJN (el que será analizado en un acápite aparte).[170]

El criterio transcripto es hoy en día el mayoritario en el fuero.[171] Si bien la modificación del Código es bastante reciente y, por lo tanto, no se ha escrito mucho al respecto, hay quienes sostienen, en virtual sintonía con este criterio, que el plazo del inciso 1 del artículo 111 CPPCABA resulta un límite a las posibilidades de investigar por parte del fiscal. Es decir, que una vez que se excediera el plazo de 90 días original o luego de otorgada la prórroga por el juez se venciera ese plazo, el MPF debiera dejar de investigar y convocar al imputado para intimarlo con la prueba hasta ese momento recabada o, si no fuese prueba suficiente, archivar el proceso. Lo que esta reinterpretación del plazo regulado en el inciso 1 pretende es imponer un límite a las investigaciones, evitando que se vuelvan eternas o que el único límite termine siendo la prescripción de la acción penal. Para remediar este problema, el juez podría dar la orden a los acusadores (públicos o privados) de no seguir investigando, a fin de no quebrar en igualdad de armas, ya que la defensa podría estar tranquila de que la contraria no avanzará más con su investigación.[172]

Entendemos que, si bien en ciertos aspectos es interesante esta interpretación, no viene a solucionar el problema definitivamente, ni tampoco es lo que dice el texto legal. Es bueno saber que existe un

170. Este criterio se extrae de la lectura de CAPPJCyF, Sala I, "Cornú, Enzo Joaquín y otros sobre 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción / tenencia con fines de comercialización", CUIJ Nº J-01-00009452-4/2020-0, 04/11/2021 y, en igual sentido, Sala III, "Acosta, Paulo Javier sobre 89 - lesiones leves", CUIJ Nº J-01-00056605-1/2019-1, 10/11/2021.

171. Resulta importante destacar que, al momento de entregar este comentario, la Cámara de Apelaciones acaba de completar su conformación luego de la sustanciación del correspondiente concurso. Ello incluye la puesta en funcionamiento de la nueva Sala IV. Por ello, debemos estar expectantes ante la eventualidad de un cambio jurisprudencial.

172. En este sentido el criterio del juez Gonzalo Rua. En especial ver de ese Juzgado PCyF Nº 6 a su cargo, "Ovando Delgado, C. H. s/ art. 94 CP", CUIJ Nº J-01-00041804-4/2019-0, 16/12/2019.

límite en las investigaciones y que estas no se prolongarán mucho tiempo, pero esta idea de que no se continuará investigando a pesar de que el caso sigue "abierto", resulta difícil de pensar. ¿Qué ocurriría si "apareciera" durante el tiempo vedado de investigación para el fiscal una prueba: se debería prescindir, no podría ser utilizada por la acusación? Esta podría ser una buena respuesta, pero ¿qué ocurriría si el MPF realmente hubiera detenido su investigación y la prueba es acercada por un testigo que se presenta voluntariamente? Pues entonces comenzarían todo tipo de especulaciones y discusiones sobre el modo en que esa prueba se hizo conocida.

Por otra parte, si el MPF no cumple con la prohibición de seguir investigando ¿cuáles serían las consecuencias? Podría pensarse en sanciones administrativas, pero no está regulado de ese modo y, en definitiva, quedaría en cabeza del fiscal general esa decisión. ¿Cabría la posibilidad de denunciar penalmente al fiscal que incumpliera la orden del juez de no seguir investigando?

Consideramos que esta propuesta genera más dudas que certezas y, en definitiva, no termina de resolver el problema de base, aquel que aun sin una regulación concreta resolvió el TSJCABA en el célebre "C., P. M" y "Montenegro". La única solución que nos resulta aceptable en este punto es aquella que establece que

> El hecho de que un proceso haya alcanzado su plazo máximo de duración razonable debe ser tratado, técnicamente, como un impedimento procesal, que es el medio a través del cual se hace efectiva, en un procedimiento concreto, la consecuencia que se deriva de la violación de una regla de derecho limitadora del poder penal del Estado, con el fin de obstruir la continuación de un juicio que se ha tornado ilegítimo.[173]

No podemos dejar de señalar que, en la Cámara de Apelaciones del fuero, existe una postura minoritaria que considera que

> … los artículos 110 y 111 [actuales 111 y 112] del CPPCABA vienen a reglamentar la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable en nuestro ordenamiento procesal. En este sentido ha señalado el Tribunal Superior de Justicia que: 'Constituye un deber de los estados que conforman la Nación establecer reglas tendientes a lograr que la situación procesal de quien está sometido a un proceso penal sea resuelta lo antes

173. Pastor, Daniel, *"Acerca del derecho…", op. cit.*

posible (cf. los artículos 10 de la CCABA, 25 de la DADDH, 18 de la CN, 8.1 de la CADH y 14.3 del PIDCP…). En ese mismo sentido, y remitiéndonos al ámbito específicamente local, el derecho a un proceso penal sin dilaciones indebidas se manifiesta en diversos mecanismos procesales, entre los cuales se inscriben los artículos 104 y 105 del CPP, normas de forma que regulan la duración de la investigación preparatoria. En otras palabras, se advierte que el legislador porteño ha establecido mecanismos encaminados a regular la duración del proceso y más específicamente del riesgo, y uno de esos mecanismos lo constituyen los mencionados artículos 104 y 105'.[174]

He sostenido en la causa N° 4449/13 "Lucangioli Andrea Cecilia s/ art. 149 bis CP", resuelta el 07/03/2014 al tratar un planteo de inconstitucionalidad del art. 105 del CPP [actual art. 111], que el plazo que impone el art. 104 [actual 110] del CPP no se refiere a la acción penal en su totalidad, sino a la investigación preparatoria en tanto regula el plazo razonable en que una persona podría estar sometida a las tareas investigativas del órgano acusador antes de que el mismo requiera de juicio y señale la pena que peticiona.

Cuando el Estado inicia el camino persecutorio dirigido hacia una persona en particular, las garantías individuales cobran supremacía frente a cualquier instituto del Derecho Penal. Efectuando un análisis en abstracto, la prescripción de un delito reprimido con pena temporal se produce por el transcurso del plazo máximo de la pena del delito (con las limitaciones del art. 62 inc. 2), pero una vez que una persona es imputada por la comisión de un delito, de manera que le queda del todo claro que el Estado la persigue penalmente, la garantía del plazo razonable cobra primacía y la norma del artículo 104 [art. 111 actual] que reglamenta dicho principio, debe ser entendida como la única oportunidad en la que el Ministerio Público Fiscal puede perseguir a dicha persona. Vencido el plazo previsto en la misma, sin que se hayan solicitado las prórrogas que la misma norma prevé, dicho Ministerio carece de potestad para continuar la pesquisa.

Tal inteligencia no solo no resulta contraria al texto constitucional y a los tratados y fallos internacionales mencionados sino que permite dar cumplimiento al compromiso del Estado que lo obliga a garantizar la

174. "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de apelación en autos Haedo, Nicolás Matías s/ infr. art. 149 bis CP'", causa N° 8252-11, 04/07/2012, en especial la mayoría de los Dres. Luis Francisco Lozano, Horacio Corti y la Dra. Alicia E. C. Ruiz. Esta fue la primera vez que el TSJCABA se expidió de este modo, "constitucionalizando" el plazo regulado en los antiguos arts. 104 y 105 (actuales 111 y 112) del CPPCABA.

> pronta realización de un proceso que, en sí mismo, constituye un menoscabo a la libertad del imputado.
> No es conteste con el respeto de la garantía del debido proceso aceptar que la fiscalía pueda ejercer su actividad investigativa sin someterse a plazo alguno, y privar a la defensa de una herramienta prevista por el código procesal para hacer efectivo el derecho a la duración razonable del proceso penal.[175]

Por último, el inciso 1 también analiza la posibilidad de que el fiscal realice la investigación sin poner en conocimiento del imputado "cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza o dificultad de las diligencias probatorias pendientes permitieren presumir que la falta de comunicación resulta indispensable para su éxito". Creemos que esto debería ser autorizado expresamente por el juez.

Consideramos que tiene cierta lógica que, en esta etapa del proceso, el fiscal considere necesario no dar a conocer su investigación para asegurar su éxito y, por eso, también entendemos beneficioso que, para hacerlo, se exija la autorización de un juez. De este modo, se obliga al fiscal a justificar los motivos concretos para hacerlo y, además, en aquellos casos en los que no lo solicita, debería poner en conocimiento inmediato de la defensa el decreto de determinación de los hechos.

En este sentido, el juez de Cámara Delgado tiene dicho que "Corresponde advertir en primer término que la investigación preparatoria se ha desarrollado de modo secreto para el imputado sin que se haya justificado ni decretado el secreto sumarial".

El artículo 29 del Código Procesal Penal de la Ciudad (de aplicación supletoria en virtud del art. 6 LPC) establece que el fiscal debe invitar a ejercer el derecho a designar defensor "al momento de notificarlo del decreto de determinación de los hechos", y para mayor garantía el artículo 28 del CPPCABA dispone que se lo asegure obligando a la policía y al fiscal a informar de inmediato al imputado su derecho a acceder a toda la información disponible, desde el momento en que tenga noticia sobre la existencia del proceso. Sin embargo, en el presente caso, la primera comunicación formal al imputado sobre la denuncia que pesaba en su contra fue realizada al momento de realizarse

175. CAPPJCyF, Sala III, "Acosta, P. J.", ya citado, voto en disidencia del juez Sergio Delgado.

la primera audiencia prevista en el artículo 41 LPC, llevada a cabo siete meses después de iniciada la investigación (fs.16).

Resulta irrazonable, en mi opinión, que un fiscal haya actuado durante tan prolongado lapso bajo lo que no puede ser sino considerado "secreto sumarial", que es lo que –en los hechos– se hizo en esta causa, sin haber informado razón alguna para disponer la reserva de las actuaciones cuya existencia y objeto omitió comunicar al imputado y sin que se advierta que ello fuera imprescindible para no frustrar medidas probatorias.

Siempre desde el prisma de la inmediatez y pericia en la actuación fiscal, de acuerdo a lo establecido por el artículo 92 del CPPCABA (aplicable de manera supletoria por lo establecido en el art. 6 LPC), cuando el fiscal decide actuar a raíz de una denuncia debe dictar inmediatamente el decreto de determinación del objeto de la investigación preparatoria. Cuando el imputado está ya individualizado en ese momento debe notificarle tanto los hechos como la prueba existente en su contra.

Dentro del señalado marco de pronta diligencia fiscal, el legislador dispuso, para evitar que se demore esta inicial intervención del denunciado y de su defensa técnica, mediante el artículo 94 del mismo cuerpo legal, que el fiscal puede delegar en el secretario la notificación de los hechos investigados (y de los derechos que le asisten conforme el art. 28).

Es por ello que de los artículos 28 y 29 citados se desprende que el decreto de determinación de los hechos objeto del proceso debió haber sido inmediatamente dictado. Y debió haber sido inmediatamente notificado al aquí investigado a fin de resguardar su derecho a la defensa garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional".[176]

Segundo supuesto (art. 111, inc. 2)

La segunda hipótesis prevista en el artículo 111 es aquella que estuvo desde siempre en el CPPCABA. Ella prevé un plazo máximo para llevar adelante la investigación (actualmente de noventa días) que comienza a hacerse efectivo desde que tiene lugar la intimación de los hechos al imputado. Ese lapso puede ser prorrogado por el Fiscal de Cámara, hasta por noventa días más.

176. Ibídem, Sala II, "Luján, Luis José s/ 52 CC", causa Nº 44169/11, 05/03/2013.

Asimismo, cuando las dificultades de la investigación lo justificaran se podrá pedir una prórroga en una entrevista personal con el juez, quien en definitiva fijará el término razonable para la finalización de la investigación, que no podrá superar los dos años de investigación preparatoria. Es destacable que las prórrogas que se otorguen a los acusadores serán recurribles por la defensa.

Los alcances de este precepto se encuentran en permanente discusión. Si bien la jurisprudencia al respecto nunca fue pacífica sobre este precepto, durante muchos años se podía vislumbrar un camino bastante claro en la forma en que se lo debía entender.[177]

En el año 2012, el TSJCABA se expidió en el caso "Haedo"[178] en el que, con una mayoría ocasional,[179] decidió que

> … el mandato contenido en el artículo 104 del CPPCABA tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y es la propia ley la que establece, en el artículo 105 del CPPCABA, que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional, sino que el mero transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria. Por otro lado, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible –obvia consecuencia del principio de legalidad material– impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del poder legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado. Máxime cuando dicha interpretación parece destinada a justificar una indebida inacción o demora por parte de los órganos responsables.[180]

177. Debemos destacar que la aplicación efectiva de la consecuencia establecida en el artículo 112 CPPCBA produjo que el MPFCABA ordenara sus tiempos y estableciera todo tipo de controles internos para evitar que esos plazos no se cumplieran.

178. Ya citado en el voto en disidencia del juez Delgado en el caso "Acosta".

179. El juez Corti intervino por existir una vacante en el TSJCABA y como presidente de la Cámara CAyTRC, en los términos del art. 24 de la Ley N° 7.

180. Del voto de la jueza Alicia Ruíz.

Este criterio fue sostenido en, al menos, otras tres oportunidades,[181] en los casos "Minutella"[182], "Latorre"[183] y "Ferreyra".[184]

En este último, es destacable el voto del juez Lozano, que estableció:

> Interpretar cuál es el alcance que corresponde acordarle a esos preceptos procesales constituye, por regla, una cuestión propia de los jueces de mérito, y, ajena, por ende, a la competencia de este Tribunal. Es decir, de ordinario, ponen un hiato que priva a lo resuelto de relación directa con la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En cambio, distinta es la situación que se presenta frente a la desaplicación de esos artículos, ya sea de modo explícito o implícito. Como toda declaración de inconstitucionalidad, esa sí constituye una cuestión constitucional susceptible de abrir la competencia que a este Tribunal le acuerda el art. 113, inc. 3, de la CCBA; cuestión constitucional que, por lo demás, compromete en forma directa la 'garantía a ser juzgado en un plazo razonable', esto es, una garantía sólo susceptible de tutela inmediata [...] la sentencia de Cámara no es fruto de la derivación razonada del derecho vigente aplicado a las constancias de la causa, sino, en todo caso, un modo para evitar la aplicación de los artículos 104 y 105 del CPP.

Creemos que la jurisprudencia del TSJCABA en este sentido sigue siendo correcta, más allá del modo en que se fueron obteniendo las

181. Para un análisis más profundo respecto a la discusión sobre el alcance concreto de estos fallos remitimos a la lectura de Fava, Gabriel; Kaski Fullone, Lucas, "Penar sigue siendo una cuestión de tiempo. Nuevas consideraciones acerca de la duración de la investigación preparatoria y los plazos procesales en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad", en *elDial.com, Suplemento de Derecho Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, DC1CB9, 09/05/2014.

182. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Incidente de apelación en autos 'Minutella, Leandro Pablo y otros s/ infr. art(s) 189 bis, tenencia de arma de fuego de uso civil –CP– (p/L 2303)'", causa N° 8.741-2012, 20/03/2013.

183. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Legajo de juicio en autos: Latorre, Domingo Sergio s/ infr. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil –CP–", causa Nº 8342-2011, 05/06/2013.

184. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ferreyra, Ramiro Leandro y otros s/ infr. art. 95 del CP'" y su acumulado "Visciglio, Alejandro Jorge s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ferreyra, Ramiro Leandro y otros s/ infr. art. 95 del CP'", causa N° 10932-2014, 17/07/2015.

mayorías para su dictado. En este sentido, en los tres primeros casos ("Haedo", "Minutella" y "Latorre"), la mayoría fue lograda con la participación del juez de la Cámara CAyT Horacio Corti.

Ahora bien, debemos dejar en claro que la jueza Alicia Ruíz siempre consideró, tal como ha quedado demostrado con la cita transcripta, que el plazo previsto en los artículos 111 y 112 CPPCABA son una reglamentación de la garantía de plazo razonable para la etapa de la investigación. Sin embargo, el juez Lozano ha realizado una interpretación que no reconoce una relación directa entre los artículos del CPPCABA con la garantía; pero ha dicho que la *desaplicación* de los artículos es la que lo habilita a expedirse, como lo sería la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma. Es decir, pareciera entender que, aunque no sea una reglamentación del derecho del acusado a ser juzgado sin dilaciones, la no aplicación de los artículos aquí comentados sí podría poner en cuestión la aludida garantía.

En el caso "Ferreyra", por su parte, se obtuvo la mayoría con el voto de la jueza Conde quien, en esa oportunidad, entendió que se había afectado el derecho a ser juzgado sin demoras indebidas por el modo en que se había llevado adelante la investigación. Sin embargo, no vinculó directamente el plazo regulado en el artículo 104 CPPCABA (actual, art. 111 inc. 2) con la garantía. De hecho, explicó que

> ... con independencia de cómo se interprete el ordenamiento infraconstitucional, en lo concerniente a los plazos previstos para la etapa de investigación –aspecto sobre el cual no encuentro razones para expedirme en esta oportunidad–, la resolución dictada por el tribunal *a quo* ciertamente ha desconocido la efectiva vigencia de la garantía constitucional aludida por la defensa. Ello es así, toda vez que la conclusión a la que se ha arribado no ha tenido en cuenta el menoscabo y la situación de total incertidumbre en la que han sido colocados los imputados como consecuencia de una dilatoria o por lo menos ineficaz definición de esta causa en un tiempo razonable.

Por lo demás, rigen para este supuesto las consideraciones que ya hemos realizado y reseñado respecto a la interpretación que se efectúa comúnmente respecto a que los plazos son "meramente ordenatorios". Solo habremos de agregar que esa tesitura se aparta de aquellas pautas que se derivan del *principio pro persona y favor rei*. Por un lado, porque en vez de sostener una interpretación que acuerde mayores derechos

a favor de los imputados y, como consecuencia, limitadora de la potestad punitiva del Estado, se opta por una más perjudicial para la situación procesal de aquellos. Y, por otro, pues se soslaya el principio político según el cual "... en caso de incompatibilidad entre una herramienta de política criminal y una garantía (límite a esa herramienta) debe primar la norma que establece una garantía".[185]

En otro orden, cabe recordar que los límites y consecuencias jurídicas que prevén los artículos comentados tienen como objeto principal regular la actividad de investigación del MPF. Los sistemas adversariales como el nuestro han puesto el foco en ponerle límites a la actividad de los investigadores, ante la experiencia recogida de los antiguos sistemas caracterizados por la morosidad en el juzgamiento de los casos.

No obstante lo anterior, los magistrados de la Cámara de Apelaciones PPJCyF, en su mayoría, han opinado:

> En definitiva, cabe concluir que teniendo en cuenta que los plazos previstos en la normativa aplicable no son perentorios, asiste razón a la Judicante en cuanto sostuvo que no ha transcurrido el término máximo previsto para concluir la investigación penal preparatoria [...] no significa que las normas que regulan la extensión de la investigación penal preparatoria –esto es, los artículos 110 y 111 del CPPCABA–, no deban constituir un canon de razonabilidad sobre la duración del trámite, que no puede ser soslayado sin más por el Fiscal, pero, en la medida en que dicha investigación constituye una parte del proceso, y no su totalidad, su análisis no puede efectuarse de forma aislada. Y, en todo caso, la afectación de la garantía constitucional debe ser analizada en cada caso en particular, y aun cuando transcurriere dicho plazo –lo que, tal como señalamos, no sucedió en el caso– no conlleva per se a la violación a la garantía del plazo razonable.
>
> ... En definitiva, y si bien el hecho en cuestión no revestía mayor complejidad, no se advierte que el presente proceso se haya encontrado estancado, más allá de la suspensión de los plazos en razón de la emergencia sanitaria dictada debido la pandemia, ni tampoco se puede alegar inactividad del fiscal –ni la defensa lo ha demostrado–, ni en qué forma la duración del presente proceso, que lleva poco más de un año y medio, le ha causado un perjuicio a la parte recurrente.
>
> En definitiva, cabe concluir que, teniendo en cuenta que los plazos previstos en la normativa aplicable al caso son ordenatorios, no ha transcurrido el término máximo previsto para concluir la investigación penal prepara-

185. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2013, T. I, p. 198.

> toria, ni tampoco se advierte que se haya vulnerado la garantía de plazo razonable ni producido dilaciones indebidas por parte de la fiscalía...[186]

La Cámara continúa sosteniendo hasta hoy que el plazo de duración de la investigación y sus posibles prórrogas no poseen carácter perentorio –o lo que es igual, son meramente ordenatorios–, pues se trata de una pauta de razonabilidad para evaluar el accionar de los investigadores en cada caso concreto.

Ahora bien, sin decirlo expresamente la Alzada parece inclinada a entender que la duración máxima de la investigación es de dos años, tal como veremos en el acápite siguiente.

El plazo máximo de duración de la investigación preparatoria (dos años)

Teniendo en cuenta la diversidad de criterios interpretativos que existen en la actualidad, resulta muy difícil extraer una doctrina consolidada respecto a los alcances de los dos primeros incisos del artículo aquí comentado.

Sin embargo, podríamos decir que el plazo de dos años de duración de la totalidad de la investigación comienza a ser un criterio que se viene imponiendo en distintos pronunciamientos. Analicemos un poco.

En el caso "Pertenecer SRL" del TSJCABA, ya citado, los jueces trataron uno de los argumentos esgrimidos por los jueces de Cámara para confirmar el rechazo de la prórroga que había solicitado el fiscal para continuar investigando. Entendemos que este precedente enciende una luz de esperanza para que se empiece a observar un plazo máximo de duración de la investigación.

En tal sentido, consideramos que el término de dos años debe comenzar a computarse desde el inicio del proceso, por cualquiera de los modos de iniciación regulados por el artículo 84 CPPCABA, ya que así lo imponen los principios de máxima taxatividad interpretativa y pro persona.[187]

186. CAPPJCyF, Sala I, "Villalba Cuyari, Sergio Javier y otros sobre 189 bis 2 / - 4parr portación de arma de guerra sin autorización", CUIJ Nº J-01-00009849-9/2020-0, 18/10/2021.

187. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, 2000, p. 111.

A modo de colofón, cabe reflexionar que, muy a pesar de las posiciones que se resisten a tornar operativos los plazos regulados por nuestro legislador para intimar los hechos al acusado o para requerir el juicio o cerrar su persecución, nos parece alentadora la línea de precedentes que considera que ninguna investigación puede extenderse más allá de los dos años.

El criterio regresivo del fallo "Price" de la Corte Suprema

El reciente pronunciamiento emitido en el caso "Price", resuelto el 12/08/2021, ha tenido un profundo impacto en el tema que aquí nos ocupa y del cual aún no se pueden medir sus consecuencias concretas en las investigaciones en curso.

En esa ocasión, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut[188] por considerar que: 1) las provincias no tienen la facultad de establecer una causal de extinción de la acción que no esté prevista en el Código Penal. En ese sentido, consideraron que el régimen de la acción penal es parte del derecho de fondo, por lo que las provincias tendrían

"El principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*... Si por analogía se entiende completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del Derecho Penal... Ello obedece a que es necesario extremar los recursos para que solo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez completar los supuestos..."

188. En su redacción anterior: "Artículo. 282. DURACIÓN. La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis meses desde la apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo deberá dictarse el sobreseimiento del imputado, salvo lo dispuesto en el siguiente artículo. No obstante, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez penal que fije un plazo menor cuando no exista razón para la demora. Se resolverá en audiencia oral y pública. Rigen los artículos 16, 102, 113, 114, 144, 148 y 149".
Actualmente está redactado del siguiente modo: "Artículo 282. DURACIÓN. La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis (6) meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo el defensor podrá requerir al Juez que intime al fiscal a que formule la acusación en un término de 10 días [artículo 168 2do. Constitución Provincial]. Vencido el plazo de intimación si el Fiscal no presentó la acusación deberá dictarse el sobreseimiento" (texto según Ley XV N° 15, BO N° 11069 del 21/09/10).

vedada sus facultades de regulación (consid. 2);[189] 2) los institutos de la prescripción de la acción y de plazo razonable se encuentran estrechamente vinculados, de tal suerte que la prescripción ha sido el mecanismo a través del cual la Corte ha hecho efectiva la garantía del plazo razonable (consid. 3);[190] y 3) en definitiva, se descarta la posibilidad de que las legislaturas locales "bajo el pretexto de hacer efectiva una garantía constitucional, [puedan] eludir la distribución de competencias fijada en la propia Constitución Nacional" (consid. 4).

La primera incógnita que genera "Price" es cuál será la postura que adoptará el Tribunal Superior de Justicia frente al pronunciamiento y, por lo mismo, cuál será su impacto en los tribunales inferiores de esta Ciudad. Es difícil establecerlo de antemano pero, a partir del análisis de casos anteriores, intentaremos ensayar una respuesta en torno a cuál podría ser el criterio a seguir en el ámbito porteño.

Tomando en consideración el primer argumento invocado por la Corte Suprema (la acción penal corresponde al ámbito legislativo exclusivo de la Nación), el Tribunal Superior de Justicia de la CABA ha sentado posición al respecto al resolver el caso "Del Tronco",[191] en el que revocó la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la mediación penal, dictada por las tres salas de la Cámara de Apelaciones del fuero, que habían considerado que se trataba de un modo de extinción de la acción penal no regulado expresamente en el Código Penal.

189. Debemos aclarar que esta interpretación es sostenida por la mayoría de los miembros, cada uno por su voto, salvo por el ministro de la Corte Ricardo Lorenzetti, que no comparte ese criterio, aunque llega al mismo resultado, es decir declarar la inconstitucionalidad del artículo 282 del CPP Chubut, por considerar que la regulación no resulta razonable. Ver especialmente el considerando 13.

190. Ídem nota anterior. Lorenzetti considera que los institutos de la prescripción y la garantía de plazo razonable no son equiparables, "sin perjuicio de lo expresado por esta Corte Suprema en diversas oportunidades, en punto a que la prescripción de la acción penal constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (Fallos: 323:982 y 333:1987, entre muchos otros)".

191. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–'" y "Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Del Tronco, Nicolás s/ infr. art. 184 inc. 5 –CP–'", causa Nº 6785-2009, 27/09/2010.

Por el contrario, los jueces del Tribunal Superior consideraron que las causales de extinción de la acción penal no pertenecen al derecho de fondo. Sino que, antes bien:

> … como señala Zaffaroni las disposiciones procesales del Código Penal deben ser entendidas como 'garantías mínimas, propias de un marco que las leyes procesales provinciales pueden superar y perfeccionar'; y que no 'puede explicarse una parcial competencia legislativa federal en materia procesal por la necesidad de dejar a salvo el principio de igualdad a secas [tal como hace la Cámara en autos]… Sin embargo, el criterio de igualdad es atinado, si la legitimidad de la ley marco se funda en la admisión de que las garantías procesales se realizan de modo progresivo y diferenciado en cada legislación y, por tanto, en la necesidad de establecer un criterio mínimo parejo para todo el país' (en *Derecho Penal, parte general*, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, Ediciones Ediar, Bs. As., Argentina, 2000; p. 160).[192]

En esa ocasión, también se dijo que

> Es una noción básica aquella según la cual el federal es un gobierno de poderes enumerados, mientras que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, tienen el poder residual que les aseguran los artículos 121, 124, 126 y 129 de la Constitución Nacional. A la luz de esta regla, para que una ley del Congreso integre la ley suprema de la Nación (en los términos del artículo 31 de la Constitución Nacional), ella debe sustentarse en una atribución que le haya sido conferida a dicho Poder por la Constitución Nacional.
> …si la atribución de legislar acerca del modo de organizar los procesos judiciales en el ámbito local no está expresa o implícitamente atribuida al Congreso o no resulta de la masa de poderes que le han sido conferidos a dicho Poder y de modo privativo, entonces dicha atribución ha sido mantenida por cada estado federado.
> La idea de institutos generales como fundamento de la extensión de competencias federales hasta invadir las locales fue expresamente desechada por la jurisprudencia americana, no por razones de imposibilidad teórica sino porque la teoría, cualquiera fuera su acierto, no puede redistribuir lo que la constitución ya distribuyó (cf. Erie Railroad co. v. Tompkins, 304 U.S. 64, 1938).
> … En ese esquema, el art. 75. inc.12 encuentra sustento en la delegación de los estados locales que atribuyeron la sanción de los códigos de fondo al Congreso Nacional. En tanto esa normativa no incluye los tópicos

192. Del considerando 4 del voto de la jueza Alicia Ruíz.

> propios del derecho público local, la materia procesal para lo que ahora importa, no puede presumirse incluida, por regla, en ese ámbito. En todo caso, los supuestos de excepción requieren compromiso del interés que justifica las responsabilidades atribuidas por la cláusula citada al Congreso Nacional. Ese interés no es otro que encomendar la legislación acerca de los derechos de los habitantes de manera de igualarlos en lo básico en todo el territorio de la Nación.
>
> A su vez, es el propio texto constitucional el que establece que en los supuestos de competencias delegadas al Congreso Nacional pero no ejercidas, los estados locales tienen facultad para regularlas (art. 126 CN).
>
> Ello así, en tanto aceptemos que la inconstitucionalidad de una ley es la *ultima ratio* del sistema y que el legislador se presume coherente, habrá que concluir que la compatibilidad entre los preceptos bajo estudio es la única posible: el Código Penal no trata el modo en que se organiza el proceso judicial en relación con las atribuciones conferidas al Ministerio Público Fiscal.
>
> ... A diferencia de lo que postula la sentencia impugnada, la ley local asume como parte de su competencia la regulación del instituto en cuestión y los jueces están llamados a formular una interpretación que lo concilie con el resto del ordenamiento, tanto local (*v.gr.* artículos 199, 203 y 266 CPPCABA) como nacional (art. 5, 75 inc. 12, 126, 129 de la CN) y no privilegiar una que pone en pugna las disposiciones en juego para neutralizar unas con otras sin demostrar exceso en la regulación procesal bajo estudio. Por su parte, y en coincidencia con ello, la inclusión de supuestos tales como, por ejemplo, los regulados en el artículo 334 ss., artículo 422, 423 y artículo 431 bis del CPPN, muestra que en la visión del propio Congreso Nacional la regulación de institutos que pueden agotar el ejercicio de la acción penal como parte del derecho procesal, constituye una materia ajena a los códigos de fondo y propia de los estados locales sin que tales previsiones supongan afectar el ámbito del artículo 75 inc. 12 de la CN.[193]

En igual medida, el Tribunal Superior se pronunció en el caso "Yulita",[194] en el que estaba en discusión la cuestión relativa a si el desistimiento tácito de la acción (en las procesos que tramitan bajo los parámetros de los delitos de acción privada) podía o no ser regulada

193. Del voto del juez Luis Francisco Lozano.

194. TSJCABA, "IAGO S.A. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Yulita, Hugo Rubén s/ inf. art. 150, violación de domicilio, CP'", causa N° 8718-2012, 20/11/2012.

por la legislatura porteña o si, por el contrario, era un materia reservada a la legislación penal de fondo.

Es destacable que aquí la acción había sido promovida inicialmente por un delito de acción pública, pero que el Representante del MPF había decidido no continuar con la persecución por considerar que no había delito y la querella no había manifestado en el plazo de treinta (30) días (CPPCABA, arts. 269 y 270) su intención de continuar la acción ni tampoco instó el procedimiento.

En definitiva, en esta ocasión el Alto Tribunal porteño reiteró que el desistimiento tácito era un modo de extinción de la acción no reglados en la legislación de fondo, pero que ello no prohibía que no lo pueda hacer el legislador local.

Parece claro, a partir de los argumentos transcriptos, que existen buenas razones para rebatir los argumentos brindados por la Corte en el fallo comentado. Es cierto que el Máximo Tribunal tiene dicho:

> Sería en extremo inconveniente para la comunidad si los precedentes no fueran debidamente considerados y consecuentemente seguidos (cf. Thomas M. Cooley citando al Canciller Kent, Constitutional Limitations, T. I, p. 116). Y aun cuando ello no signifique que la autoridad de los antecedentes sea decisiva en todos los supuestos, ni que pueda en materia constitucional aplicarse el principio de *stare decisis* sin las debidas reservas –conf. Willoughby, On the Constitution, T. I, p. 74–, no es menos cierto que cuando de las modalidades del supuesto a fallarse, no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (conf. doctrina de Fallos: 183:409 citado).[195]

Pero, no es menos cierto que del fallo de la Corte "Price", más allá de los votos concurrentes, no surge un análisis profundo respecto a las cuestiones aquí propuestas.

En consecuencia, creemos que, al menos el Tribunal Superior de la CABA está en condiciones de mantener la validez constitucional del instituto previsto en los artículos 111 y 112 del CPPCABA, proponiendo un análisis diferente, novedoso y sin lugar a dudas más profundo que el que hiciera la mayoría de la Corte en el caso en cuestión.

195. CSJN, Fallos: 337:47.

Sin embargo, como reacción a la doctrina "Price", buena parte de los funcionarios y magistrados (defensores en su gran mayoría) han intentado sortear sus consecuencias, marcando las ingentes diferencias entre la regulación de la Provincia de Chubut y el CPPCABA. A guisa de ejemplo, se ha argumentado que nuestro Código no habilita el dictado del sobreseimiento del acusado ante la inobservancia de los plazos, sino que estipula que el Representante del Ministerio Público Fiscal de la CABA tiene vedado continuar ejerciendo la acción penal, debiendo disponer el archivo de las actuaciones.

Esto no resulta más que un límite que se ha autoimpuesto el Estado local para la investigación de los procesos penales que de su administración de justicia depende. En este sentido, rescatamos unos párrafos del Fallo "Del Tronco" ya citado, en donde se dijo que

> ... mientras que corresponde al legislador nacional establecer el universo de las acciones de instancia pública, es privativo de las jurisdicciones locales regular el modo de organizar los procesos mediante los cuales se resolverán tales acciones. Hay una diferencia entre, por un lado, disponer el inicio "de oficio" de las acciones públicas (art. 71 del CP) y, por otro, resolver qué órgano local será el destinatario de ese mandato o cómo será organizado localmente el impulso del proceso. La primera potestad ha sido ejercida en el ámbito del artículo 75 inciso 12 de la CN, la segunda compete a las autoridades locales a quienes la Constitución Nacional garantiza el derecho a darse sus propias instituciones, entre ellas la administración de justicia (arts. 5 y 129).

El ejercicio por parte del Congreso de la Nación de la facultad de definir el universo de los delitos de acción pública (Título XI, art. 71 del CP) no restringe las potestades locales para regular el modo en que el fiscal impulsa la acción. Establecido que el Código Penal no atribuye el ejercicio de la acción pública a ningún sujeto más que al Estado, la legislación local que regula ese punto está respaldada por el artículo 124 o bien por el 126 de la CN para hacerlo, y esta interpretación no es revisable por jueces federales sin mengua de la reserva del artículo 116, siempre de la CN.

Cuando la constitución local, por medio de la ley local o sin ella, y con los límites que normas locales de esta especie prevean, permite que sea el fiscal el que disponga de la acción penal, está disponiendo

de potestades e intereses que han quedado reservados a los pueblos de cada provincia.[196]

El hecho de que en ciertos casos sean los jueces los que terminen decidiendo el sobreseimiento en el caso concreto al hacer lugar a la excepción de falta de acción, es consecuencia directa de que los acusadores no han cumplido con las cargas que nuestra ley expresamente estipula.

Cabe agregar que cuando son los propios fiscales quienes disponen el cese de la persecución mediante una resolución de archivo merced a los artículos 111 y 112 CPPCBA, no podría alegarse la incompatibilidad constitucional señalada en "Price", pues ese acto no sería más que la aplicación de un "criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes" (CP, art. 59, inc. 5).[197]

Por último, en relación a este punto, aun si aceptamos que la acción penal resulta una cuestión relativa a la Ley de fondo, lo cierto es que el Código Penal, más allá de haber entrado en vigencia en el año 1922 (Ley Nº 11179), no puede ir en contra de lo que establece la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es que si bien el artículo 31 CN establece que "Esta Constitución, *las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso* y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y *las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella*, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales… (el destacado en itálicas nos pertenece), no menos cierto es que el artículo 75, inciso 22, expresamente establece que "… Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes…" y luego enumera, entre esos tratados, a la CADH.

Es decir que, más allá de cómo queramos catalogar a la acción penal, si una regulación procesal penal provincial reglamenta de forma concreta y directa una garantía convencionalmente reconocida (art. 10 CCABA), mal puede la Corte Suprema declararla contraria a las normas supremas. En tal caso, lo que resultaría contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos es el criterio jurisprudencial del Máximo Tribunal, exponiendo a nuestro país a una condena en el ámbito internacional.

196. Del considerando 8, del voto del juez Lozano.

197. En este sentido, ver voto del juez Lorenzetti en el fallo comentado, considerando 13.

Como segundo argumento, la Corte también vinculó el instituto de la prescripción penal con la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. Pero difícilmente se pueda sostener que se encuentran íntimamente relacionados por distintas razones.

En primer lugar, que la "prescripción" no es una garantía constitucional, sino un instituto que en materia penal, según las palabras de la Corte, "encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el 'olvido y el desinterés del castigo' (Fallos: 292:103)".[198] Todo ello, más allá del rol preponderante que en los procesos penales tiene el instituto en cuestión, pero que de ningún modo puede considerarse emparentado con una garantía del tenor de la del plazo razonable.

El instituto de la prescripción no tiene un origen que lo vincule con los intereses del acusado, más allá de que termine siendo su principal beneficiario, ni tiene un vínculo con el respeto a los derechos del imputado. Se ha dicho incansablemente que su fuente está vinculada con que el tiempo borra la alteración producida en la sociedad por el delito y por ello que el castigo pierde su fin ejemplificador y retributivo debido a que la sociedad ya no se ve afectada.

También que si en un lapso suficientemente largo de tiempo el delincuente no cometió nuevos delitos ello significa su regeneración y su pérdida de peligrosidad. Por otra parte, se sostiene la dificultad de conseguir pruebas con el paso del tiempo, que en palabras de Edmond Locard: "el tiempo que pasa, es la verdad que huye".

Por último, también se ha dicho que la negligencia o falta de interés del Estado en la persecución es lo que denota la falta de voluntad punitiva del Estado. Todos estos motivos parecen suficientes para demostrar la falta de vínculo entre el instituto de la prescripción de la acción penal con la garantía constitucional de ser juzgado en un plazo razonable.

Por otra parte, consideramos que la Corte parte de una premisa falsa que es la asimilación del instituto de la prescripción en materia penal con una garantía convencionalmente reconocida, por el solo hecho de que ambos institutos tienen el "tiempo" o los "plazos" como común denominador.

198. CSJN, Fallos: 337:354, "Demaría, Jorge Luis y otros s/ causa 14358", 08/04/2014.

Siempre muy respetuosamente, consideramos que no se están aplicando correctamente los fallos allí señalados. Como ejemplo, de Fallos 330:2344, citado parcialmente por la Corte para justificar la estrecha vinculación existente entre la prescripción y el plazo razonable, omite citar lo que se establece en ese mismo fallo pero párrafos más adelante:

> … tal como se sostuvo al resolver en Fallos: 330:3640, cuando el tiempo empleado por el Estado para dilucidar los hechos investigados resulta incompatible con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el único remedio posible es declarar la insubsistencia de la acción penal por medio de la prescripción, en la medida en que ella constituye la única vía idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar, de tal modo, el derecho federal invocado (ver también Fallos: 300:1102; 306:1705, 1688; 323:982 –esp. voto de los jueces Petracchi y Boggiano– y en CSJ 159/2008 (44-I)/CS1 *in re* "Ibáñez, Ángel Clemente s/ robo calificado por el uso de armas", del 11 de agosto de 2009).

De lo aquí transcripto queda claro que la Corte en ningún momento equiparó a la prescripción con el plazo razonable, sino que explicó que se trataba de "la única vía idónea", es decir el único remedio procesal existente para viabilizar y salvaguardar el derecho federal invocado. Para la Corte en el fallo citado no existiría otro instituto procesal para establecer la violación al plazo razonable, cuestión que a nivel federal podría ser cierto, mas no lo es a nivel local, ya que se encuentra unánimemente aceptado que se debe canalizar a través de una excepción de falta de acción, como en muchos otros procedimientos provinciales.

No desconocemos que aun los grandes procesalistas y estudiosos de la garantía en cuestión, como lo es Daniel Pastor, han postulado que

> … la fórmula que mejor conviene a la naturaleza del impedimento tratado, es la aplicación analógica de los preceptos referidos a la prescripción del hecho, en tanto que, aunque no sean lo mismo, algunos aspectos y sobre todo sus efectos, son similares. Con ello, también, se salva la objeción de la falta de regulación expresa de la cuestión como excepción o artículo de previo pronunciamiento, pues nadie debe dudar del acierto de presentar al cumplimiento del plazo razonable como interpretación analógica *in bonam partem* de la excepción de prescripción del delito.[199]

199. Pastor, Daniel, "Acerca del derecho…", *op. cit.*

En nuestra opinión, este criterio también tiene sus cuestionamientos, porque si bien es cierto que a nivel federal pareciera ser la prescripción el único medio regulado para culminar un proceso cuando se vincula con "la potestad punitiva estatal" y el transcurso del tiempo, haber elegido dicha vía procesal ha generado un sinfín de malas interpretaciones que, a nuestro entender, fueron replicadas en el fallo "Price". Existen otras vías legales para canalizar la vulneración de esta garantía, tal el ejemplo del fallo "Amadeo de Roth", donde el juez Bossert, por su voto, establece que "Esta transgresión constitucional exige, como único remedio posible, declarar la insubsistencia de la acción penal".[200] Es decir que consideró que no correspondía, como lo hicieron el resto de los jueces supremos, declarar la prescripción de la acción penal.

Por último, entendemos que es difícil mantener el argumento vertido por la Corte, en tanto parece realmente difícil pensar que las legislaturas provinciales no pueden regular en sus códigos procesales locales de manera directa una garantía convencionalmente establecida. En honor a la brevedad, nos habremos de remitir a las consideraciones esbozadas en el punto 1) del presente análisis, principalmente respecto al alcance del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

No creemos que ningún constitucionalista acordaría estar en contra de la legitimidad constitucional de cualquier norma provincial que –como las aquí comentadas– son una reglamentación directa a una norma convencional y que, como si fuera poco, también está expresamente consagrada en las constituciones locales.[201]

Para finalizar con el análisis de "Price", justo es destacar que recientemente el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos ha resuelto convalidar la norma del Código Procesal Penal de la Provincia que regula la duración del proceso, de forma similar a como lo hace el CPP Chubut.

El fallo en cuestión resulta por demás interesante porque la norma entrerriana no establece una consecuencia ante el incumplimiento

200. Este criterio había sido sostenido por los jueces Fayt y Bossert, en su voto en disidencia en CSJN, Fallos: 322:360, "Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos – incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal", sentencia del 16/03/1999.

201. Constitución de la Provincia del Chubut, art. 44, párr. 4 y art. 168

de los plazos establecidos.[202] Sin embargo, el Superior Tribunal de esa provincia dijo:

> La desestimación de semejante reclamo defensivo por el Juez de Garantías, bajo el argumento de que los plazos del citado artículo 223 serían solo ordenatorios en razón de no contemplar una sanción en la ley, ratificada por el Tribunal de Apelación y convalidada –tácitamente– por la Casación declarando formalmente inadmisible el recurso de la defensa, pero expresando, a su vez, que no existe posibilidad de modificar lo resuelto en la instancia de apelación, desconocen o tergiversan la clara y explícita norma del artículo 192 del Cód. Proc. Penal, la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos procesales allí establecidas y la esencial naturaleza del proceso acusatorio-adversarial que pone en pie de igualdad a la acusación y a la defensa –principio de igualdad de armas–, sin consagrar excepciones en favor de una u otra parte en relación a los plazos otorgados a cada una para la realización de los actos procesales a sus respectivos cargos y, además, ello importa controvertir la explícita voluntad del legislador plasmada en la letra del citado artículo 223 del Cód. Proc. Penal.
>
> ... Por tanto, siendo los términos procesales perentorios e improrrogables, salvo excepción legal (cfme.: art. 192, CPP) y encontrándonos aquí con una de esas excepciones –posible prórroga–, pero sometida al control de razonabilidad judicial, vencido el término legal fijado para la Investigación Penal Preparatoria, omitida por la fiscalía la fundada solicitud de prórroga y no consentida por la defensa la continuidad de la investigación, inevitablemente pierde el Ministerio Público Fiscal aquella potestad de investigación penal que, con estas limitaciones, le asigna la ley; la circunstancia de que el legislador no haya previsto una específica sanción para el vencimiento del término de la IPP no significa que el mismo sea ordenatorio, lo cual inequívocamente lo elucida el citado artículo 192, ni que carezca de todo sentido el expreso establecimiento normativo de ese término en el artículo 223; además, el mismo Código dispone cómo proceder para que el Ministerio Público Fiscal pueda prorrogarlo y continuar actuando legítimamente, debiendo tenerse muy presente que este tiene como misión promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público; y ejerce la acción penal pública y conduce la investigación con arreglo a los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad, especialidad, oportunidad y, además, unidad de actuación y dependencia jerárquica (cfme.: art. 207, 3er. párr., Const. de E. Ríos), no pudiendo ni

202. Podría equipararse con los arts. 207 y 207 bis del CPPN.

> debiendo apartarse del procedimiento legalmente consagrado, ni el órgano judicial puede convalidarlo, habida cuenta que –como enseña Claus Roxin– cuando las dilaciones superan la medida de lo tolerable, ello debe tener consecuencias procesales (cfme.: aut. cit.; Der. Proc. Penal -Trad.: Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor-, p. 117, Ed. del Puerto, Bs. As., 2000), y en nuestro proceso penal local esa medida de lo tolerable ha sido concretamente fijada con precisión por el legislador; de tal modo, agotado ese plazo, la actividad investigativa de la fiscalía se ve obstruida por un impedimento procesal -Roxin, cit.- y todo acto practicado en tales condiciones deviene inevitablemente inadmisible, desde que se ha llevado a cabo luego de transcurrido el plazo que Klaus Volk denomina "plazo de exclusión" (cfme.: aut. cit.; Curso fundamental de Der. Proc. Penal -Trad.: Alberto Nanzer, Noelia T. Núñez, Daniel R. Pastor y Eugenio Sarrabayrouse-, p. 227, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016), debiendo ser eliminado del proceso.[203]

Por razones de espacio, no habremos de ahondar en el análisis del fallo transcripto, pero no podemos dejar de señalar que solo uno de los tres jueces que intervinieron en el caso hizo mención de la doctrina del fallo "Price". Efectivamente, solo la Dra. Mizawak del Alto Tribunal entrerriano explicó que compartía las consideraciones realizadas por el ministro Lorenzetti y transcribió parcialmente el considerando 13 de su voto en lo que se refiere a la facultad constitucional que poseen las legislaturas locales de regular –dentro del marco autorizado por el principio de oportunidad de la acción penal (CP, art. 59 inc. 5)– un plazo cierto de caducidad para que el acusador público lleve adelante la investigación.

Con todo, si bien del fallo aquí citado no se desprende un rechazo expreso a la doctrina "Price", es innegable que, de los argumentos que allí son expresados, cabe inferir que los magistrados entrerrianos no comparten la opinión del Máximo Tribunal y que, en última instancia, la declaración de inconstitucionalidad de los plazos de investigación es considerada un retroceso en esa provincia, que, por cierto, posee un sistema procesal de avanzada.

Algo similar parece suceder en otras provincias patagónicas, en las que también se alzan voces críticas de la decisión de la Corte y con-

203. STJ de Entre Ríos, Sala I en lo Penal, "Cozzi, Carlos Gabriel s - su denuncia s/impugnación extraordinaria", causa Nº 5125, sentencia del 06/12/2021. Del voto del juez Daniel Omar Carubia.

sideran que no traerá un cambio significativo en la tarea que diariamente allí se viene realizando en pos de implementar un proceso penal ágil y comprometido con el derecho de acceso a la justicia de todos los ciudadanos.[204]

204. Con respecto al nulo impacto del fallo "Price" en el sistema procesal neuquino, ver Lorenzo, Leticia; Balderrama, Juan P., "La resolución del caso 'Price'. Una serie de dudas razonables", en *Una mirada patagónica sobre el plazo razonable. A propósito del fallo "Price" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, p. 87 y ss.

TÍTULO III
Prueba

Capítulo 1
Reglas Generales

Artículo 113. Amplitud probatoria*

Los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba que no resulte contrario a los principios contemplados en este Código.

No regirán las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas.

Artículo 114. Admisibilidad de la prueba

Los elementos de prueba sólo serán admisibles cuando sean obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.

Se podrán limitar los medios de prueba ofrecidos cuando resulten manifiestamente sobreabundantes y prescindir de la prueba cuando sea ofrecida para acreditar un hecho notorio.

Las partes podrán acordar qué circunstancias determinadas, que no integren los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal o sean cuestiones de interés público, no necesitan ser probadas. Ello constará en acta que podrá incorporarse por lectura a cualquier audiencia y al debate a pedido de cualquiera de las partes concurrentes, si hubiera sido firmada por todas ellas y sus defensores.

Reglas generales en materia de prueba. Amplitud y libertad probatoria

La prueba en el proceso penal está destinada a acreditar los hechos y las circunstancias que resulten relevantes para la solución del caso que

* Comentario sobre los artículos 113 a 135 por Miguel Bellocq, Mariano Camblong, Mariano Díaz Bo y Alejandro Gargano.

se presenta. En un sistema acusatorio la actividad probatoria está regida por la voluntad de las partes y su rol activo durante el proceso. Deben proponer las medidas que estimen pertinentes para el momento de establecer el juicio de certeza que requiere toda condena penal.

El Ministerio Público Fiscal es quien tiene a cargo la investigación penal preparatoria (en adelante IPP) y su función es comprobar el hecho típico a través de las diligencias y averiguaciones pertinentes, con la debida intervención de la Defensa y la Querella en los actos formales.

El resto de las partes podrán proponer las diligencias que estimen pertinentes y en caso de que no sean admitidas podrán requerir al auxilio judicial para su diligenciamiento. En este punto, vale aclarar que no es necesario esperar a la audiencia de etapa intermedia, dado que la intervención jurisdiccional en un sistema acusatorio está llamada a resolver en cualquier momento del proceso.

La CAPPJCyF también ha reconocido como propio del sistema adversarial la posibilidad de que las partes produzcan su propia prueba para luego ser presentada en la investigación, ya sea en la audiencia de medidas restrictivas, audiencia intermedia o juicio oral. En este sentido dijo:

> Si bien el director objetivo de la pesquisa resulta ser el Ministerio Público Fiscal (artículos 4, párrafo primero, 5, 91 y concordantes, del CPPCABA), nada obsta a que la parte contra la cual se dirige la imputación estatal pueda, además de proponer la realización de diligencias probatorias, producir y ofrecer la prueba que considere relevante para restarle entidad a la hipótesis acusatoria (artículos 1, 96, 97 y 106 del CPPCABA), bajo el debido contralor del órgano jurisdiccional. En definitiva, ello viene a reforzar la distribución de roles en el proceso penal y simultáneamente el carácter adversarial que cotidianamente se predica respecto de nuestra ley procesal penal.[1]

Este criterio probatorio también fue aplicado para resolver un planteo de nulidad por falta de evacuación de citas. Se entendió que tanto el imputado como el defensor podrán proponer diligencias en el descargo, pero la negativa por parte del Ministerio Público Fiscal no implicará necesariamente la nulidad del requerimiento de elevación a juicio, bajo el mismo fundamento que tienen la posibilidad de pro-

1. CAPPJCyF, Sala II, "O., R. D". causa N° 22719-00-CC-12, 17/04/2013.

ducir su propia prueba o bien solicitarla formalmente en el Juzgado interviniente. La CAPPJCyF fue clara al respecto:

> … se encuentra en cabeza del titular del Ministerio Público analizar la procedencia de la producción de las medidas solicitadas por las partes, a la luz de los criterios enunciados en la citada norma. Por el contrario, no se encuentra obligado a producir la totalidad de las diligencias propuestas por las partes, por lo cual la ausencia de realización de cierta prueba no conduce, por sí sola, a la nulidad del requerimiento de juicio.[2]

En materia penal rige el principio de libertad probatoria siempre que no resulte contraria a las reglas establecidas en la ley procesal, que prevé formalidades específicas para algunos medios de prueba (registros domiciliarios, requisas, intervención telefónica, testigos, peritajes, reconocimientos, etc.), pues no es posible valerse de pruebas obtenidas que afecten garantías constitucionales, ni tampoco las que se produzcan como consecuencia de aquellas.

La CSJN tiene dicho en materia de libertad probatoria que

> El proceso penal tiene por fin inmediato el descubrimiento de la verdad objetiva o histórica, para lo cual rige en forma amplia el conocido principio de libertad probatoria: todo se puede probar y por cualquier medio, excepto las limitaciones del sistema jurídico general. Cualquiera puede ser el medio para demostrar el objeto de prueba, ajustándose al procedimiento probatorio que más se adecue a su naturaleza y extensión.[3]

A modo de ejemplo sobre los distintos medios de prueba para la acreditación del hecho, la CAPPJCyF, al analizar la incorporación de un soporte óptico en DVD con capturas de pantalla y un video al momento de formular la denuncia, aceptó este principio, al sostener que

> Ahora bien, resulta insoslayable a fin de analizar la cuestión, recordar que el artículo 106 [actual 113] del CPPCABA establece el principio de amplitud probatoria, lo que significa que puede aportarse cualquier prueba, siempre y cuando no haya sido adquirida de manera ilegítima, circunstancia que no se observa en el caso.[4]

Ahora bien, cabe preguntarse muy brevemente en qué consiste, qué implica la amplitud probatoria. En la práctica cotidiana, algunos

2. Ibídem, Sala I, "A., A. M.", causa N° 6933-2017-5, 09/10/2020.

3. CSJN, Fallos: 325:3118, "Luque, Guillermo Daniel y otro", 26/11/2002.

4. CAPPJCyF, Sala I, "A., A. M.", causa N° 6933-2017-5, cit.

interpretan que este principio permite que el análisis de lo que debe ingresar como prueba al debate sea nulo o apenas superficial. La idea básica sería que, si la prueba es lícita, debería llegar al juicio.

Con la excusa de la libertad probatoria se evita efectuar un estudio pormenorizado de la evidencia que las partes pretenden producir en juicio. Consideramos que esta postura es equivocada. Si bien es cierto que la letra de la ley actual pareciera respaldarla, creemos –y la realidad de otros sistemas procesales de la región lo confirma– que el examen de admisibilidad de la prueba es fundamental en un proceso penal moderno y adversarial como el que tiene la CABA.

Amplitud probatoria es, por oposición al sistema de prueba tasada que hoy ya no existe en ninguna ley procesal penal del país, brindar la posibilidad de que los hechos puedan probarse a través de múltiples medios y herramientas. Las palabras de un testigo, una nota, un correo electrónico, un video, una fotografía, un audio de *Whatsapp*, etcétera. Pero ello no quiere decir que no deban existir diques de contención a la hora de analizar cuáles de aquellos elementos deben llegar al juicio y cuáles no.

Los ordenamientos procesales penales más modernos, de hecho, se ocupan cada vez más de regular esta etapa del proceso. Remitimos al comentario de dicha etapa del proceso para un mayor desarrollo de lo expuesto.

En definitiva, en un sistema acusatorio tiene vital importancia la producción de prueba por las partes y su debida incorporación al proceso, según los criterios de admisibilidad que se analizan a continuación, en el entendimiento de que la sentencia definitiva o las resoluciones intermedias solo podrán ser fundadas en la prueba recogida durante su desarrollo y que se encuentren sometidas al control de las partes.

Criterios de admisibilidad

La admisibilidad de la prueba debe regirse por su pertinencia (referida al objeto procesal concreto) y relevancia (apta para demostrar lo que se pretende), siempre y cuando fuera obtenida de manera lícita.

Como señala el profesor Claus Roxin, la necesidad de la prueba se vincula directamente con los hechos que deben ser probados, a saber:

1. los hechos directamente importantes, que cuentan todas las circunstancias, que fundamentan por sí mismas la punibilidad o la excluyen;
2. los indicios, que admiten la conclusión de un hecho importante y;
3. hechos que ayudan a la prueba, que admiten una conclusión de la calidad de un medio de prueba.

El sistema procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no prevé reglas de evidencia específicas; por lo tanto, dado que tampoco el valor de la prueba está prefijado y corresponde su valoración a cada Tribunal, no se puede establecer una pauta general abstracta para determinar la cantidad y calidad que puedan ser incorporadas en cada proceso. Sin embargo, sí sería posible desarrollar algunas pautas objetivas que servirían para brindar parámetros de carácter general a los/a jueces/zas y a las partes a la hora de analizar esta cuestión. La regulación actual del CPPCABA es por demás escueta. Y si bien los necesarios criterios de pertinencia y relevancia pueden extraerse de la mención que el legislador hizo de prueba "sobreabundante", una modificación legal sería deseable para introducirlos expresamente y permitir de ese modo un mejor y más pormenorizado análisis de la evidencia admisible para juicio.[5]

Resulta fundamental que en toda petición de prueba se alegue de manera clara y concreta la pertinencia y relevancia de la medida que se solicita, así como también su vinculación con el hecho que se pretende probar. Al tratarse de un sistema oral, acusatorio y contradictorio, la jurisdicción tiene la facultad de preguntar a las partes qué circunstancias pretende acreditar con la prueba solicitada, y ese rol activo del juez en la etapa intermedia es fundamental para poder llevar a cabo la tarea que dicha etapa crucial del proceso demanda.

5. Creemos que ello también redundaría en una mayor producción jurisprudencial sobre el particular, que serviría para brindar pautas más claras en determinadas situaciones que se reiteran en la casuística. Consideramos que un desarrollo más amplio de estos temas por parte de los tribunales contribuirá a mejorar los procesos, permitiendo ahorrar tiempo que muchas veces se gasta en producir prueba irrelevante, repetitiva, impertinente o de hechos que ninguna de las partes cuestiona.

El TSJCABA, en materia probatoria, dejó en claro que

> … el antiguo adagio *'testis unus, testis nullus'*, con arreglo al cual el testimonio de un solo testigo no constituye una prueba suficiente para tener por acreditada la materialidad del hecho o la autoría y participación de un sujeto respecto de ese hecho, no tiene gravitación actualmente en la normativa procesal vigente en la Ciudad, que adopta como reglas generales: i) la 'amplitud probatoria' para demostrar los hechos y circunstancias de relevancia: y ii) el sistema de la 'sana crítica', como método para valorar la prueba producida […]. Como consecuencia, no existe ningún impedimento de naturaleza legal, en la materia, para que la fundamentación de una sentencia de condena se base en el testimonio de un solo testigo, ni una sentencia dictada de este modo es descalificable, sin más, bajo el fundamento de que desconoce los principios constitucionales que en autos se entienden vulnerados, toda vez que no hay regla alguna que imponga una manera determinada de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos probatorios de cargo para dictar un fallo de condena como el que aquí se recurre.[6]

La doctrina emanada por el Máximo Tribunal de la Ciudad deja en claro que no se puede establecer un sistema cerrado en materia probatoria, y deben atenderse las cuestiones a cada caso concreto. Los hechos pueden ser acreditados tanto de manera directa, indicios y demás medios indirectos que ayudan a la calidad de la prueba.

En igual sentido, al analizar un caso de violencia de género la CAPPJCyF, en sintonía con lo resuelto por TSJ en materia de libertad probatoria y valoración conjunta de acuerdo al principio de la sana crítica racional, sostuvo que

> … no puede soslayarse que los artículos 3 y 7, incisos b y d de la Convención Belén do Para, y los artículos 16, inciso i, y 31 de la Ley N° 26.485 de Protección Integral contra las Mujeres imponen respetar la garantía de las víctimas a la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos, así como la evaluación de las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crí-

6. TSJCABA, "Newbery Greve", 11/09/2013. Voto de las juezas Ana María Conde e Inés M. Weinberg.

> tica, considerándose las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.[7]

En cuanto a la pertinencia de la prueba se debe justificar la vinculación con el hecho del proceso. A solo ejemplo, la CAPPJCyF, al analizar la procedencia de un peritaje del aparato telefónico secuestrado en una investigación sobre la posible tenencia de armas de fuego, resolvió que

> … la vinculación se advierte claramente desde el momento en que la medida se presenta como necesaria y útil a los efectos de probar una posible relación entre los imputados. En ese sentido, no parece desacertado indagar sobre la titularidad del teléfono celular incautado y registro de llamados o mensajes, dado que podría surgir información relevante para la averiguación del hecho de la transmisión indebida del arma, por ejemplo, a partir de la existencia de comunicaciones entre los acusados.[8]

Los hechos notorios

Los hechos notorios son aquellos conocidos por todos, referidos a circunstancias naturales (horario nocturno), o acontecimientos históricos (crisis del 2001), que normalmente tiene conocimiento la sociedad en general y que no requieren producir ninguna prueba.

Esta regla probatoria está vinculada directamente con el conocimiento de las personas sensatas en general, o bien de un radio determinado por el lugar donde se juzga (ciudad, provincia, etc.). Por otro lado, el concepto abarca las cuestiones de notoriedad judicial, propias de los jueces en el ámbito de su competencia. Por lo tanto, no necesitan ser probadas y su solicitud debe ser rechazada, a excepción de circunstancias nuevas o no conocidas hasta esa fecha.

La CFCP utilizó el principio de hecho notorio no controvertido que no requiere ser probado al analizar el contexto de la represión ilegal ejecutada en forma generalizada y sistemática en la República Argentina, que a continuación citamos:

> … las reglas prácticas sancionadas por esta Cámara convocan a evitar la reiteración de la tarea de acreditación de hechos notorios no controvertidos

7. CAPPJCyF, Sala I, "A., L. A.", causa N° 9917-2020-0, 13/10/2020.

8. Ibídem, Sala I, "Cáceres, Ariel", causa N°20267-2018-1, 18/12/2018.

> (Ac. C.F.C.P. Nº 1/12, Regla Cuarta). [...] En este sentido, cabe recordar una vez más que los hechos examinados tuvieron lugar en el contexto de una represión ilegal, ejecutada en forma generalizada y sistemática mediante el aprovechamiento clandestino del aparato estatal (cfr. Fallos: 309:33) que –entre otras cosas– tuvo por objeto "capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia..." (Fallos 309:1694, causa nº 13/84). De esta forma, toda vez que es un hecho notorio no controvertido (Ac. C.F.C.P. nº 1/12, Regla Cuarta) que la represión ilegal tuvo por objeto la persecución de estos sujetos, dicha circunstancia permite afirmar la calidad de perseguido político de la víctima pues su detención encontró sustento en esa particularidad.[9]

Acuerdos probatorios

Las partes podrán formular acuerdos probatorios relativos a circunstancias determinadas que no integren requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal o sean cuestiones de interés público, que no necesiten ser probadas. Los acuerdos deberán ser formalizados por acta y podrán ser presentados en cualquier etapa, siempre que hubiesen sido rubricados por las partes y sus defensores.

En la actualidad aún no contamos con una interpretación jurisprudencial desarrollada, pero debe tenerse en cuenta que pueden aplicarse de manera limitada y a una circunstancia específica que pretenda ser probada.

Este tipo de acuerdos se los vincula erróneamente al ingreso por lectura de prueba escrita al debate. Nótese en casos que la defensa no va a discutir la aptitud del arma para el disparo y acuerda con la Fiscalía el ingreso del peritaje en el debate, sin necesidad de contar con el testimonio de quién lo llevo a cabo. Vale aclarar que el espíritu del acuerdo probatorio no está dirigido a estos supuestos, sino directamente a realizar proposiciones de hechos o circunstancias que son acordadas y no requieren la incorporación de ningún elemento de prueba.

Es fundamental el rol activo del juez para generar la posibilidad de que se alcancen estos acuerdos. Muchas veces la inercia lleva a ofrecer y admitir prueba sobre hechos no controvertidos, sucesos sobre los

9. CFCP, Sala IV, "Tomassi, Julio Alberto y otros s/ recurso de casación", causa Nº 15710, 29/08/2013.

que las partes no plantearán distintas visiones, sino que se aceptará como válida una sola. Es allí donde el juez de la IPP debe intervenir para posibilitar estos pactos, que permitirán que el futuro juicio sea más breve y se concentre solo en cuestiones que sí son contradictorias.

Prohibiciones probatorias

Las prohibiciones están relacionadas con la utilización de medios de prueba no permitidos o, en su defecto, su utilización fuera de las normas preestablecidas, y con clara afectación a un derecho constitucional concreto.

La CSJN ha sido categórica en este sentido:

> No es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, principio que no permitiría reconocer en el proceso prueba adquirida en virtud de un allanamiento ilegal, pues ello importaría una violación a las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio, que exigen que todo habitante sea sometido a un juicio en el marco de reglas objetivas que permitan descubrir la verdad, partiendo del estado de inocencia, de modo tal que sólo se reprima a quien sea culpable, es decir a aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente.[10]

Si bien no se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia de manera unánime un sistema de prohibiciones probatorias, podemos destacar que se remiten a cuestiones referidas a la incorporación de hechos que son ajenos al proceso penal, la utilización de medios o métodos prohibidos expresamente y aquellos que requieren la autorización del juez.

La CAPPJCyF, al resolver una acción de revisión en un caso en el que las tareas investigativas se iniciaron a través de un llamado al imputado para detectar las maniobras presuntamente ilícitas para luego sí cumplir con la orden de intervención telefónica emanada por un juez, entendió que

> … si bien no se trata de un supuesto de "falsedad" de la prueba en sentido estricto, lo cierto es que fundar una condena en prueba ilegítima repugna a la idea de justicia del mismo modo que fundarla en prueba falsa. En

10. CSJN, Fallos: 311:2045, "Gordon, Aníbal y otro s/ privación ilegal de la libertad", 04/10/1988.

> razón de lo indicado precedentemente, entonces, se impone hacer lugar a la acción de revisión en función de lo reglado en el artículo 310, inciso 2º del Código Procesal Penal.[11]

Las prohibiciones probatorias y los particulares merecen un apartado especial. Por un lado, se sostiene que las disposiciones procesales solo están dirigidas para los órganos de persecución estatal o los particulares que están actuando como una extensión de estos, a excepción de aquellas que impliquen una violación a los derechos humanos, como puede ser la tortura o incluso una violación a la intimidad de las personas. Por otra parte, se considera que se debe velar por las garantías constitucionales del imputado aun en los casos en que la prueba pueda ser obtenida por particulares. En ambos supuestos se debe analizar en cada caso y su afectación concreta.

En este sentido, la CFCP entendió que

> … las grabaciones efectuadas por particulares, al igual que cualquier otra prueba producida por particulares, no puede considerarse genéricamente ilegítimas o inadmisibles. […] Es conteste la jurisprudencia en cuanto a que el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro. […] La exclusión como prueba de esas conversaciones, sin atender a las singulares características del caso concreto, en el cual un particular pretende corroborar, con los medios que la ciencia y la técnica colocan a su alcance, aquello que puso en conocimiento de la autoridad pública, comporta un exceso en la interpretación que se le asigna a las normas constitucionales que reglan la incorporación de la prueba al proceso.[12]

Capítulo 2
Registro domiciliario y requisa personal

Artículo 115. Causales para el allanamiento

Si hubiera motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al hecho o que allí puede efectuarse la aprehensión del/la imputado/a o de alguna persona requerida o fuere ne-

11. CAPPJCyF, Sala II, "Davoin Corredor, Eduardo Antonio", causa N° 28503-2018-9, 06/07/2021.

12. CFCP, Sala IV, "Skanska S.A. s/recurso de casación", 13/04/2017.

cesario el ingreso para la aplicación de alguna medida precautoria, ante el pedido fundamentado del/la Fiscal, el Tribunal podrá ordenar, por auto, el ingreso y/o el registro de ese lugar. En casos graves y/o urgentes el auto se podrá adelantar por cualquier medio a los autorizados para el registro, con constancia del Secretario/a del Juzgado sobre el modo de comunicación usado y quien fue el receptor.

A tales efectos, el/la Fiscal autorizado por el/la Juez/a podrá disponer de la fuerza pública y proceder personalmente o encomendar la diligencia en el funcionario debidamente individualizado del Ministerio Público Fiscal o de las fuerzas de seguridad que estime pertinente. En este caso la orden deberá realizarse por escrito y contener el lugar, día y hora en que la medida debe efectuarse y el nombre del comisionado. El funcionario actuante labrará un acta conforme lo normado por los artículos 56 y 57 de este Código.

Artículo 116. Horario

Cuando el registro deba efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias cerradas, la diligencia solo podrá realizarse desde que salga hasta que se ponga el sol, salvo cuando el interesado o su representante consienta que se realice en cualquier horario o en casos sumamente graves y/o urgentes. En estos casos la autorización de ingreso nocturno deberá emanar del auto.

Artículo 117. Edificios que no son morada

Lo establecido en el artículo 116 no será aplicable cuando las diligencias deban practicarse en los edificios públicos y oficinas administrativas, los establecimientos de reunión o de recreo, la sede de las asociaciones y cualquier otro lugar cerrado que no esté destinado a habitación o residencia particular. En estos casos deberá darse aviso a las personas a cuyo cargo estuvieren los locales, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación.

Si el lugar fuera sede de la Legislatura o del Congreso Nacional, deberá requerirse la autorización del Presidente de la Legislatura o de la Cámara del Congreso Nacional donde deba practicarse el allanamiento.

Artículo 118. Formas del allanamiento

La orden de allanamiento deberá ser notificada en el momento de realizarse a quien habite o posea el lugar donde deba efectuarse. Cuando esté ausente deberá notificarse al/la encargado/a o, a falta de este/a, a sus familiares o cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar. Se invitará al/la notificado/a a presenciar el registro.

Cuando no se encontrare a nadie, se hará constar en el acta y el registro se llevará a cabo.

Practicado el registro, se consignará en el acta su resultado, con expresión de las circunstancias útiles para la investigación.

El acta deberá ser firmada por los/as concurrentes. Si alguien no lo hiciere, deberá constar el motivo.

Si en el acto del registro se encontraren elementos probatorios no previstos en la orden judicial o rastros de otro delito, se deberá requerir la conformidad judicial para su incautación, sin perjuicio de adoptarse los recaudos pertinentes para preservarlos.

Cuando exista evidente riesgo para la seguridad de los intervinientes en el procedimiento, la autoridad ingresará directamente, dejando constancia de los motivos en el acta bajo consecuencia de nulidad.

Artículo 119. Requisa

Cuando hubiera motivos urgentes o situaciones de flagrancia que hicieran presumir que una persona porta entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo o en el vehículo en que circula, cosas constitutivas de un delito o que pudieran haber sido usadas para cometer un delito, las autoridades de prevención podrán disponer que se efectúen requisas personales. De lo actuado deberán dar inmediata noticia al/la Fiscal, quien lo ratificará o dispondrá la devolución de los efectos incautados.

En el curso de una investigación, en casos urgentes, el/la Fiscal podrá disponer, de manera motivada, la requisa de una persona, de los efectos que portare o de su vehículo, para la obtención de elementos probatorios determinados, dando inmediata noticia de lo dispuesto al/la Juez/a competente.

En estos actos deberá respetarse el pudor de las personas, que serán requisadas por autoridades del mismo sexo. Previamente, se

invitará a las personas a mostrar sus efectos. En caso de negarse se procederá a revisar sus ropas, elementos que porten y vehículos.

De lo actuado se labrará acta y si se encontraren cosas susceptibles de secuestro, a los fines probatorios y/o de comiso, los efectos quedarán a disposición del/la Fiscal. En el acta deberán constar los motivos que justificaron la actuación bajo consecuencia de inadmisibilidad de la prueba obtenida.

Artículo 120. Secuestro y clausura provisional

El/la Fiscal, o el/la Juez/a cuando así lo requiera el cumplimiento de las garantías constitucionales en general o respecto de los elementos mencionados en el artículo 13 inc. 8 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podrá disponer la requisa y/o el secuestro de las cosas relacionadas con el hecho, o aquellas que puedan servir como medios de prueba.

En casos urgentes esta medida podrá ser delegada en las fuerzas de seguridad en la forma prevista para los registros.

El/la Fiscal podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere este artículo, con excepción de los elementos citados en el artículo 13 inc. 8 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cuando para la averiguación de un delito sea indispensable la clausura de un local o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensiones no puedan ser mantenidas en depósito, se procederá a asegurarlas, según las reglas precedentes.

Cuando el secuestro fuera de documentos, equipos de computación u otro soporte informático, deberá guardarse reserva de su contenido con igual alcance que el previsto para la interceptación de correspondencia y comunicaciones.

Artículo 121. Restitución

La persona afectada por la requisa, por el secuestro de bienes o por la clausura, podrá requerir al/la Juez/a que revise la medida. El/la Juez/a convocará a una audiencia con citación del/la Fiscal y resolverá de inmediato. La decisión sólo será susceptible de recurso de reposición, que se substanciará en la audiencia.

Los objetos secuestrados que no sean útiles para la investigación, que no estén sometidos a la medida, entrega a terceros o embargo, tan

pronto como no sean necesarios para el proceso deberán ser restituidos a la persona de cuyo poder se retiraron o a quien acredite su derecho.

Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente en calidad de depósito e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos cada vez que ello le sea requerido.

Allanamiento

Como regla general debemos tener en cuenta que el allanamiento constituye un medio a través del cual el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, como titular de la acción penal, dentro del sistema acusatorio del tipo adversarial, puede alcanzar los objetivos que se encuentran delimitados dentro del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, a través del artículo 115, requiriendo para ello la intervención del juez.

Esta potestad de la acusación que mantiene el Ministerio Público Fiscal no solo se encuentra establecida por la naturaleza del procedimiento acusatorio, incluso a la luz del artículo 13 inc. 11 de la CCABA, sino porque de manera clara el legislador procesal, dentro del cuerpo legal mencionado, establece que, ante el pedido fundamentado del Fiscal, el Tribunal podrá ordenar, por auto, el ingreso y/o el registro de ese lugar sobre el cual se requiere la ejecución del allanamiento.

Por tales razones, debemos descartar la posibilidad de que pueda ser el juez quien vaya a decidir de oficio, sin la excitación previa del Ministerio Público Fiscal a través de un dictamen fundado, un allanamiento en el marco del proceso penal acusatorio del tipo adversarial, como sí podría llegar a admitirse en otros procedimientos de naturaleza mixta-inquisitiva, donde cumple otro rol, bien alejado de ser considerado como un tercero imparcial, pudiendo incluso tomar las riendas en ciertos casos de la investigación, como se evidencia a la luz del artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación.

Bajo tales parámetros, se requiere en primer lugar que exista un dictamen fundamentado del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, el cual será analizado por el juez, quien decidirá si se encuentran dadas las condiciones para darle acogida favorable a su petición.

En ese lineamiento, debe el juez al momento de evaluar la viabilidad de la pretensión extrema que requiere el Ministerio Público Fiscal, tener dimensión de la enorme magnitud que reviste una medida consistente en permitir la intromisión de personas ajenas a un ámbito privado.

Conforme lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional,[13] existe un derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante de nuestra nación, siendo que ello debe contrastarse con el principio establecido en el artículo 19 del mismo cuerpo legal, que determina el resguardo y la garantía de su inviolabilidad, la cual resulta oponible a toda persona ajena al mismo.

Por inviolabilidad del domicilio de una persona debe entenderse que nadie puede ingresar o permanecer en él sin su consentimiento y constituye una manifestación palmaria del derecho a la intimidad que deriva del derecho a la dignidad.

La doctrina le ha asignado un valor amplio al domicilio desde un análisis constitucional, no estando comprendido en él únicamente la vivienda o residencia de una persona, debiendo agregarse el asiento de sus negocios y también una eventual residencia transitoria u ocasional, como ser la habitación de un hotel.[14]

Maier hace referencia a que el derecho a la intimidad es otra de las trabas que soporta la averiguación libre de la verdad histórica, en virtud de las limitaciones constitucionales expresas.[15]

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado en numerosos precedentes que el artículo 18 de la Constitución Nacional ha expresado que en él se consagra el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante, el cual resulta ser correlativo al principio general del artículo 19, en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público. Si bien la Constitución Nacional previó la reglamentación del tema por vía de una ley, son diversas normas especiales las que contienen disposiciones sobre el modo en que puede

13. El art. 18 de la Constitución Nacional declara al domicilio "inviolable, como así también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación".

14. Ekmekdjdian, Miguel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, T. 2, 1994, pp. 345-353.

15. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 1996, T. I, p. 639.

efectuarse el allanamiento en determinadas materias, y en particular es en algunas constituciones y en los códigos de procedimientos locales donde se regulan las excepciones a la inmunidad del domicilio.[16]

En el fallo "Fiorentino" han considerado que la inviolabilidad del domicilio resulta ser una de las garantías más preciadas de la libertad individual, consagrada en los albores del derecho público argentino, siendo que, en el ámbito de la libertad personal, se plasma una importante dimensión de ella, y por lo mismo, la violación del aludido ámbito traería aparejado el menoscabo, cuya realización plena tutela la Constitución Nacional.

En el mismo precedente, la CSJN hace referencia a que este derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ser considerada a la luz del interés social en la averiguación de los delitos y el ejercicio adecuado del poder de policía, puesto que la propia Constitución Nacional así lo establece cuando dentro del artículo 18 pregona que la inviolabilidad del domicilio quedará sujeta a la reglamentación de tal derecho mediante ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento.

Bajo tales parámetros el juez tiene la obligación de realizar un exhaustivo análisis no solo de las condiciones fácticas del caso en particular para verificar el mérito sustantivo existente, sino también las procesales que se encuentran reglamentadas dentro del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, antes de habilitar la ejecución de un allanamiento.

Se ha dicho que a fin de justificar una intromisión a un inmueble a través del allanamiento, se requiere de la colección de elementos suficientes por parte del Ministerio Público Fiscal y que surja una sospecha o probabilidad cierta de que, en su interior, existan ciertos elementos de interés para la misma, sea porque allí se encuentren personas o cosas vinculadas con el objeto de pesquisa.[17]

En vista a ello, debe existir a la luz de las propias constancias causídicas que presenta el caso en particular, en vista a la investigación penal preparatoria que se encuentra en cabeza del Ministerio Público

16. CSJN, Fallos: 306:1752, "Fiorentino", 27/11/1984; Fallos: 330:3801, "Minaglia", 04/09/2007, entre otros.

17. La Rosa, Mariano; Rizzi, Aníbal, *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado,* Editorial HS, 2010, p. 570.

Fiscal, una palmaria demostración de la concurrencia del mérito sustantivo exigible para que se pudiera tornar viable la medida de coerción extrema que pretende aquella parte dentro del sistema acusatorio adversarial que estamos analizando.

No puede perderse de vista que, por tratarse de una norma de excepción a la regla general de inviolabilidad del domicilio, tiene que ser interpretada con un criterio restrictivo.

Además, se advierte como presupuestos legales relevantes a la hora de verificar la viabilidad del allanamiento, cuando:

- Existan motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al hecho.
- Existen motivos para presumir que en determinado lugar puede concretarse la aprehensión del/la imputado/a o de alguna persona requerida.
- Cuando fuere necesario el ingreso para la aplicación de alguna medida precautoria.

Asimismo, como regla general, la resolución que emite el Tribunal para ordenar el ingreso y/o el registro del lugar debe realizarse por auto, el cual en nuestro criterio debe encontrarse fundando y teniendo en miras que con su ejecución se estarían violentando derechos y garantías constitucionales, por lo que resultaría acertado que el requisito se encuentre presente. Esta interpretación también encuentra correlato en la necesidad de que todo acto de gobierno emitido por un estado se encuentre fundamentado y no sea arbitrario.

En el mismo sentido, se ha dicho que

> Desde el punto de vista material resulta necesario que quien tiene la facultad de ordenar el allanamiento, considere, fundadamente, que es probable hallar, en determinado lugar, cosas vinculadas a la investigación del delito (rastros de él); [...] que no es posible el ingreso a cualquier domicilio que la autoridad de aplicación elija, por capricho, pero también por una esperanza leve o irracional de hallar allí un rastro del delito o una persona que se sustrae del procedimiento judicial, sino que, antes bien, deben existir elementos de prueba, indicios al menos, que conduzcan a pensar, racionalmente, que en el lugar van a hallarse esos rastros o que se oculta alguien necesario para el procedimiento penal [...]; y que quien autoriza el ingreso debe explicar, con detalle, cuáles son esos elementos de prueba o cuáles son esos indicios que permiten concluir en la inferencia racional antes expre-

> sada (auto fundado) [...] decisión de un juez, producida por escrito (auto), motivada materialmente por la inferencia racional de hallar en el lugar rastros del delito o de llevar a cabo allí la aprehensión de una persona cuya comparecencia se haya dificultado..., decisión que dé razón suficiente de los motivos que impulsaron la autorización (fundado), motivos que deben permitir justificar racionalmente el allanamiento.[18]

Ahora bien, debemos definir cuáles son los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para considerar un auto fundado.

En primer lugar, es preciso destacar al fallo "Minaglia" de nuestro Máximo Tribunal donde se sostuvo, por mayoría, que la omisión de asentar en la resolución los motivos que justifican la orden de allanamiento constituye, en principio, solo una infracción de tipo administrativa.

Sin embargo, se indicó que la garantía de la inviolabilidad de domicilio se podría ver salvaguardada cuando los fundamentos por los cuales se decide la medida extrema analizada surjan del propio expediente en el marco del cual se dispone la medida.

En otras palabras, lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace referencia es que se cumpliría con el requisito de justificación para que pudiera ser incuestionable la medida desde ese punto de vista, si esos justificativos pueden observarse de la misma causa que diera origen a la medida extrema de allanamiento, sin importar que los fundamentos se asienten en la resolución.

Parte de la doctrina ha sido muy crítica de este precedente, ha sostenido que la postura de la CSJN propicia que las decisiones judiciales se vean contaminadas por el resultado obtenido, en el sentido de que si el allanamiento da un resultado que favorezca a la investigación deberá entenderse que la orden se encontraba fundada en las constancias de la causa, resultando la misma muy inquietante puesto que podría llegar a extenderse a la fundamentación de otras órdenes judiciales destinadas a afectar derechos fundamentales, como las requeridas para las detenciones, requisas personales y escuchas telefónicas.[19]

18. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2011, T. III, pp. 187-188.

19. Rolón, Darío; Zysman Quirós, Diego, "El allanamiento de domicilio y la Corte Suprema. Un estudio a partir de los fallos 'Ventura' y 'Minaglia'", en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2014, T. 4, p. 109.

En otros precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que si los jueces no estuvieran obligados a examinar los argumentos que motivan el pedido de allanamiento y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna para asegurar la inviolabilidad del domicilio.[20]

En el mismo sentido, debemos destacar la postura sustentada por la minoría en el mencionado fallo "Minaglia" antes citado, donde consideraron que la orden de allanamiento, emitida sin expresar fundamentos, no sólo se apartó de lo postulado por las exigencias del código de procedimiento penal, sino que impidió cumplir con otros recaudos legales exigidos tales como exponer los justificativos, describir las cosas que debían secuestrarse, así como la razón para llevarlo a cabo en horas excepcionales.

Ha entendido la doctrina que si analizamos la postura de las tres disidencias de este fallo más lo expresado por los jueces Lorenzetti y Arbibay se puede concluir que la fundamentación de la orden de allanamiento resulta ser una exigencia constitucional, solo que estos últimos encuentran satisfecho ese recaudo cuando los motivos del allanamiento aparecen en algún lado del expediente, sin importar que estén detallados en la resolución judicial.[21]

Entendemos que a la luz de nuestro sistema acusatorio del tipo adversarial que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el Código Procesal Penal vigente que es objeto de comentario a través del presente, se debe trazar un paralelismo entre una orden de allanamiento sin expresar los motivos cuando estos no existen de aquellos casos en los que no se expresan, pero sí los hay.

La forma de determinar objetivamente esta diferencia se encuentra trazada en la determinación de la violación o no, en el caso concreto, de alguna garantía constitucional en el marco del procedimiento.

Sería irrazonable sostener la legalidad de una orden de allanamiento en la cual no se expresan motivos ni tampoco se evidencia mérito suficiente para que ello tenga lugar.

20. CSJN, Fallos: 315:1043, "Torres, Oscar Claudio y Rasuk, Eduardo Marcelo", 19/05/1992.
21. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 5ª ed., 2014, p. 396.

Sin embargo, entendemos que claramente el legislador local ha establecido como requisito formal que el Tribunal, al momento de resolver sobre el pedido articulado por el Ministerio Público Fiscal, debe emitir un auto de estilo, analizando los fundamentos por los cuales el titular de la acción penal pretende que, desde la jurisdicción, se disponga la medida excepcional que estamos analizando.

Al momento de verificar la manera en que un auto se debe realizar, el legislador local ha delimitado en el artículo 48, en cuanto a la motivación, que las decisiones judiciales de los jueces pueden expresarse a través de ese medio, siendo que en el inciso 2 se hace referencia a que el objeto del mismo es resolver incidente o artículo del proceso, para disponer alguna medida que limite o restrinja garantías constitucionales.

Luego, el legislador local ha delimitado que los autos que emiten los jueces, al igual que las sentencias, deben estar firmados y motivados, bajo consecuencia de nulidad.

Tal como lo hemos analizado en el comentario del Libro I, Título V, Capítulo 7, a la luz del principio de conservación y trascendencia de los actos procesales y de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Bianchi",[22] para que prospere la sanción legal de nulidad se debe encontrar acreditada una violación a derechos y garantías del imputado.

Por ese motivo, más allá de la necesidad de que, por regla general, una orden de allanamiento debe encontrarse motivada y los argumentos estar asentados en el instrumento que lo ordena, se debe analizar en cada caso particular si existió o no, con la ejecución del acto procesal atacado, una violación a derechos y garantías constitucionales del imputado.

En otro orden, debemos tener en cuenta que en ciertos casos el legislador ha establecido la posibilidad de que el auto pudiera ser adelantado por cualquier medio a los autorizados para el registro, pudiéndose mencionar a modo de ejemplo el adelanto oral en audiencia prevista conforme el artículo 3 del CPPCABA, ya sea vía telefónica, email o vía mensajería instantánea entre otros.

Los casos en los cuales esa excepción podría llegar a tener lugar los encontramos ante la acreditación de circunstancias graves y/o urgentes, es decir, cuando se requiera una rápida ejecución de la medida,

22. CSJN, Fallos: 325:1404, "Bianchi, Guillermo Oscar s/ defraudación", 27/06/2002.

ante el eventual riesgo de que los fines pretendidos en el mismo pudieran llegar a perder virtualidad, con una demora injustificada a los efectos de aguardar la forma prevista como regla general.

Como requisito formal se requiere que el Secretario/a del Juzgado que emite la medida analizada deje constancia sobre el modo de comunicación usado y quién fue el receptor de la misma, dando fe de la utilización de esta manera excepcional que es escogida, ante la presencia de esos presupuestos legales específicos.

Una vez que el Ministerio Público Fiscal es autorizado por parte del Tribunal para ejecutar el allanamiento, tendrá la potestad de utilizar la fuerza pública y proceder a llevar adelante la medida de manera personal o delegada.

Es decir, que podrá actuar personalmente o encomendar la diligencia en el funcionario debidamente individualizado del Ministerio Público Fiscal o de las fuerzas de seguridad que estime pertinente.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la orden de allanamiento debe realizarse por escrito y contener el lugar, día y hora en que la medida debe efectuarse y el nombre del comisionado, debiendo el funcionario actuante labrar un acta conforme lo normado por los artículos 56 y 57 del CPPCABA.

En cuanto a las causales para que la medida tenga lugar, tal como lo hemos adelantado, se destacan los casos en los cuales existan motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al hecho. Es decir que, a través de la implementación de la medida excepcional analizada, el Ministerio Público Fiscal podría llegar a obtener evidencias para robustecer la plataforma fáctica acusatoria a la luz de la teoría del caso delimitada.

En segundo lugar, el allanamiento se puede disponer cuando existan motivos para presumir que en determinado lugar puede concretarse la aprehensión del/la imputado/a o de alguna persona requerida.

Para esos casos, entendemos que debe existir en forma previa una orden motivada que pudiera sustentar el allanamiento referido bajo la causal mencionada, pudiendo destacarse, a modo de ejemplo, los casos previstos dentro del ordenamiento procesal bajo el artículo 160 (comparendo por la fuerza púbica), artículo 170 (rebeldía), artículo 184 (detención por peligro de fuga o entorpecimiento en el proceso), artículo 226

(aprehensión para asegurar la presencia del imputado en juicio), artículo 233 (aprehensión por fuga del imputado en juicio), entre otros.

Sin embargo, también podría resultar ser admisible la medida para que un testigo sea trasladado por medio de la fuerza pública de acuerdo a lo previsto en el artículo 231 inc. 3 del CPPCABA, debiendo recurrirse a ello como *ultima ratio* y con un criterio sumamente restrictivo, una vez que se hayan agotado otros medios disponibles menos gravosos y evaluada la imperiosa necesidad de que sea necesaria la recepción de su declaración en el marco del contradictorio.

Por último, encontramos los casos en los cuales se torna plausible que el allanamiento se concrete para la aplicación de alguna de las medidas precautorias previstas en el andamiaje procesal, como ser las previstas en los artículos 185, 186 y 187.

Los casos de allanamiento sin orden

En primer lugar, debe resaltarse que el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires no brinda una respuesta explícita a este problema y queda sujeto a interpretación la manera en que el mismo se podría llevar a cabo en la práctica y si puede resultar admisible o no a la luz del sistema de garantías vigentes en el proceso acusatorio del tipo adversarial.

En ese sentido, debemos preguntarnos por qué no están regulados de manera explícita los supuestos de urgencia como sí sucede con otros códigos de forma, como ser el del Código Procesal Penal de la Nación y el Federal y varias de las provincias de nuestro país.

Como una primera respuesta a este interrogante se podría llegar a sostener un error del legislador en la redacción del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, al no incluir un instituto tan importante como el que estamos analizando en el marco del presente.

Como segunda respuesta podemos encontrar a la necesidad de marcar una línea concreta en cuanto a que el allanamiento siempre deba ser autorizado por la autoridad jurisdiccional, máxime cuando el mismo puede obtenerse de manera inmediata a través de cualquier medio, incluso telefónico, debido a la posibilidad explícita regulada en el artículo 115 del cuerpo procesal local.

En ese sentido, debemos tener presente que dentro del artículo 13 inciso 8 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[23] se establece que el allanamiento solo puede ser ordenado por el juez competente. De esta manera, podemos observar cómo en aquella normativa se protege de manera más amplia estos derechos, en comparación con lo establecido en la Constitución Nacional.

En ese marco, debemos analizar los casos en los cuales el personal de las fuerzas de seguridad ingresa a un domicilio, habiendo circunstancias que ameriten hacerlo sin una orden judicial, una vez que la persona que detenta el derecho de exclusión lo autoriza. Para ello, desarrollaremos los parámetros que la jurisprudencia tuvo en cuenta al momento de analizar esta cuestión.

En primer lugar, debemos citar el fallo "Charles Hnos.",[24] donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó un procedimiento realizado por la autoridad aduanera, sin orden judicial, donde se secuestraron documentos privados en varios domicilios.

En aquel precedente la Corte entendió que, si esos documentos fueron el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, más allá del propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa, la ley –en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales– los declara inadmisibles.

En otro orden, debemos recordar una vez más el ya mencionado precedente "Fiorentino"[25] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco del cual se consideró que no se habían configurado ninguna de las circunstancias extraordinarias que podrían haber habilitado la realización de un allanamiento sin orden judicial y no había existido un consentimiento válido por parte del imputado que podría haber permitido el ingreso de los funcionarios policiales al domicilio.

Consideraron que el permiso que podría haber otorgado el imputado para que las fuerzas de seguridad ingresaran a su domicilio, sin una orden de allanamiento emitida por un juez competente, carecía de efectos legales porque había sido aprehendido e interrogado sorpresivamente.

---

23. CNCABA, art. 13 inc. 8: El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente".

24. CSJN, Fallos: 46:36, "Charles hermanos y otros", 05/09/1891.

25. CSJN, Fallos: 306:1752, "Fiorentino", 27/11/1984.

Asimismo, entendieron que no resultaba admisible considerar que puede existir un supuesto de consentimiento tácito ante la ausencia de una oposición expresa del imputado al allanamiento, cuando ya se había consumado el ingreso de los extraños en la vivienda.

En el mismo sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "D'Acosta",[26] donde se destacó que un allanamiento no constituye un acto en virtud del cual el juez le otorga un cheque en blanco al personal policial, para que lo ejecute cuando quieran y de la manera que consideren pertinente.

Contrariamente a ello, se trata de un acto procesal que se agota con el cumplimiento de la orden y que no habilita nuevos ingresos, por lo que necesariamente un allanamiento ejecutado en forma posterior sin orden judicial no resultaba válido.

La doctrina ha entendido que si la policía ya ha encontrado las cosas que eran objeto del allanamiento o si busca en lugares donde no resultaba posible que los mismos se pudieran encontrar, todo lo que sigue a partir de allí resulta ser un ataque a la privacidad, no siendo la orden judicial una autorización abierta para que las fuerzas de seguridad la completen a discreción.[27]

No podemos dejar de mencionar el fallo "Rayford",[28] en donde se asentó la misma postura, agregando una particularidad relacionada con que el imputado, al ser extranjero, sin conocer cabalmente el idioma castellano y ante la falta de asistencia de un intérprete en el momento, resultaba dudoso que pudiera haber entendido de manera certera los alcances del procedimiento que se estaba realizando y la posibilidad cierta de oponerse a la ejecución de un allanamiento sin orden judicial.

Frente a tales presupuestos, la Corte entendió que la mera ausencia de reparos por parte del imputado no puede equipararse razonablemente a una autorización válida.

En el mismo sentido se expidió nuestro Máximo Tribunal en el fallo "Cichero",[29] donde se había expresado un consentimiento para que el personal acceda a un domicilio y ejecute un allanamiento sin orden emitida por autoridad competente.

26. CSJN, Fallos: 310:85, "D'Acosta, Miguel Ángel", 09/01/1987.

27. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales…*, *op. cit.*, 5ª ed., 2014, p. 402.

28. CSJN, Fallos: 308:733, "Rayford, Reginald", 13/05/1986.

29. CSJN, Fallos: 307:440, "Cichero", 09/04/1985.

En ese precedente entendieron que la mera ausencia de reparos por parte de quien tiene derecho de exclusión nunca podría resultar equiparable a una autorización válida para el ingreso al domicilio, cuando no ha existido una orden emitida por autoridad competente. Cabe destacar que el procedimiento llevado a cabo por el personal policial había sido ejecutado por la noche y tuvo en cuenta esa particularidad al momento de resolver, destacando que no se podía pretender bajo tales circunstancias una actitud de resistencia porque ello no resultaba ser exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas.

En el fallo "Vega"[30] la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirma el criterio expuesto en "Rayford" respecto a las expresiones del imputado que deben tomarse en cuenta para entender que existió un consentimiento válido para autorizar un allanamiento sin orden judicial.

En ese sentido, consideraron que el supuesto consentimiento que habría prestado el padre del imputado no surgía de las actuaciones policiales agregadas al expediente, ni tampoco de la necesaria ratificación judicial de los dichos del titular del derecho de exclusión.

Asimismo, destacaron que tampoco se había indagado a los testigos y al propio imputado, respecto de las circunstancias en que su padre había permitido el ingreso al personal policial para ejecutar un allanamiento sin orden judicial, reiterando las consideraciones efectuadas en los casos "Fiorentino", "Cichero" y "Rayford", en el sentido de que el consentimiento siempre debe encontrarse expresado de manera que no exista ninguna duda en cuanto a que el mismo fue exteriorizado en plena libertad de la persona que realiza la autorización, no pudiendo descartarse una circunstancia de coerción que impide considerar ese consentimiento como una decisión libre y espontánea.

Por otro lado, debemos mencionar al fallo "Fiscal c/ Fernández",[31] donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación nuevamente se expide en relación a un allanamiento ejecutado por personal policial, pero sin que existiera una orden judicial emanada por autoridad competente, aunque ahora apartándose de la doctrina sentada por el fallo "Fiorentino".

30. CSJN, Fallos: 316:2464, "Vega, Fabián Alberto", 26/10/1993.

31. CSJN, Fallos: 313:1305, "Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771", 11/12/1990.

En dicho precedente la mayoría entendió que con el procedimiento policial que se llevó a cabo en ese caso no se afectó la garantía de la inviolabilidad del domicilio, puesto que el ingreso al domicilio sin orden se pudo concretar gracias a las amistades de los imputados, por lo que no existió un engaño que viciara la voluntad del imputado. Bajo esas circunstancias, se consideró que no existió una interferencia ilegítima del Estado y que, si estaba probado que el imputado y titular del derecho de exclusión permitió el acceso a su domicilio, sin indagar los motivos del acompañamiento, no puede ser posteriormente amparado por la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Asimismo, descartaron toda posibilidad de entender que el personal policial haya tenido una actitud creadora del crimen, admitiendo la posibilidad de que, ante ciertas circunstancias, la figura del agente encubierto puede resultar admisible, destacando que no hubo engaño alguno por parte del personal policial que pudiera haber viciado la voluntad del imputado, ya que no existió ni maquinación, ocultamiento ni fraude para acceder a la vivienda del imputado.

No podemos dejar de mencionar nuevamente al fallo "Minaglia", donde se sostuvo que las manifestaciones que una persona detenida efectúa ante la autoridad policial, dadas ciertas circunstancias y con un alcance acotado, podrían llegar a resultar válidas, postura que fue sustentada en el fallo "Cabral"[32] y luego confirmada en los fallos "Jofré"[33] y "Schettini",[34] siendo que en aquellos precedentes, para que el mismo pudiera tornarse inválido, debe acreditarse que dicha manifestación ha sido desarrollada mediante coacción.

Por otro lado, debemos mencionar el fallo "Ventura",[35] donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó la ejecución de un procedimiento realizado por la Administración Nacional de Aduanas sin contar con una orden de allanamiento emitida por la autoridad competente.

Para ello, se tuvo en cuenta que en el lugar donde se asentó la expresión del consentimiento para el ingreso al domicilio no se de-

32. CSJN, Fallos: 315:2505, "Cabral, Agustín", 14/10/1992.

33. CSJN, Fallos: 317:241, "Jofré, Hilda Nélida y otra", 24/03/1994.

34. CSJN, Fallos: 317:956, "Schettini, Alfredo y otro", 13/09/1994.

35. CSJN, Fallos, 328:149, "Ventura, Vicente Salvador", 22/02/2005, votos de los Dres. Petracchi, Fayt, Maqueda y Zaffaroni y la Dra. Highton de Nolasco. El Dr. Belluscio votó en disidencia. El Dr. Lorenzetti y la Dra. Argibay no votaron.

tallaron los motivos ni la explicación que se le dio a la persona que lo realizó, siendo que el allanamiento se apartó claramente de la ley reglamentaria del artículo 18 de la Constitución Nacional, quebrantando de ese modo la garantía constitucional protectora del domicilio.

En este precedente, con una nueva conformación de sus miembros, la Corte Suprema de Justicia de la Nación comienza a fijar un criterio más restrictivo ante la situación del consentimiento que debería existir para admitir un allanamiento sin orden judicial.

De este fallo se puede colegir la importancia que se le debe otorgar a ese consentimiento, lo cual genera la necesidad de que las fuerzas de seguridad expliquen bien, dentro de las actuaciones labradas en el marco del procedimiento, cuáles fueron los motivos concretos que los llevaron a ejecutar una irrupción sin orden judicial y las consecuencias del acto, de manera que resulte claro para el interesado saber qué está consintiendo.

Gran parte de la doctrina ha compartido la postura sustentada en este fallo en virtud del cual, bajo ciertas condiciones, el consentimiento del titular de un domicilio para su registro por la policía puede resultar válido, siempre que no haya mediado error, dolo, violencia, intimidación o simulación.[36]

Han entendido que se debe realizar un examen conjunto de todas las circunstancias de hecho, para no delimitar una regla abstracta que rechace supuestos de validez, debiendo el consentimiento ser siempre expreso, previo al ingreso y comprobable.

En otro orden, pasaremos a desarrollar algunos precedentes en el marco de los cuales, a nivel local, se ha analizado la posibilidad de que se implemente un allanamiento sin orden.

En primer lugar, destacamos la postura sustentada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas[37] en el marco del cual se tuvo en especial consideración que el personal policial, en forma previa a concretar el allanamiento sin orden, se encontraba en persecución de una persona que habría arro-

36. Daray, Roberto, "Del consentimiento al registro domiciliario por la policía y de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, N° 2007, Vol. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 79.

37. CAPPJCyF, Sala I, "Mamani Mamani, Ariel Arnaldo s/ 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción", causa Nº 44171/2019, 01/11/2019.

jado una bolsa con sustancia estupefaciente y huido, ingresando a un inmueble cuya puerta de entrada estaba abierta.

En ese marco, consideraron que si bien, como regla general, para efectuar un allanamiento se necesita una orden del Juez, existen circunstancias que autorizan a prescindir de ella cuando hubiera motivos de urgencia, destacándose las funciones policiales establecidas en los artículos 77 inc. 3, 87 y 89 CPPCABA, por lo que dentro de las facultades de prevención se encuentra la actuación en los casos de urgencia y ante un delito en flagrancia, a fin de impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores e individualizar a los culpables, como así también el deber de concretar su aprehensión.

Por otro lado, analizaron a la luz de las circunstancias particulares del caso, la posibilidad de que el personal policial pudiera haber llegado a requerir la orden judicial o si la demora en esperar a que ello se concrete, podría haber puesto en jaque las facultades antes detalladas en el ejercicio de sus funciones específicas.

En otro precedente la misma sala sostuvo que para considerarse válido el consentimiento debe haber sido expresado en forma expresa por quien tenga derecho de exclusión, sabiendo las consecuencias que se podrían llegar a generar con la irrupción, debiéndose hacerle saber previamente que puede negarse a prestarlo.[38]

Por otro lado, destacaremos un fallo dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas[39] en el marco del cual se analizó la legitimidad de un allanamiento ejecutado por el personal policial sin que exista orden judicial, haciendo referencia a las facultades autónomas en casos urgentes conforme el artículo 87 del CPPCABA, ante un suceso en el marco del cual se produce la irrupción por un llamado al 911 en el marco del cual la víctima anunciaba que el imputado la amenazaba con quitarse la vida mediante la utilización de un arma de fuego, prestando ella su consentimiento para el ingreso.

Al momento de resolver y avalar la legalidad del procedimiento desplegado por la Policía de la Ciudad, tuvieron en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto que justificaron de manera

38. Ibídem, Sala I, "T., J. R s/ 92 CP", causa Nº 12014/2020-1, 28/12/2020.

39. Ibídem, Sala II, "Bermúdez, Javier y otros s/ art. 189 bis, CP", causa Nº 17562/2020-0, 26/03/2021.

razonable el ingreso a la morada, requisa y detención del imputado, sustentando la decisión en los artículos 85 y 87 del CPPCABA, y en particular la Ley N° 5688 –Sistema Integral de Seguridad Pública de la CABA– que en el artículo 94 prevé la posibilidad de una irrupción sin orden del juez ante situaciones urgentes que pudieran atentar contra la seguridad de las personas, debiendo realizarse una valoración *ex ante* de que se produzca un determinado acontecimiento.

Por otro lado, hicieron referencia a que en el marco del procedimiento, el personal policial realizó una consulta con el Ministerio Público Fiscal desde donde se ordenó, entre otras medidas, la detención del imputado y destacaron que el ingreso al domicilio se produjo por propia invitación de la ocupante.

En igual sentido, se ha entendido que la justificación para la legitimación de un allanamiento sin orden judicial puede encontrarse tanto en el artículo 152 del Código Penal como el artículo 94 de la Ley N° 5688 anteriormente mencionada.[40]

En otro precedente la misma sala validó un procedimiento policial en el marco del cual se ejecutó un allanamiento sin orden, ante una situación de urgencia que lo ameritaba, en virtud de las facultades establecidas en los actuales artículos 84, 92 y 164 del CPPCABA, y artículos 86, 108 y 152 de la Ley N° 5688.[41]

Para ello tuvieron en cuenta que de las circunstancias particulares del caso, desde una perspectiva *ex ante* a la ocurrencia de los hechos,[42] el personal policial que ejecutó el allanamiento sin orden realizaba una persecución a pie respecto del imputado, quien al momento del ingreso al domicilio extrajo de entre sus ropas un arma de fuego.

En el marco de otro precedente, la misma sala validó una irrupción policial sin orden, y destacó la existencia de una sospecha previa. Las personas que se encontraban en el domicilio allanado, desarrolla-

40. Beguelin, José; Días, Leandro, "Comentario a artículos 86 a 90", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: análisis doctrinal y jurisprudencia*, Ed. Hammurabi, 2017, T. 1, p. 334.

41. CAPPJCyF, Sala II, "Chumba, Walter Manuel s/ art. 189 bis, CP", causa Nº 44613/2018, 27/08/2019.

42. Ibídem, Sala II, "Ojeda, Oscar s/ art. 189 bis, CP", causa Nº 1719-01-CC/15, 20/04/2015.

ban maniobras compatibles con el comercio de estupefacientes[43] y que podrían llegar a deshacerse de la prueba de los hechos. Por esta circunstancia particular, se tuvo por justificado el ingreso a la morada y la posterior requisa de quienes se encontraban en el interior de la finca ante un caso de urgencia y flagrancia.[44]

Resulta elocuente traer a colación otro precedente que dictó la misma sala en el marco del cual se revocó la nulidad decidida en primera instancia. Se analizó el tipo de actividad que se desarollaba en el lugar donde se realizó el procedimiento y el alcance del consentimiento brindado por las personas que estaban dentro del mismo.[45]

Se tuvo en cuenta que el Ministerio Público Fiscal demostró que donde se realizó el procedimiento se desplegaba una actividad comercial ilícita, razón por la cual la misma se encontraba alcanzada por el poder de policía de la administración, en cumplimiento de sus facultades específicas y con el auxilio de las fuerzas de seguridad, las cuales habían intervenido por orden de la fiscalía en el marco de las atribuciones que le confiere la Ley N° 5688, por lo tanto no se acreditó un consentimiento viciado para poder realizar la inspección.

Por otro lado, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas[46] entendió que en ciertos casos urgentes se puede habilitar el ingreso de las fuerzas de seguridad a una morada sin orden judicial, citando los artículos 94 de la Ley N° 5688 y 152 del CP.

Se destaca el voto minoritario del Dr. Sergio Delgado de esa misma sala quien consideró que el artículo 112 del CPPCABA –artículo 119 en la redacción actualizada de la norma– autoriza a las autoridades de prevención a disponer que se efectúen requisas personales, cuando hubiere situaciones de flagrancia que hicieren presumir que una persona porta entre sus efectos personales cosas constitutivas de un delito o que pudieran haber sido usadas para cometer un delito, no

43. Ley N° 23737, art. 5, inc. c: "Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte".

44. CAPPJCyF, Sala II, "Villa Alemán, Carlos s/ art. 5C, Ley 23737", causa Nº 19741/2019-2, 25/06/2019.

45. Ibídem, "Responsable Página Web El Mundo de las Aves s/ art. 128 CC", causa Nº 2582/2021, 06/09/2021.

46. Ibídem, Sala III, "A., E. P. s/ art. 5C, Ley 23737", causa Nº 26623/19, 18/07/2019.

siendo ello aplicable para el registro de moradas o lugares, para los cuales siempre se exige una previa orden judicial.

Asimismo, entendió que la facultad policial de detener y requisar sin orden judicial no se puede invocar para justificar un allanamiento sin orden judicial si la conducta previa del imputado no ha exhibido una situación de flagrancia, si nada se ha dicho sobre la urgencia, y menos aún si la verificación de la presunta comisión de un delito ha sido posterior a la detención o requisa.

Aunado a ello, tuvo en consideración que en ese caso en particular no hubo una situación tal que pudiera poner en peligro a las personas involucradas de modo tal que no fue posible requerir a la autoridad competente la emisión de la orden de allanamiento.

La misma postura sostuvo la misma Sala III en otro precedente donde por mayoría se declaró la invalidez de un allanamiento sin orden ejecutado por personal policial.[47]

En primer lugar, sostuvo la Dra. Silvina Manes que las fuerzas de seguridad ingresaron a la habitación del imputado sin que exista una situación de flagrancia o urgencia que lo justifique, e incluso mediando un consentimiento inválido de una persona que no tenía el derecho de exclusión, violentándose las garantías constitucionales que afectan el debido proceso adjetivo.

En igual sentido, se pronunció el Dr. Sergio Delgado al entender que no existió una situación de urgencia ni necesidad de socorro inmediato alguno ya que el personal policial había controlado al imputado en la vía pública, por lo que no se advertían justificativos para ejecutar un allanamiento sin requerir la obligatoria orden judicial, la cual podía ser adelantada por el Juez incluso de manera telefónica.

Por último, la Cámara Nacional de Casación Penal sentó precedente en una causa donde se validó un allanamiento ejecutado por personal policial que se encontraba en el lugar donde previamente se había denunciado el aterrizaje de una avioneta, lugar donde se pudo advertir la existencia de huellas de un vehículo que indicó el camino

47. CAPPJCyF, Sala III, "Encina, Enrique Sebastián s/ art. 189 bis, CP", causa Nº 12796/15, 09/05/2016.

hacia el interior del predio campestre, lo cual hizo presumir un posible ingreso de sustancias estupefacientes.[48]

Asimismo, se tuvo en consideración que no era la primera vez que la fuerza policial tomaba conocimiento del descenso de aviones en la zona y que el lugar se encontraba a más de 200 kilómetros del Juzgado Federal competente, y en una zona donde no había energía eléctrica, conexiones de internet, ni señal de telefonía celular, por lo que existían motivos de suma urgencia que justificaron el accionar policial.

En conclusión, consideramos que se debe analizar en el caso concreto, a la luz del sistema de garantías[49] que caracteriza nuestro sistema acusatorio adversarial, si el consentimiento dado para que el personal policial ingrese a un domicilio puede resultar válido, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que se presentan y el derecho de exclusión que pudiera llegar a detentar la persona que lo ejercita.[50]

El consentimiento no se debe presumir, sino que se debe encontrar presente en las actuaciones de forma expresa, siendo que la persona que tiene el derecho de exclusión, debe conocer en forma previa los derechos, las facultades y las consecuencias del acto que se está por llevar a cabo cuando las fuerzas de seguridad intentan irrumpir en determinada situación.

Si bien compartimos que como regla general siempre debe existir una orden de allanamiento emanada por el Juez, lo cierto es que podrían llegar a existir circunstancias de urgencia que deban ser anali-

48. CNCP, Sala III, "Mansilla, Gabriel A. s/recurso de casación", causa Nº 13132, 02/08/2011.

49. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, 2017, T. III, p. 238. Tal como lo afirma el autor, hablamos de un sistema de garantías como un todo que se estructura en un conjunto sistemático de formas al servicio de otro conjunto de principios, una forma de entender el proceso penal orientada a la contención de la violencia y arbitrariedad del poder penal, el cual tiende a la seguridad jurídica.

50. Zysman Quirós, Diego, "La garantía de la inviolabilidad del domicilio: Fundamentación de la orden de allanamiento y validez del consentimiento en la historia de nuestra Corte Suprema federal", en Plazas, Florencia; Hazan, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2014, p. 108. Sostiene la doctrina que no existe una definición jurisprudencial de quiénes son las personas que pueden prestar válidamente y en qué condiciones deben encontrarse para hacerlo, cuál es el efecto de un error de apreciación sobre esta titularidad por parte de los órganos estatales, cuáles son las posibilidades de restringir o revocar este consentimiento durante el acto y hasta qué punto no resulta relevante la asistencia previa de un letrado.

zadas a la luz de los artículos 84 inc. 3, 93 y 95 del CPPCABA, como así también las facultades y obligaciones del personal policial establecidas en la Ley N° 5688.

Allí se encuentran regulados diferentes supuestos que habilitan el accionar del personal de las fuerzas de seguridad, cuyo incumplimiento incluso podría llegar a generar algún tipo de consecuencia jurídica y/o administrativa a su respecto.

Bajo este marco se deben analizar las circunstancias fácticas particulares que se presentaban *ex ante* a la irrupción a fin de ponderar si el personal de las fuerzas de seguridad actuó dentro de sus facultades y bajo circunstancias urgentes que justifiquen la excepción a la regla antes establecida, o si, contrariamente a ello, su accionar implicó una violación a las garantías constitucionales del imputado.

Asimismo, se debe tener en consideración si en ese marco, la demora que pudiera haber llevado requerir la orden judicial, aún de manera telefónica en tiempos donde la comunicación con la autoridad competente resulta muy factible, podría haber frustrado el accionar del personal policial en el ejercicio de las funciones específicas.

Por todo ello, deviene imprescindible la realización de un test constitucional y convencional de la situación que se plantea en el caso concreto, verificando incluso si resulta plausible la exclusión formal del proceso de las evidencias recolectadas en violación a las garantías constitucionales antes analizadas.

Entendemos que los derechos y garantías fundamentales constituyen una barrera infranqueable para la investigación penal, por lo que toda actuación de las fuerzas de seguridad, debe enmarcarse dentro de estos límites que son la columna vertebral de todo el Estado de Derecho.

Será tarea del juez de garantías, en el marco del sistema acusatorio del tipo adversarial que caracteriza el Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, el encargado de verificar y salvaguardar en cada caso las garantías individuales de las personas sometidas al proceso frente a cualquier avasallamiento que pudiera concretarse.

Aplicación de la doctrina *Plain view*

Esta doctrina encuentra origen en algunos casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos: "Harris v. United State"[51] o "Horton v. California".[52]

En aplicación de esta doctrina, lo primero que se debe analizar es si la irrupción por parte del personal resulta legítima, es decir, si fue dispuesta por la autoridad competente, o bien si estamos en presencia de alguna de las situaciones extraordinarias que fueron antes analizadas.

Asimismo, se debe tener en consideración cuál es el objeto del allanamiento, para delimitar las cosas que se encontraban autorizadas a secuestrar en el marco del procedimiento.

Resulta de vital importancia determinar si esos elementos a secuestrar que están fuera del objeto del allanamiento pueden ser observados a través de los sentidos por parte del personal policial –*vista, olfato, sonido o tacto*– y estos fueran evidentemente reveladores de una actividad ilícita o vinculada con la comisión de otro delito.

Es decir, hablamos de situaciones en las cuales, en el marco de un allanamiento, las fuerzas de seguridad se encuentran de manera inadvertida con cosas o elementos que dan cuenta de la posible comisión de un delito, por lo que resulta necesario analizar en cada caso particular, a la luz de las circunstancias que se presentan en ese momento, si resulta razonable considerar autorizado el secuestro de los mismos.

Para ello se debe observar las particulares circunstancias que rodean el procedimiento, el objeto del allanamiento y donde esos elementos ajenos se encontraban.

---

51. Carrique, Agustín, "El allanamiento de domicilio", en Ordóñez, Pablo (dir.), *Medios de prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, T. 3, 2019, p. 61. Debe entenderse a la luz de este fallo que los objetos que sean hallados a plena vista por un oficial que se encuentra facultado para encontrarse en determinado lugar –en el caso una tarjeta hallada en el interior de un vehículo que había sido secuestrado en el marco de una investigación por robo– pueden ser válidamente incautados e introducidos como prueba en el proceso.

52. Debe entenderse a la luz de este fallo que la Cuarta Enmienda no prohíbe el secuestro de evidencia sin orden judicial específica cuando esta es hallada a simple vista, incluso, cuando el hallazgo de esa evidencia fuera conocida de antemano, es decir, no fuera novedosa. Si bien la sorpresa es una característica de la mayoría de los secuestros a simple vista, no es una condición necesaria para su legitimidad.

En virtud de ello, si lo que se pretendía encontrar en el procedimiento bajo la orden dictada por la autoridad judicial eran computadoras, difícilmente vaya a poder considerarse razonable que las fuerzas de prevención encuentren elementos constitutivos de delito, bajo la tutela de esta doctrina, dentro de un bolsillo de una camisa que estaba colgada en un placard del imputado.

La doctrina sostiene que resulta relevante analizar si el hallazgo novedoso se verifica en el lugar donde la búsqueda es razonable de acuerdo al objeto de una orden o, por el contrario, en aquel lugar donde la lógica y el sentido común desaconsejan su inspección, siendo que el test de razonabilidad deviene a todas luces clave a la hora de determinar si la pesquisa excede su objeto y, por lo tanto, significa una vulneración no permitida en el derecho a la intimidad.[53]

En esa misma línea sostiene que debe tratarse de un caso donde de manera genuina la fuerza de seguridad se topa con algo distinto de lo que fue a buscar, razón por la cual resulta vital tener en cuenta la importancia de la fundamentación de la orden emitida por el juez al momento de dictar el allanamiento.[54]

Conforme lo establecido en el artículo 118 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, si en el marco de un allanamiento, el personal que ejecuta la orden se encuentra con elementos no previstos dentro de la orden judicial o rastros de otro delito, se deberá requerir la conformidad judicial para su incautación.

En ese sentido, se ha dicho que no se está frente a un caso de *plain view* o de "hallazgo simple vista" que podría excusar el hallazgo de un elemento que forme parte de un delito, sin contar con la correspondiente orden de búsqueda del mismo, cuando el arma secuestrada fue hallada dentro del armario de una habitación cuyo acceso al mismo fue llevado a cabo en franca violación a la Constitución Nacional y a la Constitución local.[55]

En otro precedente se ha sostenido que la doctrina del *plain view* resulta aplicable cuando en el marco de una medida de prueba legítima, como podría llegar a ser un allanamiento, los funcionarios que

53. Carrique, Agustín, "El allanamiento de domicilio", en Ordóñez, Pablo (dir.), *Medios de prueba…*, *op. cit.*, p. 60.

54. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales…*, *op. cit.*, 5ª ed., 2014, pp. 402 y 407.

55. CAPPJCyF, Sala I, "T., J. R. s/ art. 92 CP", causa Nº 12014/2020-1, 28/12/2020.

efectivizan la medida se encuentran con elementos demostrativos de la comisión de otro delito y siempre que su presencia sea advertida por accidente o simple vista de ellos.[56]

Entendemos que a la luz del sistema acusatorio que atraviesa el CPPCABA y el rol que tiene el Juez de garantías, se deben analizar, en forma minuciosa, las circunstancias que rodean al procedimiento llevado a cabo por las fuerzas de seguridad y verificar si era posible que, ante un hallazgo diferente al que fuera objeto de la orden judicial, se podría haber realizado una consulta con el Magistrado/a que emitió la manda a fin de requerir la pertinente ampliación de la misma; siendo este el espíritu que ha delimitado el legislador en el artículo 118 antes citado.

Requisa personal

El artículo 119 del CPPCABA aborda el tema de la requisa personal, que consiste en la medida de investigación que habilita a las fuerzas de seguridad[57] a buscar objetos que puedan servir como prueba de la comisión o planificación de un delito escondidos en la ropa de la persona examinada, adheridos a su cuerpo, dentro de los efectos que lleva consigo (cartera, mochila, billetera, etc.) o del vehículo en el que circula (automóvil, motocicleta, embarcación, bicicleta, etc.).

Antes que nada es importante distinguir la requisa personal que se practica en búsqueda de pruebas vinculadas a la comisión o planificación de un delito, previo a llevar a cabo una detención; del cacheo corporal que se realiza por protocolo de seguridad una vez que se produce la detención de una persona, con el objeto de descartar que porte armas o elementos contundentes que le permitan lastimar a los integrantes de las fuerzas de seguridad que participan en el procedimiento, a los testigos –del hecho y de actuación– y/o a los ocasionales transeúntes. En esta sección nos enfocaremos en el primer supuesto, relativo a la exploración en búsqueda de pruebas.

Julio Maier se encarga de distinguir claramente la "requisa personal", a la que define como "indagación efímera y externa sobre el cuerpo de una persona y su ámbito inmediato de custodia (ropas y co-

56. Ibídem, Sala I, "NN s/ art. 128 CP", causa Nº 2134/2018-1, 26/09/2018.

57. En el territorio de la CABA tenemos a la Policía de la Ciudad como autoridad de prevención local y a la Policía Federal Argentina, la Gendarmería Nacional Argentina, la Prefectura Naval Argentina, la Policía de Seguridad Aeroportuaria, a nivel nacional.

sas que porta, vehículo en el cual se transporta)",[58] de la "inspección corporal", "nombre con el cual se conoce a la indagación interna en el cuerpo de una persona, en búsqueda de rastros, cosas o efectos del delito, labor que supone más complicaciones desde el punto de vista científico-técnico y también desde el punto de vista jurídico".[59]

También cabe diferenciar la requisa personal (del artículo 119 del CPPCABA) de la requisa general –como acto inspectivo de bienes muebles e inmuebles– que prevé el artículo 120, donde también se aborda el tema del secuestro y la clausura provisional.

Por otra parte, la requisa personal si bien puede perseguir el mismo resultado que se procura en un registro domiciliario, se diferencia por el lugar concreto donde se lleva a cabo dicha inspección (en el primer supuesto, por el contacto corporal que se produce durante el cacheo se considera que afecta en mayor medida el pudor de la persona). Precisamente, por ser medidas de prueba diferentes, una orden de allanamiento y de registro domiciliario no autoriza por sí misma a practicar la requisa de las personas que se hallen dentro del domicilio, salvo que se encuentre expresamente contemplada tal directiva en la orden escrita, o bien, si lo autoriza oralmente el/la Juez/a que suscribió dicha medida –luego de producirse el ingreso–, en caso de requerírselo telefónicamente el/la Fiscal a cargo de la dirección de la investigación y, por ende, de la supervisión del procedimiento inspectivo.

Si bien el artículo 13, inc. 8, de la CCABA no incluye la requisa personal entre las medidas de prueba que solo pueden ser ordenadas por el/la Juez/a competente,[60] ni tampoco lo menciona expresamente[61] el artículo 119 del CPPCABA,[62] se entiende que si la decisión de llevarla a cabo se debe tomar dentro del contexto de un procedimiento de registro domiciliario previamente autorizado, de no verificarse durante el ingreso al inmueble una situación de urgencia o flagrancia que habilite hacerlo autónoma-

58. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2011, T. III, p. 195.

59. Ídem.

60. CCABA, art. 13, inc. 8: "El allanamiento de domicilio, las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, solo pueden ser ordenados por el juez competente."

61. Aunque sí tácitamente, como se analizará en las páginas siguientes.

62. Este artículo solo hace referencia a que el/la fiscal debe dar noticia inmediata al/la juez/a competente cuando disponga, en casos urgentes, de manera motivada una requisa personal en el curso de una investigación.

mente a la fuerza de seguridad actuante, le corresponde al/la mismo/a Juez/a –más que a el/la Fiscal– decidir si amplía la inspección al ámbito corporal, siguiendo la regla general prevista en el segundo párrafo del artículo 100 del CPPCABA. En definitiva, el/la Juez/a que supervisa si se encuentran justificadas las causales que invoca la Fiscalía para habilitar el allanamiento y/o registro domiciliario sin vulnerar la garantía constitucional del artículo 18 de la CN, es quien está en mejor condición para velar por el derecho a la intimidad de las personas que se encontraban dentro del inmueble –o arriben a este luego de iniciado el procedimiento– y decidir si se justifica practicar la requisa corporal a todas, algunas o ninguna de ellas. Sin embargo, si por alguna razón no se puede consultar en el momento al Juez o a la Jueza interviniente, dicha decisión le corresponde a el/la Fiscal, por la urgencia que pueda implicar el peligro en la demora del procedimiento en curso.

En sentido similar, una orden de registro domiciliario a un garaje comercial tampoco habilita a revisar el interior de los vehículos estacionados en su interior, salvo que se verifique alguna de las dos autorizaciones explicadas anteriormente –que esté expresamente previsto en la orden escrita o que luego lo amplíe oralmente el/la Juez/a– máxime teniendo en cuenta la distinta titularidad que por lo general se verifica entre la explotación comercial y cada uno de los rodados.

Por el contrario, si bien dijimos que la requisa personal admite revisar los objetos que porta la persona en el momento de la inspección, es oportuno recordar que los miembros de las fuerzas de seguridad tienen prohibido abrir correspondencia e inspeccionar datos privados que se encuentren almacenados en soportes informáticos si no cuentan con expresa autorización judicial (CPPCABA, art. 97).

Por lo general, la requisa suele llevarse a cabo en la vía pública, aunque, como se dijo, puede ser ordenada para que se practique dentro de un domicilio e, inclusive, en intervenciones que ocurren en la calle, tras un cacheo superficial para descartar la presencia de armas, si fuera necesario que la persona inspeccionada deba quitarse parte de la ropa que oculta su intimidad, los procedimientos suelen trasladarse al interior de baños públicos o semipúblicos por respeto al pudor.

Precisamente por ese mismo respeto, en todos los casos que resulte necesario practicar una requisa corporal[63] el palpado lo deben llevar a cabo funcionarios públicos del mismo sexo –o bien, del género que se autoperciba la persona inspeccionada–.[64]

El aspecto más controvertido cuando se estudia el tema de la requisa personal dentro de la jurisprudencia es el que se vincula con los requisitos que habilitan a llevar a cabo esta medida de prueba, sobre todo en los casos en que los integrantes de una fuerza de seguridad actúan autónomamente, es decir, sin una orden judicial previa.

Para abordar este tema, traemos a colación un artículo de Luis García en el que, al desarrollar una pormenorizada crítica al fallo Tumbeiro de la CSJN,[65] parte del principio de que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada, de su integridad física, psíquica y moral; como así también que tiene derecho a la protección de la ley frente a injerencias ilegales y arbitrarias; y que de los artículos 1.2, 5.1, 11.2 y 11.3 de la CADH y 17 del PIDCyP se deriva que los agentes del Estado no tienen libre discrecionalidad para inspeccionar en cualquier extensión el cuerpo de las personas, sus cavidades o sus vísceras o su estado de salud, sus ropas, lo que llevan entre sus ropas, lo que llevan consigo separado del cuerpo en maletines, valijas, paquetes o cualquier otro continente susceptible de ser transportado o llevado por la persona misma, o ciertos medios de transporte usados por ella.[66]

Cabe repasar las normas locales que regulan esta materia para distinguir cuáles son las autoridades habilitadas legalmente para decidir llevar a cabo una requisa personal y si a su vez les exigen alguna condición o circunstancia adicional para poder ejecutarla.

Gran parte de las respuestas a estas preguntas se encuentran en el texto del artículo 119 del CPPCABA que faculta expresamente a las autoridades de prevención y del Ministerio Público Fiscal, como tam-

63. En algunos casos puede evitarse si ante el pedido de la autoridad la persona accede voluntariamente a exhibir el interior de sus bolsillos o entregar el efecto que se encuentra oculto.

64. Ley N° 26743, art. 1, inc. c, y art. 13; Ley N° 4376, art. 2, incs. b y g; Ley N° 5261, art. 1, incs. a y b.

65. CSJN, Fallos: 325:2485, "Tumbeiro, Carlos Alejandro", 03/10/2002.

66. García, Luis, "Dime quién eres ,pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso Tumbeiro", en *LL* 2003-A-470, p. 483.

bién, tácitamente y por exclusión, al/la Juez/a natural encargado de velar por la legalidad del procedimiento en cuestión.

Dentro del CPPCABA, el permiso a las autoridades de prevención se encuentra establecido al comienzo de la norma aludida en el párrafo anterior, pero le impone como condición para poder llevarla a cabo sin necesidad de solicitar previa autorización judicial, la de demostrar que antes de practicar la requisa existan motivos urgentes o situaciones de flagrancia, que permiten presumir que la persona inspeccionada traslada de forma oculta (ya sea entre la ropa y su cuerpo, dentro de los bienes que porta o del vehículo en el que circula) cosas constitutivas de un delito o que puedan ser utilizadas para cometer un delito.

Sin perjuicio de esta facultad de actuación autónoma, la misma norma exige a los miembros de la fuerza de seguridad que una vez practicada la medida se notifica inmediatamente al/la Fiscal para que sea quien decida, en definitiva, si la ratifica u ordena la devolución de los efectos incautados durante el procedimiento.

Sin embargo, existen otras normas que regulan la actividad de las distintas fuerzas de seguridad,[67] que también habilitan a sus miembros a realizar requisas personales sin previa solicitud a las autoridades judiciales –pero también con inmediata comunicación posterior al órgano judicial pertinente en caso de producirse algún hallazgo relevante–, otorgándoles facultades específicas de prevención que exceden los límites impuestos en el artículo 119 del CPPCABA, aunque solo se encuentran justificadas ante situaciones urgentes para evitar un peligro inmediato para terceros o para los propios funcionarios.[68]

67. En algunos casos puede evitarse si ante el pedido de la autoridad la persona accede voluntariamente a exhibir el interior de sus bolsillos o entregar el efecto que se encuentra oculto.

68. Por ejemplo, para el caso de la Policía de la Ciudad, el art. 92 de la Ley N°5688 (que regula el Sistema Integral de Seguridad Pública de la CABA), establece: "Cuando, en el desempeño de funciones preventivas, hubiera motivos urgentes que hicieran presumir que una persona porta entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo o en el vehículo en que circula, cosas constitutivas de un delito o que pudieran poner en peligro a terceros o a las autoridades en el marco de un operativo policial, el personal podrá disponer que se efectúen registros personales. En estos actos deberá respetarse el pudor de las personas, que serán requisadas por autoridades del mismo sexo. Previamente, se invitará a las personas a mostrar sus efectos. En caso de negarse se procederá a revisar sus ropas, elementos que porten y vehículos. De lo actuado se labrará acta y se dará inmediata noticia al fiscal. Si se encontraren cosas susceptibles de

Esta aclaración es importante dado que puede haber casos en los que no se verifique previamente indicio alguno de actividad delictiva como presupuesto de hecho para legitimar tal injerencia, pero que los integrantes de las fuerzas de seguridad tengan razones suficientes y legitimación para hacerlo,[69] y que como resultado de la requisa se produzca el secuestro de una cosa constitutiva de un delito o una contravención que dará inicio a la formación de un proceso penal o contravencional.[70]

Luego, el segundo párrafo del artículo 119 del CPPCABA pone en cabeza del/la Fiscal la decisión de ordenar llevar a cabo una requisa personal, pero le impone las siguientes condiciones: que sea dentro de una investigación penal en curso; que sea en un contexto de urgencia –es decir, que no admita demoras sin poner en riesgo a las personas, a los bienes o el éxito de la medida–;[71] que en la orden fundamente los motivos en que se sustenta tal injerencia, dando cuenta del peligro en la demora y de los elementos probatorios que se procuran encontrar; y que ponga en inmediato conocimiento del procedimiento a el/la Juez/a natural asignado para el control legal del proceso.

Lo que no dice expresamente el artículo 119 del CPPCABA es a qué autoridad le corresponde decidir si se lleva a cabo una requisa personal cuando no están dadas las condiciones impuestas a los miembros de las fuerzas de seguridad (en el párrafo primero de dicha norma) y a los/las representantes del Ministerio Público Fiscal (en el párrafo segundo).

---

secuestro, a los fines probatorios o de comiso, quedarán a disposición del fiscal. En el acta deberán constar los motivos que justificaron la actuación".

69. Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, N° m. 103. 12ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, citado por Beguelin, José; Días, Leandro, "Comentario a artículos 86 a 90", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 351. Por ejemplo, durante el control previo que realizan antes del embarque los miembros de la Policía de Seguridad Aeroportuaria. En este mismo sentido, aclara la doctrina que: "Estas últimas funciones, que le permiten a la policía impedir las perturbaciones al orden y a la seguridad pública, no están reguladas en el derecho penal, sino en las normas de derecho público policial".

70. En igual sentido, García, Luis, "Dime quién eres…", *op. cit.*, p. 483.

71. Entre estos casos se encontrarían la necesidad de asegurar la prueba, de hacer cesar el delito, de resguardar a eventuales víctimas o de asegurar la integridad física de quienes se encuentren en el lugar (incluyendo los propios policías), entre otros. CAPPJCyF, Sala II, "Argañaraz", causa N 5720/13, 21/11/2013; "Lima", causa N° 5775/13, 05/06/2014; "Jiménez", causa n° 6841/12, 18/03/2013. Todos estos precedentes citados por Beguelin, José; Días, Leandro, "Comentario a artículos 86 a 90", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dir.), *Código Procesal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 352.

Sin embargo, tácitamente y por exclusión se interpreta que le incumbe a el/la Juez/a del proceso penal donde se estudia llevar a cabo la medida, ya que, ante el silencio en tal sentido, se aplica subsidiariamente la regla general prevista en el artículo 100 del CPPCABA, que le exige a el/la Fiscal solicitar orden judicial para practicar allanamientos, "requisas" o interceptaciones de comunicaciones o correspondencias.

Distinta pareciera ser la habilitación de permisos a las autoridades para la requisa general prevista en el artículo 120 del CPPCABA –es decir, para los casos que no resulten abarcados dentro de los supuestos de la requisa personal del artículo 119–, en la que se prevé que el/la Fiscal puede disponer la inspección y/o el secuestro de las cosas relacionadas con el hecho delictivo o aquellas que puedan servir como medios de prueba, salvo que se hallen en juego garantías constitucionales en general o que los elementos a inspeccionar fueran los mencionados en el artículo 13, inc. 8, de la CCABA,[72] en cuyo caso, la orden queda en cabeza de el/la Juez/a.

Aclarado quiénes son las autoridades habilitadas legalmente para decidir llevar a cabo una requisa y bajo qué condiciones o circunstancias, resulta útil y oportuno hacer un repaso sobre la jurisprudencia de los últimos años de la CSJN con relación a las detenciones y requisas efectuadas sin orden judicial.

De acuerdo con el trabajo de recopilación y análisis de esos fallos realizado por Alberto Sandhagen,[73] la jurisprudencia de la CSJN en torno a ese tema fue fluctuante, ya que más allá de un comienzo prometedor con el fallo "Daray"[74] y otro atisbo de retomar la misma línea jurispru-

72. Papeles y correspondencia o información personal almacenada.

73. Sandhagen, Alberto, "La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a las detenciones y requisas efectuadas sin orden judicial", en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 02/02/2021. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/alberto-sandhagen-jurisprudencia-corte-suprema-justicia-nacion-relacion-detenciones-requisas-efectuadas-sin-orden-judicial-dacf210016-2021-02-02/123456789-0abcdefg6100-12fcanirtcod?&o=24&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/fuentes%20del%20derecho%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=456 [fecha de consulta: 15/04/2023].

74. CSJN, Fallos: 317:1985, "Daray, Carlos Ángel", 22/12/1994.

dencial en el caso "Peralta Cano",[75] el resto de los precedentes fueron a contramarcha de aquel o evitaron ingresar al fondo de la discusión.

Ello se verifica en que tras el fallo "Daray", en los recursos extraordinarios o de queja que la CSJN ingresó a analizar la legalidad de las detenciones y requisas sin orden judicial –salvo la excepción aludida en el párrafo anterior–, justificó el proceder de las fuerzas de seguridad en virtud del resultado obtenido, convalidando procedimientos de muy discutida constitucionalidad bajo el pretexto del "nerviosismo" y de una "actitud sospechosa" indefinida por parte del imputado –lo expuesto se puede verificar en los fallos "Fernández Prieto",[76] "Tumbeiro",[77] "Monzón",[78] "Szmilowsky"[79]–.

En tanto que, en otras oportunidades, la CSJN optó por evitar ingresar a analizar el fondo de la cuestión. Por ejemplo, el recurso que concedió en el caso "García"[80] se remitió al fallo "Di Nunzio",[81] argumentando que la sentencia de la cámara de casación no cumplía con el criterio fijado en ese precedente, en cuanto le imponía conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intentasen someterse luego a la decisión final de la CSJN, con prescindencia de obstáculos formales.

Y, finalmente, hay un número importante de casos en los que la CSJN directamente no habilitó la instancia extraordinaria, que fueron rechazados bajo diferentes pretextos, como ser, que la cuestión había devenido abstracta –"Sánchez"[82] y "Vera"–[83]; que el recurso carecía de fundamentación autónoma –"Zambianchi" (2000)[84] y "Ciraolo"–;[85] que no cumplía con el recaudo establecido por el artículo 4 de la Acordada

75. CSJN, "Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ Ley 23.737 –causa n° 50.176–", causa P. 1666. XLI. RHE, 03/05/2007.

76. CSJN, Fallos: 321:2947, "Fernández Prieto, Carlos Alberto", 12/11/1998.

77. CSJN, Fallos: 325:2485, "Tumbeiro, Carlos Alejandro", 03/10/2002.

78. CSJN, Fallos: 325:3322, "Monzón, Rubén Manuel", 12/12/2002.

79. CSJN, Fallos: 326:41, "Szmilowsky, Tomás Alejandro", 06/02/2003.

80. CSJN, Fallos: 340:832, "García, Andrés Heraldo", 13/06/2017.

81. CSJN, Fallos: 328:1108. "Di Nunzio, Beatriz Herminia", 03/05/2005.

82. CSJN, "Sánchez, Graciela Noemí s/ causa n° 6499", causa S. 822. XLII, 02/09/2008.

83. CSJN, "Vera, Lucas Abel s/ infracción art. 85 C.C.", causa CSJ 642/2016/RH1, 05/09/2017.

84. CSJN, "Zambianchi, Jorge y otros s/ robo en poblado y en banda en concurso real con tentativa de robo –causa n° 340–", causa Z. 101. XXXIII, 15/02/2000.

85. CSJN, Fallos: 332:2397, "Ciraolo, Jorge Ramón", 20/10/2009.

N° 4/2007 de la CSJN –"Munch"–;[86] o, simplemente, se refugia en la válvula de escape del *certiorari negativo*[87] que les brindan los artículos 280[88] y 285[89] del CPCCN para rechazar los recursos en los casos que consideren carentes de trascendencia los temas debatidos –entre otros, "Bazán",[90] "Waltta",[91] "Massa"[92] y "Corituma Malache"–.[93]

Lo llamativo que los/las ministros/as de la CSJN no hayan considerado volver a expedirse sobre el fondo de este tema, es que el 01 de septiembre de 2020, la Corte IDH dictó sentencia en el caso "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina"[94] en la que declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por las violaciones a diversos derechos que verificaron en los procedimientos de interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba Carlos Alberto Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en 1992, y de detención con fines de identificación y requisa corporal de Carlos Alejandro Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina en 1998, casos que habían sido oportunamente analizados y convalidados por la CSJN, aunque con distinta composición.

Respecto al primero de ellos, la Corte IDH advirtió que las diversas sentencias a nivel interno que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en el que viajaba el señor Fernández Prieto se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en

86. CSJN, Fallos: 333:1235, "Munch, Gustavo Alejandro", 03/08/2010.

87. Desestimación discrecional del recurso extraordinario federal.

88. CPCCN, art. 280: "La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

89. Ibídem, art. 285 del: "... Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo..."

90. CSJN, Fallos: 323:2446, "Bazán, Julio César", 14/09/2000.

91. CSJN, Fallos: 327:3829, "Waltta, César Luis", 21/09/2004.

92. CSJN, Fallos: 327:4458, "Massa, Analía", 19/10/2004.

93. CSJN, "Corituma Malache, José Luis y Godoy Calderón, Yesenia Altualeg s/ recurso de casación", causa C. 875. XLVIII. REX, 30/09/2014.

94. Corte IDH, "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", 01/09/2020.

consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial; lo que resultaba violatorio de los artículos 7.1 y 7.2 de la CADH, en relación con el artículo 1.1.[95]

Con relación al segundo caso, la Corte IDH consideró que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitieran a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer una infracción penal o contravencional. Por el contrario, calificó que las razones que motivaron la detención con fines de identificación respondieron a preconceptos sobre cómo se debe ver una persona que transita en un determinado lugar, cómo se debe comportar ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en el lugar. Por ello, recordó que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias, y en consecuencia violatorias de los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 24 de la CADH, en relación con el artículo 1.1.[96]

Asimismo, la Corte IDH concluyó en que la manera amplia en que estaban redactados los supuestos para realizar una interceptación de un automóvil y una detención con fines de identificación, y la práctica por parte de las autoridades del Estado al aplicar dichas normas –tanto por la policía como por los jueces–, representó, entre otros, un problema de diseño normativo, pues no permitía evitar la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad, y por el contrario las podía incentivar; lo que resultaba violatorio de los artículos 7.1 y 7.2 de la CADH, en relación con el artículo 2.[97]

La requisa personal encuentra una fuerte discusión en torno a la potestad o prohibición de las fuerzas de seguridad de identificar a las personas que transitan en la vía pública sin orden judicial, dado que a partir de tales operativos muchas veces se derivan circunstancias que –con mayores, menores o ausencia de fundamentos– conducen a la requisa y posterior detención de la persona identificada, ante el hallazgo de elementos constitutivos de un delito.

95. Ibídem, párrs. 74 y 75.

96. Ibídem, párr. 79, 82 y 87.

97. Ibídem, párr. 98 y 101.

Como punto de partida, se considera oportuno diferenciar el acto de la requisa personal (exploración sobre el cuerpo y el ámbito de custodia), de la mera solicitud de identificación "que la policía a menudo se ve en la necesidad de organizar (por fines de persecución penal o por razones preventivo policiales) [en determinados] puntos de control de calles públicas o en otros lugares accesibles al público o [para] comprobar la identidad de personas en determinadas zonas o locales (las llamadas *razzias*)".[98]

Si bien un sector de la doctrina considera que la exigencia de la policía de requerir la identificación a una persona que transita libremente por la vía pública es una práctica preocupante puesto que constituye una privación de la libertad ambulatoria que no se encuentra precedida por una orden judicial;[99] lo cierto es que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA avaló dicho ejercicio de identificación dentro de un operativo de control general que consideró razonable;[100] en tanto que los actuales ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación eludieron las ocasiones que tuvieron de expedirse en torno a este tema, al menos en dos oportunidades concretas en los últimos años.[101]

Más allá de que no resulta novedosa la discusión en torno a esta cuestión,[102] lo que mantiene dividida la doctrina y la jurisprudencia es dilucidar si la detención de la marcha de una persona en la vía pública por parte de la policía al solo efecto de solicitarle que se identifique constituye una privación ilegal de la libertad o una fugaz restricción ambulatoria, y, solo para el caso de compartirse el segundo supuesto, si las fuerzas de seguridad se encuentran autorizadas para llevar a cabo tal identificación amparándose en controles generales de seguridad y orden público.

98. Beguelin, José; Días, Leandro, "Comentario a artículos 86 a 90", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dir.), *Código Procesal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 348.

99. Larsen, Pablo; Martín, Adrián, "Facultades policiales amplias y Estado de Derecho", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 131.

100. TSJCABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Sur de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Vera, Lucas A. s/ infr. art. 85, CC'", causa N° 11835/15, 23/12/2015.

101. CSJN, "Corituma Malache, José Luis; Godoy Calderón, Yesenia Altualeg s/ recurso de casación s/ recurso de casación", cit.

102. TOCC N° 23, "Heredia, Carlos W.", voto del Dr. Héctor Mario Magariños, *LL* 1998-E-309.

Parte de la doctrina entiende que ya la mera interceptación en la vía pública y detención de la marcha de una persona por parte de la policía constituye una "detención" que restringe derechos y garantías.[103] Y que no resulta relevante ni el tiempo de duración, ni la denominación que se pretenda otorgar a la privación de libertad a la que un habitante de la Nación sea sometido, para que el artículo 18 de nuestra Constitución adquiera operatividad, pues lo que las reglas fundamentales consagran es que "toda privación de libertad dispuesta con relación a la investigación de un delito, no importa su duración, debe estar precedida por orden judicial".[104]

En sentido similar, han argumentado: las detenciones que, con el único objetivo de exigir a una persona que se identifique, sin otras razones vinculadas a la presunta comisión de ilícitos, al no encontrarse expresamente permitidas por una ley, incumplen el principio de legalidad que rige las actuaciones del Estado y son, por ello, ilegales y contrarias a la CADH. La eximición de una orden judicial previa en casos de urgencia no evita un inmediato y adecuado control posterior, algo que solo podría cumplirse disponiendo estándares legales precisos y exigentes para habilitar detenciones, y no previendo o construyendo facultades implícitas que se apliquen a presuntos controles al "azar" en el que, además, las personas –sin asistencia técnica ni testigos– extraña y espontáneamente declaran ser autores de ilícitos.[105]

Sin embargo, otro sector de la biblioteca jurídica considera que constituye un exceso contrario a la buena fe del lenguaje decir que una persona interceptada en la vía pública por la autoridad para que acredite su identidad ha sido "arrestada" o privada de su libertad física. Se presume que ninguna persona interpreta que en esas condiciones ha sido arrestada o detenida; del mismo modo cuando la Constitución Nacional declara que nadie puede ser arrestado sino en virtud de una orden escrita de autoridad competente, no está diciendo que tal orden sea necesaria para que la policía pueda preguntar a una persona por las señas que permitan determinar su identidad. En todo caso, serán las circunstancias

103. CN, arts. 18 y 75, inc. 22; CADH, arts. 7, inc. 1, 2 y 3; DUDH, art. 9; DADDH, art. 25; PIDCP, art. 9, inc. 1.

104. Magariños, Héctor, "La detención de personas sin orden escrita de autoridad competente y la Constitución Nacional", en *LL*, 1999-D-662.

105. Larsen, Pablo; Martín, Adrián, "Facultades policiales…", *op. cit.*, p. 154.

que rodean la indagación misma, en particular, los medios y el modo elegido por los agentes estatales para llevarla a cabo, los que permitan resolver su calificación como "privación de la libertad".[106]

En la medida en que una persona permanezca en un lugar por su propia voluntad no hay privación de libertad, siempre que tal consentimiento pueda ser revocado en cualquier momento, lo que exige en primer lugar una base de información exhaustiva. A este respecto, no debe ponerse el énfasis en la coerción física, sino en la coerción psicológica, donde lo relevante es si se ha creado la impresión en la persona de que no puede irse, y de que si intenta hacerlo será retenida por la fuerza.[107]

Se ha sostenido que existen otros ámbitos personales protegidos por el derecho a la intimidad, que no solo expresan "el domicilio, los papeles privados y la correspondencia epistolar" (CN, 18), sino que, antes bien, abarcan ámbitos analógicos con los que los individuos señalan su deseo de ocultar cosas a otros o al público en general. Por ejemplo, ropas, carteras, bolsones, armarios, vehículos. Por ello, es preciso determinarlos, sin incurrir en excesos o demasías pero tampoco en dogmatismos lingüísticos cerrados o de clausura. En referencia a ello, existen ciertas cosas o lugares que por ley están destinadas al registro policial o de otras autoridades, como los documentos de identidad o las licencias para ejercer determinada actividad, que deben ser exhibidos al ser requeridos y, por lo tanto, tienen sentido solo con el uso público y, por ello, están excluidos del ámbito de la intimidad.[108]

Bajo otros razonamientos similares, el TSJCABA defendió el procedimiento de identificación realizado por la policía en el fallo "Vera" al que hiciéramos referencia, utilizando diversos argumentos, entre ellos los que se transcriben a continuación:[109]

> La solicitud de documentos en la vía pública a las personas en ejercicio de controles generales por parte de la policía, constituye una de las facultades implícitas a las que se refiere el artículo 94 del Decreto N° 6580/58

106. García, Luis, "Dime quién eres…", *op. cit.*, p. 472.

107. Ibídem, p. 474.

108. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2011, T. III, p. 198.

109. El fallo fue suscripto por Inés M. Weinberg, Luis Francisco Lozano, José Osvaldo Casas, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz, siendo esta última la única que votó en disidencia por considerar que la fiscalía no había demostrado el agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior de la decisión impugnada.

> –reglamentario de la Ley Orgánica para la Policía Federal–[110], en tanto puede considerársela como emanada del poder de policía del Estado y lícita mientras se la ejercite razonablemente.[111]
>
> La competencia para requerir el documento de identidad está implícitamente reconocida a la Policía Federal en la ley siempre que su ejercicio constituya una actividad de seguridad (de prevención del delito) y supone también la facultad de llevar un registro de vecindad otorgada a la misma fuerza por el artículo 5, inc. 4, del Decreto-Ley N° 333/58.[112]

La Cámara parece haber partido de la equivocada equiparación de la mera interceptación de una persona en la vía pública al solo efecto de solicitar su identificación con su detención o la eventual requisa de sus pertenencias. De hecho, para invalidar el procedimiento policial, los jueces presumieron una situación de privación de la libertad que exigía una sospecha previa, y sobre esa base, asimilaron situaciones claramente diferenciables. La detención posterior del joven no se relacionó con dicho requerimiento, sino que se motivó en un hecho disímil –la alegada manifestación espontánea, por parte del imputado, de la portación de un arma–. Pese a la inexistencia de una consagración legal expresa de la posibilidad de requerir la identificación de un transeúnte, el carácter nimio de esa injerencia estatal permite razonar válidamente que aquella puede ser derivada de las funciones y competencias asignadas por la legislación aplicable a la Policía Federal Argentina.[113]

La circunstancia de que una autoridad de prevención lleve adelante procedimientos identificatorios de personas al azar en lugares públicos o de acceso público –también denominados usualmente controles poblacionales– no es, por sí misma, violatoria de ninguna garantía constitucional, siempre que esa identificación encuentre apoyatura en la consecución de las funciones que le resultan inherentes para el mantenimiento del orden público y se argumente en condiciones razonables y proporcionales que no resulten contrarias a los derechos garantizados en la CN o en la Constitución de la CABA, ni suponga un trato discriminatorio, desigual o arbitrario para las personas de manera tal que no las coloque en situaciones de inferioridad

110. Decreto-Ley N° 333/58.

111. TSJCABA, "Vera", cit., considerando 5 del voto de la jueza Inés M. Weinberg.

112. Ibídem, consid. 7.2 del voto del juez Luis Francisco Lozano.

113. Ibídem, consid. 3 del voto del juez José Osvaldo Casas.

o indefensión, respecto de otras personas que circulen libremente por el lugar. Es que en mi concepto, esta mínima y razonable restricción encuentra justificación en la protección que corresponde dispensar a la sociedad en función del bien común y en lo que constituye el más elemental y legítimo ejercicio del poder de policía que debe reconocerse a esa autoridad en resguardo de la tranquilidad y el orden públicos por los que debe velar.[114]

Frente a estos planteos publicados en el fallo "Vera" del TSJCABA, la doctrina disidente contraargumenta que resulta imprescindible, una vez más, recordar la vital importancia que tienen las garantías fundamentales dentro del Estado de Derecho –en tanto ponen límites al ejercicio de su poder represivo– y resaltar un aspecto de la seguridad ciudadana que es usualmente soslayado en estos casos: la amenaza que representa para los derechos fundamentales la existencia de un poder estatal sin límites.[115] El conocimiento de la brutalidad que puede ejercer el poder represivo del Estado cuando se encuentra sin límites –o, a veces, aún dentro de ellos– aconseja proceder con prudencia cada vez que consideramos su uso para intentar solucionar conflictos, más aún cuando se demuestra, cada vez con mayor fuerza, que no es tan efectivo en esa tarea. Ello debería ser un motivo de alarma para que, en lugar de reclamar su aplicación librada de ciertos límites, empecemos a considerar otras posibilidades y estrategias que puedan ser más eficaces para responder adecuadamente a los reclamos de seguridad ciudadana –la que, tal como se señaló, corre mayores riesgos frente a un poder estatal sin límites que ante los posibles hechos delictivos cometidos por particulares–.[116]

Sin embargo, el TSJCABA al pronunciarse recientemente en el fallo "M., L. P." [117] –en ocasión de una nueva queja en la que se debatía la validez de un control poblacional "documental" y "físico"– no mostró señales de pretender apartarse mínimamente de la doctrina oportunamente debatida y pasada a cosa juzgada en el caso "Vera"; más allá de la crítica casi unánime de las/os ministras/os a la interpretación

114. Ibìdem, voto de la jueza Ana María Conde.

115. Larsen, Pablo; Martín, Adrián, "Facultades policiales…", *op. cit.*, p. 151.

116. Ibìdem, pp. 152-153.

117. TSJCABA, "Ministerio Publico Fiscal - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de recurso de inconstitucionalidad en autos 'M., L. P. sobre 14 1° párr. - tenencia de estupefacientes'", causa N° QTS 18208/2019-3, sentencia del 06/10/2021.

realizada por el MPFCABA en la impugnación acerca de las facultades de las fuerzas de seguridad para llevar adelante válidamente requisas sin orden judicial.[118]

La discusión sigue abierta, y lamentablemente la CSJN –máxima autoridad para interpretar la Constitución Nacional dentro del país– evitó expedirse sobre el tema cuando tuvo oportunidad de hacerlo en los referidos casos "Corituma Malache" y "Vera", amparándose primero en el artículo 280 del CPCCN y, en el segundo, en que se había tornado abstracta la cuestión debatida –al haber operado la prescripción de la acción–, pese a los antecedentes que demuestran que tal circunstancia no resulta un obstáculo para la CSJN cuando desea sentar una posición unificadora de criterios.[119]

Si finalmente la CSJN decidiera romper su silencio y seleccionara un caso testigo para pronunciarse acerca de la legalidad de un procedimiento policial sin orden judicial (ya sea de identificación, requisa y/o detención), debería escoger alguno en el que se hubiera podido escuchar oralmente a los protagonistas (imputados, autoridades de prevención y testigos). Es que basar una decisión tan trascendente en la sesgada e insuficiente información que se desprende de las actas y declaraciones escritas de un expediente, constituiría un atentado contra los principios de oralidad, inmediatez y contradicción, que deben regir en el sistema adversarial.

Secuestro

Cuando los registros domiciliarios y/o requisas (personales o generales) dan un resultado positivo, por lo general, se procede al secuestro de la evidencia encontrada.

Aunque otra forma distinta de incorporar pruebas al proceso puede ser a través del aporte que realizan terceros en respuesta a una or-

118. Ibídem, consid. 4 del voto conjunto del juez Santiago Otamendi y la jueza Inés M. Weinberg; consid. 6 del voto del juez Luis Francisco Lozano y consid. 3 del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

119. CSJN, Fallos: 335:197, "F., A. L.", 13/03/2012 y más recientemente, Fallos: 344:809, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 04/05/2021.

den de presentación suscripta por el/la Fiscal –conforme las facultades conferidas en el artículo 120 del CPPCABA– o el/la Juez/a.[120]

También puede suceder que, por la naturaleza o dimensión de la prueba, se dificulte su traslado y por tal razón deba quedar resguardada en el lugar, nombrando a alguna persona como depositario judicial,[121] o bien, que se disponga la clausura provisoria de un inmueble hasta tanto finalicen las tareas de recolección de las posibles evidencias.

Para que dichas pruebas puedan ser utilizadas como evidencias válidas en el proceso penal, se debe garantizar que durante los procedimientos de recolección, resguardo, traslados y custodia no resultó contaminada; esto es, poder demostrarle a el/la Juez/a o al Jurado durante una audiencia que el objeto o documento que una de las partes pretende hacer valer como prueba de su teoría conserva las mismas características que tenía al momento en que fue hallada, en otras palabras, que no sufrió alteraciones.[122]

Para ello, existen las cadenas de custodia que son los diferentes protocolos que utilizan los profesionales de la justicia (fuerzas de seguridad, investigadores judiciales, personal de la salud, peritos, etc.), que regulan los cuidados y el orden adecuado de las medidas que deben seguir para el levantamiento, registro y almacenamiento, de acuerdo al tipo de evidencia involucrada en cada caso (sangre, pólvora, semen, proyectil, video, mensaje de texto, registro informático, etc.), con el objeto de preservar la identidad e integridad de dicho material.

Cabe aclarar que en el derecho probatorio conviven dos tradiciones muy marcadas, que condicionan el modo en que se analiza una regulación legal. De un lado, la corriente racionalista de la prueba, cuyo mayor exponente ha sido Jeremy Bentham, plantea que "la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser limitada o eliminada",[123] que es la

120. Si la prueba consistiera en papeles o correspondencia o información personal almacenada.

121. CPPCABA, art. 348. Responsable legal de su custodia hasta que el/la Fiscal o el/la Juez/a ordene la entrega o destino definitivo

122. Salvo los supuestos autorizados durante el transcurso del proceso penal para la realización de una pericia.

123. Ferrer Beltrán, Jordi, "La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana", en AA. VV., *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2010, p. 3.

que en cierto modo más se aproximaría el CPPCABA al no imponer reglas fijas para el ingreso de las pruebas al proceso penal,[124] más allá de ciertos condicionamientos básicos.[125]

Por otro lado, coexiste una corriente limitativa de la prueba, que propicia la existencia de filtros muy específicos de admisibilidad para evitar que al juicio ingrese prueba de baja calidad. Esta visión es consistente con el desarrollo del derecho probatorio anglosajón mediante las denominadas reglas de evidencia (que rigen para todos los procesos), que constituyen cuerpos normativos uniformes que regulan el modo en que la prueba ingresa al proceso judicial, pero que no estipulan ningún tipo de reglas para la valoración de la prueba y fundamentación de la sentencia.[126] Es el caso, por ejemplo, de Puerto Rico, cuyos tribunales se rigen conforme a unas reglas procesales independientes que cubren el ámbito civil y penal, que consiste en un cuerpo detallado y con normas de admisibilidad, valor probatorio y políticas públicas.[127]

De acuerdo a las Reglas de Evidencia, en Puerto Rico la cadena de custodia es un requisito legal,[128] que codifica la autenticación de un objeto a través de la acreditación de su custodia desde su vínculo con los hechos en controversia hasta su presentación en evidencia en el tribunal de objetos o muestras que pueden ser fuente de prueba de hechos criminales y que sirve para autenticar una prueba real o demostrativa. Si la evidencia se trata de materia fungible, líquidos, polvos, píldoras, etcétera, que se pueden confundir o son idénticos a los de su misma naturaleza, es necesario establecer la cadena de custodia que significa que se debe presentar prueba de cada una de las instancias por las cuales pasó dicha evidencia, desde su secuestro hasta la presentación en evidencia en el tribunal, para establecerse que la evidencia que se secuestró es la que se está presentando en la vista o juicio.[129]

124. CPPCABA, arts. 113 y 114.

125. Que el medio de prueba que se pretende hacer valer no resulte contrario a los principios legales, y que se haya obtenido de manera lícita e incorporado al procedimiento conforme a las disposiciones previstas en el CPPCABA.

126. González Postigo, Leonel; Emmanuelli Jiménez, Rolando, *Reglas de Evidencia en Puerto Rico. Un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, p. 17.

127. Ibídem, p. 28.

128. Bajo la Regla 901.

129. González Postigo, Leonel; Emmanuelli Jiménez, Rolando, *Reglas de Evidencia…*, *op. cit.*, pp. 66-67.

En cambio, en la Argentina, más allá de que algunos organismos (que son parte en el proceso o que cumplen el rol de auxiliares de la justicia) trabajan con protocolos de cadenas de custodia (ya sea formalmente[130] o bien, de manera informal, implementándolas como guías de buenas prácticas del oficio),[131] al no prever el CPPCABA que la cadena de custodia sea un requisito legal, no alcanzaría para excluir una prueba en el proceso penal invocar que se omitió un protocolo o que se violó un tramo de la cadena de custodia si al mismo tiempo no se puede demostrar el riesgo cierto de contaminación de la prueba en el caso concreto (ya que no es lo mismo si la evidencia discutida se trata de un rastro de sangre, un arma de fuego, dinero en efectivo, un automotor o un inmueble).

Sin embargo, es muy útil la existencia de protocolos de cadena de custodia, ya que cuando se consideran adecuados[132] permiten fijar un estándar probatorio a partir del cual una evidencia que respeta los procedimientos de recolección, resguardo, traslados y custodia establecidos en dicho reglamento, por regla general, se la supone prueba lícita admisible en el proceso, agilizando notoriamente la tarea de control y restringiendo en la práctica a una mínima expresión la eventual controversia en torno a su validez.

Por el contario, no alcanza para excluir como evidencia del proceso la mera invocación de que el objeto secuestrado no cumple todos

130. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales y el Consejo de Política Criminal, *Protocolo unificado de los ministerios públicos de la República Argentina: guía para el levantamiento y conservación de la evidencia*, Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 2017. Disponible en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1724 [fecha de consulta: 15/09/2022]. "Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital" (publicado como Anexo de la Resolución PGN N° 756/2016). "Guías de actuación de la Superintendencia de la Policía Científica de la Policía de la Ciudad" (publicada en Orden del Día Institucional -ODI- N° 203/2019, suplemento IV, del 29/10/2019). "Manual de Protocolos de Actuación Policial" (que agrupa un compendio de protocolos de cadena de custodia de la Policía de la Ciudad, publicados en diversas ODI, entre ellas, las N° 24/2017, 32/2017, 93/2017, 123/2017, 129/2019, 203/2019, 28/2020, 47/2020).

131. Por ejemplo, algunos modelos de cadena de custodia internas que se utilizan en las distintas dependencias del Ministerio Público Fiscal de la CABA, por donde transitan las evidencias secuestradas.

132. Puede suceder que la reglamentación de la cadena de custodia resulte endeble o desactualizada, y por tanto se dude de la integridad de la evidencia, pese a haberse cumplido dicho protocolo.

los pasos del protocolo de la cadena de custodia, ya que más allá de encontrarse la prueba por debajo del estándar preestablecido, se debe determinar cuál es el riesgo y agravio de que se haya contaminado, para poder precisar luego, en el caso concreto, si afecta alguna garantía en particular o no.

Por ejemplo, el último párrafo del artículo 120 del CPPCABA prevé un tratamiento especial cuando el secuestro se trate de documentos, equipos de computación u otros soportes informáticos, sin embargo, una difusión no autorizada de su contenido en algún medio de comunicación masiva puede acarrear sanciones administrativas y penales, pero dicha filtración no necesariamente en todos los casos provoca la invalidez de su utilización como prueba en el juicio donde se halla secuestrada.

Volvemos a reiterar que conforme al procedimiento oral y adversarial que rige en el CPPCABA, el contexto adecuado para debatir estos posibles agravios es un examen contradictorio en el marco de una audiencia que le permita a las partes litigar su conformidad o disconformidad con la prueba, y a el/la Juez/a contar con mejor información y de mayor calidad para poder emitir un veredicto fundamentado, oral e inmediato.

Capítulo 3
Intervención de comunicaciones

Artículo 122. Interceptación de correspondencia. Prohibición. Urgencia

Siempre que lo considere útil para la comprobación del hecho, ante el pedido fundamentado del/la Fiscal, el/la Juez/a ordenará, mediante auto, la interceptación y el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el/la imputado/a o destinado a éste en cualquier soporte, aun cuando sea bajo nombre supuesto.

Los integrantes de la policía y fuerzas de seguridad deberán remitir intacta la correspondencia secuestrada a la autoridad judicial o del Ministerio Público Fiscal competente. En los casos urgentes, podrán ocurrir a la más inmediata, la que autorizará la apertura si lo creyere oportuno.

Artículo 123. Apertura y lectura

Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el/la Fiscal procederá a su apertura en presencia del secretario, dejando constancia en acta.

Deberá examinar los objetos y leer por sí el contenido de la correspondencia.

Si tuvieren relación con el proceso ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia.

El examen de la correspondencia o el resultado de la interceptación de comunicaciones, se hará bajo la responsabilidad del fiscal que lo solicitó.

Artículo 124. Intervención de comunicaciones

Ante pedido fundamentado del/la Fiscal, el/la Juez/a podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones del/la imputado/a por cualquier medio, para impedirlas o conocerlas. La intervención de comunicaciones tendrá carácter excepcional y podrá efectuarse por un plazo hasta cuarenta y cinco (45) días, pudiendo ser renovada por única vez y por idéntico término, expresando por auto, bajo pena de nulidad, los motivos que justifican la extensión del plazo.

Rige para los funcionarios encargados de efectuar la intervención el deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por estos medios, excepto respecto de la autoridad que la haya requerido. Quienes incumplan este deber incurrirán en responsabilidad personal.

En ningún caso podrá usarse este medio de investigación para eludir el derecho del/la imputado/a de negarse a declarar sin que ello importe presunción en su contra o suplir las declaraciones testimoniales prohibidas por vínculo de parentesco o secreto profesional.

Artículo 125. Prohibición

No podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a defensores/as para el desempeño de su cargo, ni interceptarse comunicaciones por cualquier medio entre el/la imputado/a y su defensor/a.

Intervención de comunicaciones

Dentro del capítulo 3, que se titula intervención de comunicaciones, encontramos como posibles medidas de investigación a la interceptación de correspondencia (artículo 122) y a la intervención de comunicaciones (artículo 124). Ante todo se tiene en cuenta el gran avance y evolución de los sistemas informáticos conjuntamente con la aparición de las redes sociales. La diferencia sustancial se encuentra en el modo en que se produce el intercambio de mensajes entre el emisor y el receptor no siendo en forma casi simultánea o continua en el caso de la correspondencia, como sí lo es en el segundo supuesto de la comunicación propiamente dicha.[133]

Otra manera de distinguir ambos conceptos es a través de los diferentes significados que los estudiosos de la lengua les otorgan a ambas palabras. Ese fue el camino que escogió el ministro del TSJCABA Luis Francisco Lozano cuando tuvo ocasión de expedirse en un fallo[134] en el que procuraba determinar si las constancias de un registro constituían una comunicación cuya interceptación sólo podía ser dispuesta por un/a Juez/a. Allí sostuvo:

> De manera preliminar, cabe precisar que, de las varias significaciones que tiene el término "comunicación", únicamente corresponde considerar aquellas que denotan objetos sobre los que puede recaer la acción de "interceptar". El Diccionario de la Real Academia Española (RAE) define "comunicación", en su primera acepción, como "acción y efecto de comunicar o comunicarse", y, en su tercera acepción, como "transmisión de señales mediante un código común al emisor y al receptor". A su turno, define "comunicar", en su segunda acepción, como "descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo", y, en su tercera acepción, como "conversar, tratar con alguien de palabra o por escrito". Por su lado, el término "interceptación" es definido por la RAE como "acción y efecto

133. Hairabedián, Maximiliano, "El acceso a información y datos de teléfonos celulares", en Dupuy, Daniela (dir.), *Cibercrimen. Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*, Buenos Aires, BdeF, 2017, p. 451.Hairabedián resume esa diferencia en "el diálogo o tránsito que se da en el lapso comprendido entre la emisión y la recepción".

134. TSJCABA, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Norte de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Acosta, Cristian s/ infr. art. 128.2, párr. 2°, CP'", causa Nº 13576/16, sentencia del 04/04/2017.

> de interceptar"; e "interceptar", también según la RAE, significa: "1. apoderarse de algo antes de que llegue a su destino; 2. detener algo en su camino; 3. interrumpir, obstruir una vía de comunicación".[135]

Uno de los grandes cambios en la manera de comunicarse fue a partir de la aparición del correo electrónico, circunstancia que necesariamente repercutió tanto en las conductas como en los alcances de determinados procedimientos regulados en los códigos penales de fondo y de forma. Cabe señalar que las primeras interpretaciones jurídicas de que un correo electrónico podía ser equiparable a una correspondencia epistolar datan del siglo pasado, siendo una de ellas muy difundida por tener como caja de resonancia un caso que involucraba al periodista Jorge Lanata. Allí se dijo:

> El avance de la tecnología en este sentido pareciera haber dejado en la obsolescencia el bien jurídico que tutela el Capítulo III, Título V del Código Penal, en especial a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia. Pero queda claro que el tan difundido "e-mail" de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los artículos 153 al 155 en la época de redacción del código sustantivo, es decir, cuando aún no existían estos avances tecnológicos...[136]

Desde entonces hasta la actualidad se ha convertido en jurisprudencia pacífica de la CSJN[137] que el acceso ilegítimo a una cuenta de

135. Apartado 4.2 del voto del juez Luis Francisco Lozano.

136. CNACrim y Correc, Sala IV, "Lanata, Jorge Ernesto s/ Desestimación", 04/03/1999.

137. CSJN, Fallos: 328:3324, "Turón Alaniz, Juan Carlos", 30/08/2005; "N.N. s/ violación de correspondencia medios Electrónicos", Competencia CSJ 1321/2017/CS1,

correo electrónico o a un usuario de red social (como por ejemplo, Facebook) puede llegar a configurar una violación de correspondencia en los términos de los artículos 153 o 153 bis[138] del CP, a cuyos fundamentos también se han remitido desde el TSJCABA.[139]

En cambio, si venimos un poco más adelante en el tiempo y pensamos en innovaciones dentro de la materia de intervención de comunicaciones podríamos hacer referencia a la vigilancia remota de un sistema informático –en particular, cuando se aplica para averiguar el contenido de datos transmitidos en tiempo real–, que se puede practicar, entre otras formas, a través de la introducción de programas espías *(spywares)*[140] en los equipos informáticos que se pretenden controlar.

La vigilancia remota es una medida de investigación que en cierta forma se encuentra promovida en el Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest,[141] que ya la han adoptado dentro de su legislación interna algunos países adherentes[142] y que en la Argentina solo se en-

---

06/02/2018; "Ildarraz, Roberto Fernando s/violación sistema informático art. 153 bis 1° párrafo CP", Competencia CSJ 533/2018/CS1, 11/10/2018, entre muchos otros.

138. Esta última figura, a partir de la Ley N° 26388 (conocida como Ley de Delitos Informáticos), sancionada el 04/06/2008.

139. TSJCABA, "Incidente de competencia en autos N.N. s/ infr. art. 153 bis, CP - acceso sin autorización a un sistema o dato informático de acceso restringido s/ conflicto de competencia", causa N° 16331/19, 11/02/2020, voto de la jueza Marcela De Langhe.

140. Hairabedián, Maximiliano, "El acceso a información…", *op. cit.*, pp. 470-471.

141. Convenio sobre Ciberdelito, art. 21: "Interceptación de datos relativos al contenido. 1) Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes en los que respecta un repertorio de delitos graves que deberá definirse en su derecho interno a: a) obtener o grabar con medios técnicos existentes en su territorio, y b) obligar a un proveedor de servicios, en la medida de sus capacidades técnicas, a: i) obtener o grabar con medios técnicos existentes en su territorio, o ii) prestar a las autoridades competentes su colaboración y su asistencia para obtener o grabar, en tiempo real los datos relativos al contenido de comunicaciones específicas transmitidas en su territorio por medio de un sistema informático…". Ello, en función del artículo 19 del mismo Convenio, que sostiene: "Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para facultar a sus autoridades competentes a registrar o a tener acceso de un modo similar: a) a todo el sistema informático o a parte del mismo, así como a los datos informáticos en él almacenados; y b) a todo dispositivo de almacenamiento informático que permita almacenar datos informáticos en su territorio…".

142. Por citar un ejemplo, "En esta línea se ubica España, que en 2015 agregó a la ley de enjuiciamiento el art. 588 *septies* a, estableciendo que el juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación

cuentra prevista en dos artículos del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén[143] y, por ende, hay quienes afirmarían que solo en dicha jurisdicción podría llevarse a cabo, sin afectar el principio de la *nula coactio sine lege*,[144] teniendo en cuenta la extensión de la información que se podría recolectar con dicha técnica investigativa.[145]

Ahora bien, para ambos supuestos –ya sea interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones–, es el/la Fiscal quien tiene que solicitar la medida por medio de un auto fundado, y es el/la Juez/a quien posee en definitiva la potestad de hacer lugar o no a

---

de un *software*, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático , instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos: a) cometidos en el seno de organizaciones criminales; b) terrorismo; c) contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente; d) contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional; e) cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. La resolución debe especificar: a) los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida; b) el alcance, la forma en que se producirá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el *software* mediante el que se ejecutará el control de la información; c) los agentes autorizados para la ejecución; d) la autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos; e) las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso". Hairabedián, Maximiliano, "El acceso a información…", *op. cit.*, p. 471.

143. CPP Neuquén, art. 150 del: "Podrá ordenarse la obtención, aun en tiempo real, de los datos de tráfico de las comunicaciones transmitidas por un sistema informático y también el contenido de las mismas…" Ibìdem, art. 153: "También podrá disponerse el registro del dispositivo por medios técnicos y en forma remota…"

144. Que impide aplicar una medida de coerción o de injerencia si no se encuentra prevista en la ley procesal. Para un análisis claro, conciso y profundo de este tema, ver Bruzzone, Gustavo, "La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal", en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 241 y ss.

145. Aunque también se ha sostenido, que "desde el punto de vista constitucional no hay una diferencia cualitativa y sustancial entre la intervención de comunicaciones hecha por el método tradicional y la realizada mediante un programa espía, porque los recaudos no varían (orden jurisdiccional, fundada, limitada en el tiempo, determinada, proporcionada) y la materia u objeto de conocimiento generalmente es la misma (las comunicaciones del investigado)". Hairabedián, Maximiliano, "El acceso a información…", *op. cit.*, p. 471.

tales diligencias, más allá de la diferente conjugación del verbo utilizada en cada caso por el legislador local.[146]

Y tal como se analizara al tratar el tema del allanamiento, aquí también se reproduce la discusión relativa a qué se entiende por auto fundado y si en algún caso podría encontrarse suplido por las constancias que se tienen a la vista en el proceso al emitirse la orden de interceptación o de intervención.

Al respecto, la CSJN ya contestaba tales interrogantes hace más de una década en el voto de la mayoría del caso "Quaranta",[147] al señalar que si el juez no había expresado las razones por las cuales consideraba procedente la intervención telefónica dispuesta, y tampoco había remitido ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y ni siquiera obraba información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial –ya que lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo–, correspondía declarar la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento, en tanto no existían varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso.[148]

Un lustro más tarde, en un caso en el que la Sala II de la CFCP anuló una sentencia por considerar que la orden de intervención de las comunicaciones telefónicas carecía de un razonado fundamento, la CSJN suscribió el fallo "Silva",[149] que dejó sin efecto dicha nulidad y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento, entre otras razones, por enten-

146. En el art. 122 quedó conjugado de manera imperativa ("ordenará"), en cambio, en el art. 124, fue redactado en potencial ("podrá ordenar").

147. CSJN, Fallos: 333:1674, "Quaranta, José Carlos", sentencia del 31/08/2010.

148. Ibídem, considerandos 20 al 23 del voto de la mayoría.

149. CSJN, "Silva, Pablo Sebastián s/ causa 11.405", causa CSJ 58/2013 (49-S) / CS1, 03/11/2015. En ese precedente, el voto de la mayoría hizo propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General. Y en la misma interpretación del precedente "Minaglia", al año siguiente del fallo "Silva", la CSJN se volvió a expedir la CSJN "Corbero" (Fallos: 339:1514), pero frente a un caso en el que se cuestionaban los fundamentos de una orden de requisa. A propósito de estos fallos véanse los desarrollos realizados por dos autores. Por un lado, Zalazar, Pablo, "Intervención de comunicaciones telefónicas, estándares de prueba e injerencias en derechos individuales con fines de investigación penal", en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte…*, *op. cit.*, 2016, T. 21, p. 251 y ss. Por el otro, Kierszenbaum, Federico, "La razonabilidad de la inteligencia y la inteligencia de la arbitrariedad", en Pitlevnik, Leonardo; Muñoz, Damián (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte…*, *op. cit.*, 2017, T. 23, p. 146.

der que los camaristas habían desatendido el precedente "Minaglia",[150] que si bien se refería al fundamento de las órdenes de allanamiento, las intervenciones telefónicas exigen similares recaudos constitucionales. Allí se dijo que "para determinar la concurrencia de tal requisito los jueces deben examinar las constancias del proceso y valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y las reglas de la lógica, las que se verían alteradas de anularse un procedimiento por la supuesta falta de fundamentación del auto que ordena el allanamiento cuando ese respaldo está dado o puede encontrarse, en las constancias de la causa anteriores al decreto cuestionado".[151]

En lo que se refiere al estándar adecuado de la prueba para justificar una intervención telefónica, tanto en el precedente "Silva" como en dos fallos posteriores del año 2018 –"Aparicio"[152] y "Fredes"[153]– se puso de relieve que

> … exigir […] que el juez deba contar con el "convencimiento" de la comisión de un delito para ordenar la intervención de las comunicaciones, significa establecer un criterio que la ley procesal no ha fijado en el Libro Segundo, Título III, "Medios de Prueba".[154]

Ello sin perjuicio de destacar que estos fallos se vinculan con el delito de narcotráfico, que esa particularidad se pone expresamente de relieve al momento de hacer la valoración de la prueba reunida,[155] y

150. CSJN, Fallos: 330:3801, cit.

151. Del dictamen del Procurador General en el citado precedente "Silva", considerando IV, tercer párrafo.

152. CSJN, Fallos: 341:150, "Aparicio, Patricia Aurelia", 27/02/2018.

153. CSJN, Fallos: 341:207, "Fredes, Gonzalo Arturo", 06/03/2018. En referencia a este fallo, puede hallarse un interesante análisis comparativo de las jurisprudencias de la CSJN y de la Corte de los Estados Unidos en Kierszenbaum, Federico, "Medidas de coerción procesal y derecho a la intimidad. La influencia de la Corte de los Estados Unidos en la tradición jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación", en Pitlevnik, Leonardo; Muñoz, Damián (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte…*, *op. cit.*, 2018, T. 25, p. 41 y ss.

154. Ver considerando III, cuarto párrafo, del dictamen del Procurador General en "Silva"; considerando IV, undécimo párrafo, del dictamen del Procurador General en "Aparicio" y considerandos 12° y 13° en "Fredes", donde se advierte un concepto similar, aunque con una redacción diferente.

155. Ver considerando V del dictamen del Procurador General en "Silva"; considerando IV, décimo noveno párrafo, del dictamen del Procurador General en "Aparicio" y considerandos 9 y 12 en "Fredes".

que estas tres sentencias han sido blanco de críticas por un sector de la doctrina, que interpreta que "han venido a desandar la evolución garantista que venía transitando el máximo Tribunal en el marco de las comunicaciones personales".[156]

Dejando de lado la discusión acerca de la exigencia de los fundamentos en las órdenes de interceptación e intervención, otra coincidencia que encontramos entre las medidas reguladas en los artículos 122 y 124 del CPPCABA es que el imputado tiene que ser el remitente o destinatario de la correspondencia interceptada o participar en la comunicación intervenida, con excepción expresa de los supuestos en que el intercambio de cartas, documentos o efectos, o bien, el diálogo a distancia sea con la persona propuesta o designada para su defensa.

En este sentido, se ha sostenido que

> … el artículo 18 de la CN, al garantizar la defensa en juicio de la persona y de los derechos, impone asegurar al imputado un ámbito de libertad para acceder al consejo profesional, libre de toda injerencia estatal, y en la medida que la comunicación se refiera a ese objeto, goza de inmunidad incluso frente a los jueces. Además, el derecho del inculpado de comunicarse libre y privadamente con su defensor está reconocido en el artículo 8, inc. 2°.d, de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo enuncia en el 14, inc. 2°.b.[157]

Más allá de las similitudes que se pueden encontrar entre las medidas de investigación mencionadas, es preciso no perder de vista el diferente grado de injerencia que conlleva cada una de ellas en la intimidad de las personas involucradas, ya que si se tiene en cuenta la capacidad de recopilación de información, en términos generales[158] se tiende a suponer que una interceptación de correspondencia la afectaría en menor medida que una intervención de comunicaciones y esta, a su vez, menos que una vigilancia remota de un sistema informático.[159]

156. Peralta, Eduardo; Pugliese, Pedro, "La Corte sigue hablando, las garantías, encogiendo", en Pitlevnik, Leonardo; Muñoz, Damián (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte…*, *op. cit.*, 2018, T. 25, p. 166.

157. De Langhe, Marcela, "Comentario a artículos 115 a 118", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 381.

158. Sin ingresar al plano de la casuística, donde el resultado de alguna medida aislada podría alterar la regla general.

159. En la que se autorizara a acceder a información previamente almacenada en el equipo.

Se observa también que una distinción parecida se advierte en la manera en que fueron redactados los artículos referidos. Mientras que el artículo 122 del CPPCABA hace alusión a la interceptación y el secuestro de algo que se considera singular ("correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido") y no le fija otro límite más que el/la Juez/a "lo considere útil para la comprobación del hecho"; el artículo 124 menciona al objeto de la intervención en plural ("comunicaciones"), le impone a esta medida un "carácter excepcional" y le fija un plazo máximo[160] para llevarla a cabo, previendo hasta una pena de nulidad para el caso que se prorrogara el plazo de la intervención sin justificar los motivos de tal extensión.

Incluso, en el caso de la intervención de las comunicaciones, el objetivo por el que se habilita a solicitar dicha medida puede ser no solamente para "conocerlas" sino también para "impedirlas". Al respecto, refiere la doctrina que la posibilidad que otorga la ley argentina de acordar las intervenciones para "impedir" las comunicaciones además de inusual en el Derecho comparado, presenta dificultades interpretativas de difícil subsanación. La explicación más razonable es asignar una finalidad preventiva o de protección a la interrupción de la comunicación, como podría ser impedir el resultado de un delito o su aprovechamiento, o las consecuencias ulteriores.[161]

Ahora bien, más allá de las múltiples diferencias y similitudes que se enumeran entre los términos "intervención" e "interceptación", en todos los casos se sostiene que las medidas de investigación que implican una injerencia en los derechos constitucionales se encuentran gobernadas por la regla de la taxatividad legal (artículo 30 de la CADH) y, en función de ello, es de suma importancia establecer en cada caso de acceso a datos si implican un avance sobre una expectativa legítima de privacidad, y eventualmente verificar la existencia de una norma

160. Originalmente era de 30 días, con una única prórroga de hasta 15 días; que se extendió a 45 días, con una única prórroga de otros 45 días (conforme la reforma introducida a través del art. 29 de la Ley 6020).

161. García, Luis, "La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 6, 1997, pp. 450-451; De Langhe, Marcela, *Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2009, p. 81.

que la autorice.[162] Hasta, incluso, en el caso que se tratara de una mera "observación", entendida esta como el acto de control o rastreo que no persigue el conocimiento del contenido de la comunicación en sí, sino solo su existencia y extremos entre los que se establece (por ejemplo, desde dónde se origina, a qué destino, quiénes participan, etc.).[163]

Por citar un ejemplo, en un caso en el que la Sala II de la CAPPJCyF había declarado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio y de los informes de las empresas Microsoft Inc. y Telecom Argentina S.A. –referidos a datos personales del titular de las direcciones IP (Internet Protocols) aportadas a la investigación– por haber sido obtenidos sin autorización judicial, el TSJCABA hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocó la decisión de la cámara.[164]

El argumento central de la mayoría[165] lo podemos encontrar sintetizado en uno de los párrafos del voto del ministro preopinante, que sostuvo que "los jueces de la Cámara no ofrecieron ninguna razón para equiparar la información de identificación de un usuario –en el caso, los informes de titularidad de una dirección IP– con el contenido de una comunicación o los datos de tráfico de las comunicaciones y tampoco para relacionar lo decidido con los ámbitos resguardados por las normas que invocaron como sustento de su decisión –Ley N° 19798, 'Ley Nacional de Telecomunicaciones' y su modificatoria Ley N° 25873 y Ley N° 25520, 'Ley de Inteligencia Nacional'–".[166]

Sin embargo, no se debe pasar por alto que

> … el cimbronazo que la interrupción de la tecnología viene generando en el derecho a la intimidad, ha llevado a complementar la doctrina de la "legítima expectativa" con la "teoría del mosaico", con la cual se tiene en cuenta el cuadro de conocimiento que cual rompecabezas permite armar el acceso a distintos datos de información personal. De allí que para determinar cuándo hace falta una autorización judicial, es necesa-

162. Hairabedián, Maximiliano, "El acceso a información…", *op. cit.*, p. 452.

163. García, Luis, "La intervención…", *op. cit.*, p. 450.

164. TSJCABA, "Acosta", cit.

165. Por la revocatoria votaron José Osvaldo Casas, Luis Francisco Lozano, Inés M. Weinberg y Ana María Conde; en tanto que Alicia E. C. Ruiz votó en disidencia por considerar, en resumidas cuentas, que el fiscal no llegó a demostrar por qué motivos los datos de tráfico de IP no deberían ser considerados personales.

166. TSJCABA, "Acosta…", considerando 4 del voto del juez José Osvaldo Casas.

> rio diferenciar los distintos tipos de seguimiento que pudieran presentarse, su impacto en la intimidad personal y qué parte de la vida privada permite reconstruir.[167]

La CSJN ya hace más de 13 años había señalado que es indiscutible que los datos de navegación del tráfico de Internet anudan a los contenidos,[168] al pronunciarse en relación a la acción de amparo iniciada por el abogado Ernesto Halabi solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 25873 y de su Decreto Reglamentario N° 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos. Jueces de instancias inferiores sostuvieron que correspondía equiparar la solicitud de los registros telefónicos (de las llamadas entrantes y salientes) a las intervenciones y por ende exigir que la información de tales registros deba ser solicitada por un/a Juez/a por auto fundado.[169]

Recientemente, la Sala I de la CAPPJCyF[170] confirmó un fallo en el que la titular del JPCyF N° 15 –por carecer de orden judicial previa– anuló las medidas dispuestas por el Fiscal a cargo de la investigación, relativas a la obtención de los datos de las celdas de conexión, su geolocalización y su impacto en antenas respecto de 13 abonados telefónicos, como así también las vinculadas con la apertura de antenas y celdas y el registro de todas las comunicaciones registradas en cuatro jornadas diferentes (con indicación de día, horario y lugar) y el registro de todas las tarjetas del Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE) utilizadas en un lapso de 10 minutos, en la que se especificaba la línea de colectivo, el número de interno y lugar de inicio del viaje.

El fundamento del fallo de primera instancia –avalado por la cámara–[171] se resume básicamente en que los datos aludidos en el párrafo anterior integran la "información personal almacenada", a la que hace

167. Hairabedián, Maximiliano, "El acceso a información…", *op. cit.*, p. 472.

168. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi, Ernesto", 24/02/2009, considerando 26° del voto de la mayoría.

169. CCC, Sala VII, "Monzón, Daniel E. s/ art. 173 CP", 28/03/2008; Sala I, "Ocupantes de Congreso", causa N° 42274, 03/05/2012.

170. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'Callata, Mauro Ezequiel s/ art. 149 bis – amenazas'", causa n° INC J-01-00081922-7/2021-1, 22/03/2022.

171. Pero que al momento de la redacción de este comentario aún no se encontraba firme.

referencia el artículo 13, inc. 8, de la CCABA, y en consecuencia su obtención solo puede ser ordenada por el/la juez/a competente; poniendo de resalto que tanto el teléfono celular como la tarjeta SUBE son elementos que la ciudadanía porta consigo cotidianamente, por lo que los datos almacenados al respecto también son un reflejo del comportamiento de sus usuarios y, en definitiva, permiten averiguar los hábitos de un individuo, los lugares que habita, sus relaciones interpersonales, sus pasatiempos y demás cuestiones que merecen un tratamiento especial en relación con el derecho a la intimidad y privacidad.

A propósito de esta discusión, Marcela De Langhe –previo a asumir como ministra en el TSJCABA– comenta en torno a esta temática[172] que la extensión del ámbito protegido de la comunicación no se refiere tanto a los números telefónicos, sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan diversos extremos de la comunicación, tales como el momento, la duración, y, lo que es más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Esto es lo que queda abarcado dentro del concepto de "comunicación" al que alude la doctrina que se deriva del caso "Malone"[173] del TEDH y de algunos precedentes del Tribunal Constitucional español,[174] y que en nuestro país se considera zanjada la discusión luego de que la CSJN se expidiera en el precedente "Halabi".[175]

172. De Langhe, Marcela, *Escuchas telefónicas…*, *op. cit.*, p. 164.

173. TEDH, "Malone", sentencia del 02/08/1984, donde se reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles han sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación. De Langhe, Marcela, *Escuchas telefónicas…*, *op. cit.*, p. 158.

174. Tribunal Constitucional español, STS 123, del 20/05/2002 y STS 130, del 19/02/2007, citados en De Langhe, Marcela, *Escuchas telefónicas…*, *op. cit.*, pp. 159 y 162.

175. "Es en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que 'la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente' –cons. 24, del voto de la mayoría–", citado en De Langhe, Marcela, *Escuchas telefónicas…*, *op. cit.*, p. 172.

Para finalizar, cabe traer a colación una conclusión del libro escrito en 2009, al que se hiciera alusión en el párrafo anterior, en donde se señalaba:

> Ha de destacarse que nuestra Constitución Nacional, al permitir las intromisiones en la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, no hace referencia a la mera existencia de una orden judicial, sino que remite al dictado de una ley específica que disponga en qué casos y con qué justificativos se podrá proceder. Es decir, una verdadera reglamentación detallada de los presupuestos que habilitan autorizar la vigilancia estatal secreta".[176]

Y por entonces, en ausencia de reglamentos semejantes a la vista, ya se exhortaba a un cambio de la legislación a nivel nacional y provincial, que al regular la habilitación de las intervenciones de comunicaciones definiera expresamente en cada jurisdicción los delitos específicos que autorizaban a pedirla, los requisitos que debía cumplir la orden, el plazo de duración (y las eventuales prórrogas), los sujetos afectados, el registro y desgrabación del material captado por la intervención, la previa selección de la información que se incorporaría al proceso y las hipótesis de su destrucción. Es decir, una serie de exigencias pertinentes que hasta el momento no se han visto reflejadas en el CPPCABA.

Capítulo 4
Prueba testimonial

Artículo 126. Facultad de interrogar

El/la Fiscal o la persona que designe, interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

Artículo 127. Entrevista con el testigo

Solamente se formalizarán en el legajo de investigación las declaraciones testimoniales que, por las circunstancias del caso, deban considerarse como definitivas e irreproducibles y las imprescindibles para el dictado de la sentencia en caso de avenimiento.

176. Ibídem, p. 216.

Cuando el/la Fiscal entendiere que no será necesario formalizar la declaración en el legajo de investigación, podrá entrevistar al testigo en la Fiscalía, en el domicilio del testigo o en otro sitio.

También podrá delegar el interrogatorio informal en un auxiliar o en un investigador de las fuerzas de seguridad según lo previsto en el artículo 101.

Se dejará constancia de las entrevistas en el legajo de investigación.

Artículo 128. Deber de testimoniar. Capacidad

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento para informar sobre lo que sabe o deponer como testigo y el deber de declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la posterior valoración del testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Podrán declarar por oficio el Presidente y Vicepresidente de la República, sus ministros y secretarios de estado, los gobernadores y vice gobernadores, ministros y secretarios de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los legisladores nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los integrantes de los poderes judiciales y ministerios públicos nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En caso de que un funcionario o magistrado de los citados en el párrafo precedente decidiera declarar por oficio, se le remitirán las preguntas y deberán ser contestadas en el menor tiempo posible, bajo juramento de decir verdad y con mención sobre si le comprenden las generales de la ley.

Artículo 129. Facultad de abstención

Podrán abstenerse de testificar o dar información en contra del/la imputado/a:

a. Su cónyuge.
b. La persona con la cual se encuentra unido/a civilmente.
c. Sus ascendientes, descendientes o hermanos/as, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
d. Sus tutores/as, curadores/as y pupilos/as.

Se deberá advertir a dichas personas sobre esa facultad, de lo que se dejará constancia.

Artículo 130. Deber de abstención

Deberán abstenerse de declarar o dar información sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión los ministros de un culto admitido; los/as abogados/as, procuradores/as y escribanos/as; los/as médicos/as y demás auxiliares del arte de curar; los/as militares y funcionarios/as públicos/as sobre secretos de Estado.

Se entenderá que rige el secreto profesional en el caso de los/as médicos/as y demás profesionales del arte de curar, cuando una persona involucrada en un delito hubiera recurrido a sus servicios a fin de preservar su integridad física o la del/la ofendido/a.

Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el/la interesado/a.

Si el testigo invocase erróneamente ese deber con respecto a un hecho no comprendido en el secreto profesional, el/la Fiscal procederá sin más a interrogarlo.

Las pruebas obtenidas en violación a los recaudos precedentes carecerán de valor probatorio y no podrán usarse en la causa para ningún efecto.

Artículo 131. Personas sordas o mudas

Para recibir juramento e interrogar a una persona sorda o hipoacúsica bilateral profunda se le deberá nombrar un perito intérprete oficial. Si se tratara de una persona muda se le harán oralmente las preguntas y responderá por escrito.

Artículo 132. Examen en el domicilio

Las personas que no puedan concurrir ante el/la Fiscal por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio o lugar de alojamiento o internación.

Artículo 133. Declaración por exhorto

Cuando el testigo resida a más de cien (100) kilómetros de la Ciudad de Buenos Aíres, para la recepción de declaración formal se de-

berá requerir al/la Juez/a que arbitre los medios necesarios para que se la obtenga por exhorto a la autoridad judicial de su residencia, o se podrá utilizar un sistema de videoconferencias para escuchar al testigo, salvo que el/la Fiscal considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio. En este caso se fijará prudencialmente el reembolso de los gastos ocasionados al citado.

Artículo 134. Detención. Declaración

El/la Fiscal podrá ordenar la detención de un testigo cuando haya temor fundado de que se oculte, fugue o ausente, con inmediata noticia al/la Juez/a. Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, el que nunca podrá exceder de veinticuatro (24) horas. Si el testigo mantuviera su negativa a declarar vencido ese término, se formulará la pertinente denuncia penal y se lo pondrá a disposición de la autoridad judicial competente.

Artículo 135. Declaración. Formalidades

Al comenzar el interrogatorio, aún en los informales, el testigo deberá ser instruido acerca de las penas por el delito de falso testimonio y prestar juramento o promesa de decir verdad, con excepción de los menores inimputables y de las personas imputadas de un hecho conexo.

El/la Fiscal o el auxiliar delegado interrogarán separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado civil, edad, profesión, domicilio, vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar la veracidad de su declaración.

Después de ello lo interrogará sobre el hecho.

Si se temiera por su integridad física o de otra persona, se podrá indicar su domicilio en forma reservada, pero no podrá ocultarse su identidad salvo en los casos en que esté incluido en un programa de protección de testigos. La reserva de identidad sólo podrá mantenerse hasta el juicio.

Para cada declaración formal se deberá labrar un acta o dejar constancia de lo sustancial en el acta de la audiencia oral, según el caso.

Generalidades. Desformalización. Situaciones especiales

El testigo es convocado al proceso a brindar sus percepciones sobre los hechos que le fueran preguntados. En un sistema acusatorio son las partes quienes deben interrogar y el Juez solo puede realizar preguntas aclaratorias sobre las manifestaciones expresadas en su presencia. Obviamente se excluye a la persona sospechada de ser autor o partícipe del delito, dado que puede imponerle la obligación de decir la verdad bajo el riesgo de declarar contra sí mismo, de manera contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional.[177]

La prueba testimonial ha sido discutida para el descubrimiento de la verdad, por eso la importancia de la inmediatez del testimonio frente a quien debe resolver la cuestión, para que se valore a la luz de la sana crítica racional y de manera conjunta con el resto de la prueba presentada.

La CAPPJCyF ha establecido criterio sobre la valoración de las declaraciones testimoniales, al sostener que

> No es cierto que porque un testigo o víctima demostradamente haya mentido en un aspecto del suceso, entonces se infiera necesariamente que miente siempre. La jurisprudencia alemana niega con acierto esta creencia: '[…] En boca de mentiroso, lo cierto se hace dudoso', los tribunales aplican la doctrina que afirma que 'es un concepto erróneo muy difundido pensar que siempre que una persona mienta respecto de un punto secundario, también miente sobre la cuestión central´.[178]

Los testigos de oídas pueden ser convocados, no está prevista ninguna prohibición, y se tratan de elementos de prueba de comprobación, es decir que pueden coadyuvar a la creencia del testigo presencial. Sin embargo, su presencia y declaración en el debate no deben ser admitida si el testigo presencial del cual oye lo que viene a decir, no declara.

En la investigación penal preparatoria que se lleva delante de manera desformalizada, excepto los actos definitivos e irreproducibles, los testimonios que se recaben solo sirven para definir si el proceso continúa en la etapa oral, pero las reglas del debate imponen que no pueden ser incorporadas de manera directa, y deben comparecer y re-

177. CSJN Fallos: 227:63, "Rodríguez Pamias, Oscar y otro", 19/10/1953.

178. CAPPJCyF, Sala II, "Torti, Carlos", causa n° 21793-2017-1, 07/06/2019.

latar los hechos de los que se tenga conocimiento, con la posibilidad de ser interrogados por ambas partes (contradictorio).

La CAPPJCyF resolvió un caso en que se recibieron testimonios sin las formalidades previstas en el Código Procesal local. Allí dijo que:

> Ello así, en cuanto a la mentada inobservancia de la regla del artículo 128 del código ritual, si bien no consta en el acta que los testigos hayan prestado juramento, no resulta menos cierto que dicha prueba resulta meramente complementaria de lo depuesto ante personal policial, considerando que el procedimiento fue llevado a cabo en flagrancia y que tal cuestión podrá ser subsanado en el debate, máxime siendo los jueces de mérito quienes, en el marco de la audiencia, realizarán un nuevo interrogatorio de identificación y solicitarán a los testigos que juren o prometan decir la verdad, como derivación del principio de inmediación y oralidad.[179]

Por otro lado, las constancias labradas por el Ministerio Público Fiscal en las que se consignan conversaciones telefónicas con los testigos no constituyen declaraciones testimoniales dado que no reúnen sus requisitos formales. Sin embargo, vale recordar que solo deben ser formalizadas en el legajo de investigación aquellas que revistan carácter definitivo o irreproducible, o bien sean necesarias para el dictado de una sentencia condenatoria en los casos de avenimiento. Este tipo de constancias resultan plenamente válidas, ya que los testigos deberán ser convocados en la audiencia de juicio oral y público.

También deben formalizarse aquellas declaraciones de testigos que sean convocados al juicio y la contraparte no conozca ni tenga acceso, a efectos de que aquella pueda preparar su contraexamen.

La CAPPJCyF ha sostenido al respecto:

> Por tal motivo, esos informes de ninguna forma pretenden reemplazar las declaraciones de los testigos, que han sido debidamente ofrecidas para el debate por el Ministerio Público Fiscal en su requerimiento –cfr. punto V– y admitidas en la audiencia celebrada en los términos del artículo 210 [actual artículo 223], CPP. En esa oportunidad estos testigos podrán ser examinados ampliamente por las partes. En suma, en contra de lo sostenido por la recurrente, no nos encontramos frente a una acusación que intente acreditar los hechos denunciados mediante simples entrevistas telefónicas.[180]

179. Ibídem, Sala II, "Fariña, Ezequiel Adriano Daniel", 01/08/2013.

180. Ibídem, Sala II, "Incidente de apelación en autos "Garay, Antonio Federico sobre 89 - lesiones leves", causa N° 21031/2019-1, 10/03/2021.

En materia de incorporación por lectura de los testimonios recibidos durante la instrucción, la CSJN en un fallo en que el Tribunal Oral condenó a una persona con basamento en las declaraciones testimoniales incorporadas por lectura sin otorgar a la defensa la posibilidad de interrogarlos en el debate, entendió que

> La invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no basta para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba, pues lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura (artículo 391 del Código Procesal Penal de la Nación) el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado.[181]
>
> La declaración testimonial de niñas, niños y adolescentes debe ser recibida a través del sistema de Cámara Gesell, previsto en el artículo 43 de la Ley N° 2451, y no se requiere recibirle juramento previo a la declaración. Así lo entendió la CAPPJCyF al resolver que: … restringir su declaración al juramento de decir verdad implicaría limitar el pleno ejercicio de sus derechos, en forma contraria a la letra de la ley, pues del inc. a) del artículo 42 se desprende que se le debe garantizar el derecho a expresarse libremente […] la declaración de las personas menores de edad debe estar rodeada de una serie de recaudos, no únicamente para que resulten válidas sino sobre todo para asegurar el respeto al interés superior del niño (artículo 3 CDN).[182]

Este tipo de declaraciones especiales deben cumplir con los recaudos previstos por ley, con la participación del Juez y garantizar que la defensa pueda controlar la prueba, presenciando la audiencia y designando un profesional de parte que tenga la posibilidad de sugerir preguntas que el profesional a cargo efectúe y presentar su posterior informe. De esta manera, en caso que razones fundadas impidan la comparecencia de la niña, niño o adolescente al juicio oral, esa declaración puede ingresar al debate y ser valorada para la sentencia. De no cumplir con esos recaudos, ello no sería posible, por violarse el derecho de defensa.

La CSJN sostuvo este criterio al revocar un fallo de la ex Cámara Nacional de Casación Penal que mandó a realizar un nuevo juicio y que el

181. CSJN, Fallos: 329:5556, "Benítez, Aníbal Leonel", sentencia del 12/12/2006.
182. CAPPJCyF, "G., C. s/ hostigamiento", causa N° 19755/17, 13/12/2018.

Tribunal debía preparar a la joven para que preste declaración testimonial y se garantice el contradictorio. En esa oportunidad sostuvo

> Que sin desmedro de lo anterior y de las demás cuestiones que –al decir de la parte recurrente– el *a quo* debió también atender, tales como los mecanismos especiales de protección de los derechos de quienes ya se encuentran en situación de vulnerabilidad, el agravio relativo a la prueba independiente, importa referir que el tribunal de juicio fundamentó las declaraciones de culpabilidad de Gallo López en otras pruebas.[183]

Con el desarrollo que actualmente tienen las tecnologías audiovisuales y su uso ya generalizado en el sistema de justicia de la CABA, las previsiones de los artículos 132 y 133 (sobre todo esta última relativa a la declaración por exhorto) han quedado prácticamente en desuso.

Hoy en día es difícil imaginar situaciones en las que una persona carezca absolutamente de posibilidades de acceder a un dispositivo electrónico que le permita declarar a través de videoconferencia. Subsiste, no obstante, la posibilidad de examen en el domicilio para casos de enfermedades graves y cuando las partes consideren que la inmediación beneficiaría el resultado de la diligencia.

En materia de testigos de identidad reservada, remitimos al comentario de medidas especiales de investigación.

Facultad y deber de abstención

El testigo tiene la obligación de comparecer, prestar juramento y contestar sobre lo que le fuera preguntado. El testimonio es una carga pública que solo puede ser disculpada por las expresas excepciones que prevé la ley procesal, como puede ser la declaración por informe o aquellos que por razones físicas deben ser interrogados en su domicilio.

El Código Procesal prevé algunas facultades de abstención para:

a. Cónyuge,
b. Persona con la cual se encuentra unido civilmente,
c. Ascendientes, descendientes o hermanos, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad,

183. CSJN, Fallos: 334:725, "Gallo López". 07/06/2011.

d. Tutores, curadores y/o pupilos.

Esta facultad tiene su fundamento en la preservación de los lazos familiares, evitar que el testigo tenga que elegir entre faltar a la verdad o destruir la unión familiar. Se considera acertada la facultad que otorga el CPPCABA, por oposición a la regla prevista, por ejemplo, en el CPPN, en el que a ciertas personas directamente se les prohíbe declarar en contra del imputado so riesgo de dañar la relación familiar.[184]

La CAPPJCyF en un supuesto que se omitió al testigo informar sobre las previsiones de abstención, resolvió

> … sin perjuicio de que en el ámbito de esas entrevistas no se haya hecho saber a la denunciante del derecho previsto en el artículo 122, inciso a) del código ritual, lo cierto es que el fundamento de la norma citada radica en la necesidad de mantener la cohesión de la familia y evitar la encrucijada entre destruirla o mentir (ver De Langhe, M./Ocampo, M., Código Procesal Penal de la CABA, Tomo 1, Hammurabi, p. 402); pero en el caso esa unidad familiar que se tiende a proteger ya aparece quebrada en virtud de las acciones cruzadas que han iniciado las partes del presente conflicto y su voluntad manifiesta de no retomar el vínculo…[185]

El deber de abstención rige sobre los hechos secretos que hubiesen llegado a conocimiento del testigo en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores y escribanos, los medios y demás auxiliares del arte de curar, los militares y funcionaros públicos sobre secretos de estado. En igual sentido, rige la abstención sobre médicos y demás profesionales del arte de curar respecto de una persona involucrada en la comisión de un delito que hubiera recurrido a sus servicios para preservar su integridad física. Esta prohibición también rige para quienes colaboran con los profesionales mencionados, y cuya decisión depende exclusivamente del titular de la profesión.

La CSJN tiene dicho sobre el secreto profesional que

> Si las pruebas surgían de la necesaria intervención médica para evitar la propia muerte de quien sufrió el estallido de las cápsulas de estupefacientes en el aparato digestivo, los valores en juego son la vida y el interés

184. CPPN, art. 242.

185. CAPPJCyF, Sala II, "Incidente de apelación en autos 'P., F., s/ art. 181 inc. 1, CP", causa N° 13724-2020-1, 28/10/2020.

del Estado en perseguir los delitos –ponderación que no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional– y siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, no existiendo ningún otro interés en juego, en tanto no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para daños a la vida o a la integridad física de terceros.[186]

186. CSJN, Fallos: 333:405, "Baldivieso, César Alejandro", 20/04/2010.

Capítulo 5
Prueba pericial

Artículo 136. Oportunidad*

El/la Fiscal ordenará informes periciales durante la investigación preparatoria cuando los considere necesarios para fundar sus peticiones.

Artículo 137. Designación. Intervención de las partes

El/la Fiscal, según el procedimiento que determine la reglamentación, designará de oficio a un (1) perito, salvo que considere indispensable que sean más.

Notificará esta resolución a las partes antes de que se inicien las operaciones periciales, informándoles de su facultad de designar peritos de parte, dentro de los tres (3) días, a su costa, para que participen de los análisis periciales o examinen sus conclusiones y propongan puntos de pericia.

Artículo 138. Obligatoriedad del cargo

El/la designado/a como perito tendrá el deber de aceptar y desempeñar fielmente el cargo, salvo que tuviere un grave impedimento. En este caso, deberá ponerlo en conocimiento del/la Fiscal, al ser notificado de la designación.

Si no acudiera a la citación o no presentara el informe a debido tiempo, sin causa justificada, incurrirá en las responsabilidades señaladas para los testigos.

Los peritos no oficiales deberán aceptar el cargo bajo juramento.

Artículo 139. Directivas

El/la Fiscal dirigirá el peritaje, formulará concretamente las cuestiones a dilucidar, fijará el plazo en el que habrá de expedirse el perito y si lo juzgare conveniente asistirá a las operaciones. Los peritos procurarán practicar juntos el examen. Las partes y sus consultores

---

* Comentario sobre los artículos 136 a 157 por Francisca Baquerizas, Sandra Bruballa, Sabrina Giannotti y Camila Goldfarb

técnicos podrán asistir a él y solicitar las aclaraciones pertinentes, debiendo retirarse cuando los peritos comiencen la deliberación.

El/la Fiscal podrá autorizar a los peritos a examinar las actuaciones o a asistir a determinados actos procesales.

Artículo 140. Conservación de la materia a peritar

Tanto el/la Fiscal como los peritos deberán procurar que las cosas a examinar sean conservadas, de modo que el peritaje pueda repetirse.

Si fuera necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiera discrepancia sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar al/la Fiscal antes de proceder.

Artículo 141. Contenido del dictamen pericial

El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o constar en acta y comprenderá:

1. **La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados.**
2. **Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados.**
3. **Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.**
4. **Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones.**
5. **Firma.**

Cuando por sus características el peritaje fuera irreproducible, su desarrollo deberá ser grabado o filmado.

Artículo 142. Cuerpo de escritura

El/la Fiscal podrá solicitar que el/la imputado/a o un/a testigo forme cuerpo de la escritura. La solicitud al/a imputado/a deberá hacerse en presencia de la defensa, bajo constancia en acta. De la negativa del/la imputado/a se dejará constancia, pero ello no podrá invocarse como presunción en su contra. Los/las testigos tendrán obligación de formar el cuerpo de escritura cuando les sea requerido como parte integrante de su declaración.

Artículo 143. Deber de reserva

El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación. Cuando la práctica pericial involucrara injerencia en la intimidad de una persona los peritos deberán informarle al/la interesado/a que están limitadas las reglas del secreto profesional. Las manifestaciones del/la imputado/a en el curso del examen médico o psicológico, no podrán ser usadas en su contra y los peritos deberán guardar reserva a su respecto.

El/la Juez/a podrá corregir, de oficio o a pedido de parte, con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos y aún sustituirlos, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan corresponder.

Artículo 144. Honorarios

Los peritos designados por el Ministerio Público Fiscal tendrán derecho a percibir honorarios, a menos que tengan remuneración por cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimientos específicos en la ciencia, arte o técnica que el peritaje requiera.

El perito nombrado a petición del/la imputado/a y/o de la querella podrá percibir honorarios siempre, directamente de este o de el/la condenado/a en costas.

Introducción

La prueba pericial es aquella que es realizada por expertos o peritos. Los peritos son esas personas que poseen una experticia especial en un área que proviene de sus estudios o de su profesión.

El perito es llamado a juicio a efectos de que brinde su opinión y elabore conclusiones sobre algún área respecto de la cual posee esa experticia. Dicha circunstancia se produce como consecuencia de que existe una temática a analizar que se encuentra más allá del conocimiento del juzgador y que resulta necesario para decidir el caso.

Es justamente esa experticia que posee sobre un tema particular lo que lo diferencia de un testigo común y lo que hace que sus opiniones sean admitidas en juicio.

Especialidad del perito

La especialización que caracteriza al perito no debe provenir únicamente de un área de la ciencia, sino que puede derivarse de cualquier actividad o disciplina que provea un conocimiento especializado.

Entonces, el objetivo de las pericias es que una persona que posee un conocimiento especial proceda a interpretar una información, la cual sin su experticia no sería posible. Su resultado debe ser proporcionado al tribunal a efectos de lograr decidir sobre el objeto del caso.

La diferencia entre el perito propiamente dicho y el testigo experto radica en que este último es aquella persona que no fue citada en calidad de perito, pero que pudo presenciar el hecho objeto de juicio y que, además, cuenta con un conocimiento especializado que le permite emitir una opinión o conclusión específica que resulta relevante como punto a tener en cuenta en el debate, sin perjuicio de que no ha realizado un peritaje al efecto. Entonces, únicamente podrá declarar en caso en que haya tomado conocimiento de los hechos objeto del juicio de manera casual.

El perito en el sistema inquisitivo y en el acusatorio

Ahora bien, cuando se instalaron nuevos sistemas judiciales de corte acusatorio, se fueron modificando las características de la prueba pericial.

En los sistemas inquisitivos, los peritos son considerados "auxiliares de la justicia" y son tenidos en cuenta como expertos que ponen su conocimiento a disposición del tribunal en su objetivo de búsqueda de la verdad real, sin considerar los intereses específicos de cada una de las partes. En ese sentido, se prevé que su participación únicamente se dé en aquellos casos en que la ley específicamente lo prevea o a discrecionalidad del juez.[1]

En este tipo de sistemas, la prueba que se produce en el juicio es en general el informe y no el testimonio del perito que lo confeccionó.

1. Duce, Mauricio; Riego, Cristián, *Proceso Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 419-420.

Las personas que pueden ser designadas como peritos en una causa son aquellos que se encuentran inscriptos y seleccionados por el órgano judicial competente. El juez únicamente puede solicitar la intervención de un experto que se encuentre en el listado creado por ese órgano, presumiendo en consecuencia su idoneidad, la cual no necesita ser probada en la audiencia de debate. Justamente, en un contexto inquisitivo en donde no se daba una dinámica de examen y contra examen en una audiencia de juicio, se instala la idea de que la idoneidad y credibilidad de los peritos se deduce de su pertenencia a un listado oficial. Dicha circunstancia ha sido recogida en varios precedentes de nuestra Corte Suprema de Justicia.

En esa línea se expidió en el fallo "Peleriti" al sostener que

> En este sentido, cabe señalar que el citado cuerpo integra el Poder Judicial de la Nación conforme lo prevé el artículo 52 del Decreto-Ley 1285/58 y su informe no es solo el de un perito, ya que se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales.[2]

En cambio, en un sistema acusatorio, los peritos son "peritos de confianza de las partes". Son las partes las que deciden llevar o no a juicio a un perito, por lo que pasan a estar a disposición de las teorías del caso de cada una de ellas. Esto no significa que serán parciales, sino que mediante su experticia podrán apoyar científicamente la postura de la parte que los designa.[3]

Desaparece la idea de listado de peritos oficiales, para dar lugar a la idea de perito de parte respecto del cual habrá que demostrar y probar su idoneidad en juicio. Su credibilidad se basa, no en ser parte de un listado oficial, sino en la acreditación de su experiencia o conocimientos relevantes y especializados en un área determinada.

La prueba que se produce en juicio es el testimonio del perito experto, no su informe. Si el perito no comparece a la audiencia de juicio, no ingresa ninguna prueba pericial.

2. CSJN, Fallos: 319:103, 13/02/96.

3. Véase en este sentido Duce, Mauricio, *La prueba pericial*, Buenos Aires, Didot, 2013, p. 39.

En el caso "Sandoval",[4] resuelto por la CSJN, David Sandoval había sido enjuiciado por triple homicidio en un proceso anterior, al término del cual el tribunal de juicio había decidido absolverlo, en concordancia con el pedido que a su respecto había efectuado el Fiscal General. El nuevo debate que condujo a la condena que motivó el recurso de recurso de queja que trató el máximo tribunal se produjo como consecuencia de un recurso de casación presentado por la querella.

La acusación particular había recurrido la absolución de Sandoval debido a que sostenía que ante las conclusiones contradictorias en los dictámenes de los peritos de cada una de las partes, el tribunal de juicio había optado por absolver por duda y no hacer uso de su facultad de mandar a llevar adelante un nuevo peritaje que pudiera salvaguardar las discrepancias entre los diferentes exámenes que se habían realizado.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro dispuso dejar sin efecto la absolución y reabrir el debate, a efectos de llevar adelante el nuevo peritaje reclamado por la querella. Alegó que el pronunciamiento absolutorio no podía tener fundamento en la disidencia de opiniones entre los peritos, abdicando de la función jurisdiccional. Dijo que debió haberse intentado fundar la preferencia por alguno conforme a determinados criterios de valoración. En consecuencia, le confirió prioridad a la búsqueda de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales que hacen del juez un órgano activo en la investigación de esa verdad, priorizando así un razonamiento de corte inquisitivo.

Cuando el caso llegó a la Corte Suprema, el entonces juez Zaffaroni en su voto sostuvo que la anulación de dicho fallo basada esencialmente en la omisión por parte del tribunal de juicio de ordenar un nuevo peritaje a efectos de superar la disparidad de los criterios existentes entre los dos que habían sido producidos conllevaba no solo un apartamiento del sistema acusatorio, sino que, además, dejaba de lado el principio constitucional del *favor rei* y de su corolario *in dubio pro reo*.

> Ciertamente, en el propio pronunciamiento que decide la revocación de la absolución se indica en reiteradas ocasiones que diversas normas de procedimiento permitían o autorizaban al tribunal de juicio a proponer, en distintas etapas del proceso, la realización de un nuevo peritaje tendiente a acreditar la identidad de las huellas halladas en el escenario del

4. CSJN, Fallos: 333:1687, 31/08/2010.

> crimen, contándose incluso con la posibilidad de reabrir el debate luego de que fuera clausurado. Sin embargo, el tribunal a quo no parece haber reparado en que ni el acusador particular ni tampoco el público solicitaron al tribunal de juicio la realización del nuevo peritaje, cuando correspondía precisamente a ellos demostrar, con el grado de certeza que se exige para legitimar una condena penal, la culpabilidad del imputado, siendo que, además, el punto a desentrañar resultaba de suma trascendencia para la solución del litigio.[5]

Sin perjuicio de todo ello, sostuvo que, de considerar que no haber solicitado la medida configuró un error en que incurrió el órgano jurisdiccional, de seguro no le es achacable al enjuiciado ya que, en todo caso, se trataría de un descuido en el que cayeron el tribunal y las partes.

> En consecuencia, la hipótesis de error lleva a recordar que este Tribunal ha dicho en el ya citado caso "Polak" (Fallos: 321:2826) que "[e]l Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso".[6]

Lo sucedido en este caso y el fallo del Dr. Zaffaroni evidencia claramente que la producción de prueba pericial de oficio se distancia del sistema acusatorio receptado en nuestra Constitución Nacional; es decir, los peritos son una prueba de parte, que nada tiene que ver con el tribunal.

Diferencia entre opinión pericial y decisión judicial

Por otra parte, no se puede dejar de lado que la opinión pericial no reemplaza el razonamiento que debe realizar el juzgador. Sin embargo, muchas veces el juez no cuenta con el conocimiento específico y técnico necesario para comprender de manera independiente la prueba producida en el debate. Dicha circunstancia no debe obstaculizar el hecho de que se presente el testimonio de un perito como prueba, pero sí evitar que se admita prueba pericial que no es necesaria.

Puede ocurrir que el juez, de manera previa, posea conocimientos específicos sobre la materia; sin embargo, él no puede usar su conoci-

5. Cons. 21 del voto del Dr. Zaffaroni.

6. Cons. 22 del voto del Dr. Zaffaroni.

miento privado en su razonamiento. Ello, en tanto dicho conocimiento no se encuentra sometido a examen y contra examen, como sí lo está el de los peritos expertos. Su conocimiento se encuentra sujeto a los mismos controles que los de cualquier otra persona.

El juzgador tampoco puede decidir con su propio razonamiento cuestiones que requieren de un conocimiento experto porque no desea quedar obligado a la conclusión a la que arribó el perito.

Otro riesgo que puede acarrear la producción de prueba pericial es que aquella sea de baja calidad o de poca confiabilidad, lo cual puede llevar a que el tribunal falle de manera errónea.

> Por una parte, se puede constatar que en la medida en que la prueba pericial se utiliza extensivamente, para casos en los cuales no es necesaria, ello tiende a generar un proceso de sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, con lo cual se afectan las bases sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisiones judiciales. De otra, vinculada a la anterior, el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgamiento, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de información aportada por peritos y ello es causa potencial de un mayor porcentaje de casos que se deciden producto de errores judiciales.[7]

Un ejemplo de ello es cuando se cita a declarar a una persona que brinda una opinión basada en una ciencia que se encuentra en desarrollo o cuando se trata de una disciplina que no fue aprobada por la comunidad científica.

Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el año 1993, en el caso "Daubert v. Merrell Dow Pharms", estableció los requisitos y estándares que se deben tener en cuenta para admitir y valorar una prueba pericial. Aquellos fueron: a) que la teoría o técnica aplicada en dictamen pericial haya sido objeto de revisión por pares; b) que de la teoría o técnica aplicada sea conocido al margen de error y cumpla con los estándares de calidad en la práctica; c) que la teoría o técnica aplicada en el dictamen

7. Duce, Mauricio, "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional", en Accatino, Daniela (coord.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010, p. 48.

pericial tenga aceptación de la comunidad científica; y, d) que la teoría o técnica aplicada en el dictamen pericial haya sido sometida a prueba.[8]

Participación de la defensa en el examen pericial

Otro punto que debe tenerse en cuenta es la posibilidad de que acarree una nulidad el hecho de que un examen pericial sea celebrado sin dar participación a la defensa.

Para analizar dicha circunstancia, debe tenerse en cuenta el carácter del peritaje en sí, si aquel resulta ser un acto irreproducible o no y si dicho examen se trata de un peritaje propiamente dicho o de un mero informe técnico.

Tal como ya fuera señalado en este Capítulo, el objetivo de un peritaje es que una persona que posee un conocimiento especial proceda a interpretar una información, la cual sin su experticia no sería posible. En cambio, un informe técnico no requiere de un conocimiento especial del observador, sino que se trata de una descripción de eso que se observa, que es visible para cualquier persona.

Ya se ha expedido la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF en reiteradas ocasiones al respecto:

> Tal como sostuviera en numerosas oportunidades, la desgrabación de los mensajes telefónicos configura un simple informe técnico, cuyo valor probatorio tampoco se asemeja al de la prueba pericial, se distinguen en cuanto a que la pericia debe ser realizada por un experto en el tema sobre el que versa y del que tienen derecho las partes a participar de su realización, ya sea presenciando la medida o nombrando a un perito de parte, mientras que el informe técnico es meramente descriptivo, hace constar el estado de las cosas y no necesariamente debe ser realizado por un especialista en el tema.[9]

En razón de ello es que puede concluirse que, en caso de tratarse de un examen pericial, en el cual se requiere de un conocimiento específico por parte del observador, el no darle intervención a la defensa

8. Supreme Court of the United States, "William Daubert, et ux., etc., *et al.*, Petitioners v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.", 30/03/1993.

9. CAPPJCyF, Sala III, "D., F. M. s/ Art. 52, CC", causa Nº 19161-00-00/15, 29/03/2016, voto del Dr. Franza.

para su confección podría acarrear su nulidad. La posibilidad de su reproducción dará la posibilidad de que dicho acto pueda realizarse nuevamente con intervención de la defensa. Pero su no intervención en un acto que es irreproducible acarreará su nulidad.

Esa circunstancia no sucedería en el caso en que la defensa no participe de la realización de un informe técnico, en tanto las conclusiones que de aquel emanen no requieren de un conocimiento específico, sino que puede realizarlo cualquier observador por tratarse de una descripción neutral de lo observado, la cual sería la misma independientemente de la persona que la confeccione.

Prueba pericial respetuosa de la garantía contra la no autoincriminación

Respecto a la prueba pericial que pueda producirse con intervención del imputado, debe tenerse en cuenta que el imputado puede optar por abstenerse de realizar un peritaje que verse sobre ciertas cuestiones de su persona. Una de las razones que puede llevar al imputado a tomar esa decisión es que el examen a realizar pueda afectar su garantía a la no autoincriminación.

En ese sentido, también debe tenerse en cuenta que las manifestaciones que realice el imputado en el marco de un peritaje médico o psicológico nunca pueden utilizarse en su contra. Es decir, aquellas cuestiones que la persona imputada oralice respecto a los hechos objeto de la investigación que se está llevando en su contra, no pueden ser utilizadas en juicio como prueba en tanto se estaría violando la garantía a la no autoincriminación.

Justamente, un examen pericial efectuado por un cuerpo médico se encuentra previamente autorizado por un juez que específicamente, en virtud de lo manifestado por las partes, dispone sobre qué cuestiones debe versar el informe. Por ello, la declaración testimonial en juicio del perito que efectuó el examen en cuestión únicamente podrá descubrir aquellas cuestiones específicas sobre las que debía confeccionarse el peritaje y no sobre los dichos que pueda llegar a manifestar el imputado alrededor de los hechos en particular y su veracidad.

Sobre este punto, es atinado aclarar que es justamente en virtud de respetar la garantía a la no autoincriminación que ninguna de las manifestaciones que pueda efectuar el imputado a lo largo del proceso es realizada bajo juramento de decir verdad y es por esa cuestión en específico que ninguna de esas manifestaciones –incluida las que pueda llegar a expresar en el marco de un examen pericial– puede ser ingresada al debate como una declaración previa.

Sin perjuicio de ello, nada obsta a que la información que se pretende obtener mediante la confección del examen pericial pueda recabarse por otros medios legales de prueba. En ese sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Rau"[10] en donde hizo suyos los argumentos vertidos por el Procurador y dispuso que se dicte un nuevo fallo conforme a derecho.

En el caso en cuestión, en primera instancia, se había condenado al imputado a la pena de ocho meses de prisión por encontrarlo autor del delito de estafa cometido mediante el uso de documento privado falso. Sin embargo, la ex Cámara Nacional de Casación Penal anuló dicha sentencia y resolvió absolver al nombrado por considerar que se había vulnerado la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada.

En concreto, el imputado se negó a realizar un cuerpo de escritura para poder verificar si algunas firmas de ciertos documentos presentados como prueba habían sido suscriptas por aquel. En consecuencia, se realizó la pericia caligráfica sobre ciertas firmas que el imputado había consignado en piezas judiciales al momento de la instrucción de la causa, entre ellas, la declaración indagatoria. Su defensa reclamó la nulidad de dicho examen, en tanto consideró que no le fueron dadas a conocer las implicancias que podrían acarrear las firmas que estampara en toda la causa penal. Al respecto, el Máximo Tribunal sostuvo que las firmas y escrituras que el imputado consignó en el expediente no habían sido producto de un engaño que vulneró la libertad de aquel, ya que igualmente podían ser fácilmente logrados de registros bancarios y notariales, por ejemplo.

Sumado a ello, estableció que ni siquiera podía hablarse de error en tanto solo fueron utilizadas firmas que fueron consignadas en documentos públicos, no pudiendo alegar que no pueden ser aprovechadas

10. CSJN, Fallos: 339:480, 19/04/2016.

escrituras que inserte el imputado en cualquier ámbito si no se le hubiese dado a conocer las implicancias que se podrían derivar de esa actividad.

Específicamente, se sostuvo que la garantía constitucional establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo prohibiendo el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a obtener declaraciones acerca de los hechos que la persona no tiene el deber de declarar, sin embargo, dicho supuesto no abarca aquellos casos en que la evidencia se ha logrado obtener como consecuencia del ejercicio de la libre voluntad del imputado.

Por último, es dable señalar que se ha hecho la distinción respecto a cuáles son los casos en los que resulta necesario contar con la voluntad del imputado y cuáles son los que no se necesita, aunque sí sea necesaria una autorización judicial. En ese sentido, se ha dicho:

> Se puede trazar una distinción a partir del alcance dado a la garantía: esta solo protege las comunicaciones, sean verbales, escritas, gestuales, porque en esos casos la prueba está en la mente, cuya exteriorización depende de la voluntad del sujeto, de su conciencia y de los procesos de sus razonamientos. Cualquier tipo de coacción tendiente a obtener una comunicación está prohibido. Se dice que, en esos casos, el procesado es tratado como "sujeto de prueba", lo cual impide obligarlo a declarar, a realizar la reconstrucción de un hecho, o un cuerpo de escritura, o a aportar prueba incriminante. En cambio, el punto aquí tratado difiere notablemente: se prescinde totalmente de la voluntad, consentimiento o aquiescencia del sujeto, la prueba se va a buscar en su cuerpo. El procesado es tratado como "objeto de prueba", lo cual da lugar a la factibilidad de otras medidas, como la extracción de huellas dactilares, de pelos, de toma de fotografías, reconocimiento en rueda de personas por la fuerza, entre otras.[11]

Finalmente, sin perjuicio de que la forma en que habrá de incorporarse la prueba pericial se encuentra analizada de manera específica en los apartados que corresponden, resulta necesario resaltar algunas cuestiones de manera general, para luego, más adelante, adentrarnos en su estudio de manera detallada en los Capítulos que correspondan.

Por ello, a modo de conclusión y tal como ya fuera señalado anteriormente, en los sistemas de tipo acusatorio la prueba pericial habrá de ser admitida a efectos de acreditar la comisión del hecho objeto de

11. De Luca, Javier, "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales" en *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, T. 1, p. 396.

la investigación en curso, para lo cual habrá de evaluar su pertinencia, relevancia y legalidad. Dichas cuestiones habrán de ser analizadas en la etapa intermedia.

Luego, como ya fuera también indicado, en la audiencia de juicio oral se produce el testimonio del perito, no ingresa el informe en sí, en tanto esa documental es considerada como una mera declaración previa. Es justamente la producción de la declaración testimonial del experto la que va a permitir, mediante el examen y contra examen de las partes, evaluar su idoneidad y desacreditar o no el contenido de un informe.

Honorarios

Los peritos tienen derecho a percibir los honorarios respecto a la labor que hayan efectuado. Cobrarán el monto por parte de la jurisdicción en la cual tramitó el proceso para el cual prestaron sus servicios o por la parte condenada en costas que estuviere interesada en la realización del peritaje. Ello, siempre y cuando no sean personas que ya posean una remuneración por ejercer cargos oficiales desempeñados en virtud de conocimiento específicos de la ciencia, arte o técnica que el peritaje requiera.

El monto es fijado por el tribunal en el cual tramita el proceso según las leyes de aranceles aplicables, salvo en aquellos casos en los cuales el perito designado perciba una remuneración por el ejercicio de ese cargo de manera oficial, como se indicara en el párrafo anterior.[12]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que

> … la regulación […] no depende exclusivamente del monto del juicio o de las escalas pertinentes, sino de un conjunto de pautas que pueden ser evaluadas por los jueces, con un amplio margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo.[13]

12. Un ejemplo, es lo que ocurre con la Dirección de Medicina Forense de la CABA, que lleva a cabo pericias médicas, psicológicas y psiquiátricas a requerimiento de los magistrados judiciales y del Ministerio Público. Esta Dirección depende de la Secretaría de Apoyo Administrativo Jurisdiccional, es decir, forman parte del Consejo del Consejo de la Magistratura de la CABA, por lo que sus miembros perciben una remuneración salarial mensual de acuerdo al cargo desempeñado, como cualquier agente del Poder Judicial.

13. CSJN, Fallos: 316:87, 16/02/1993.

En el plano nacional, en el año 2017, se sancionó la Ley N° 27423 (BO: 33777 del 22/12/2017) que establece parámetros para la regulación de honorarios profesionales de abogados, procuradores y auxiliares de justicia. Aunque la sanción de esa ley ha sido de gran utilidad –e incluso ya ha sido materia de interpretación por parte de la CSJN–,[14] lo cierto es que aquella no resulta aplicable en el ámbito local teniendo en cuenta que, de momento, no se ha sancionado una ley específica que contemple los parámetros precisos en materia de regulación de honorarios ni ha adherido expresamente a la ley nacional.

Es por ello que, dependiendo de la actividad respecto de la cual tiene experticia el perito, el tribunal apelará a los parámetros establecidos por el cuerpo colegiado que agrupa y regula el desarrollo de cada actividad en concreto. Por ejemplo, ante el trabajo que pudo haber efectuado un perito traductor en el marco de un proceso, puede apelarse a la utilización del cuadro tarifario que remite el Colegio de Traductores Público e Intérpretes de la CABA.

Sin embargo, un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF ha establecido, basándose en jurisprudencia emanada de nuestro Máximo Tribunal, que el precedente citado resulta interesante por dos cuestiones: en primer lugar, porque el voto mayoritario, con apoyo en jurisprudencia de la CSJN, habilita a modificar el monto de honorarios cuando los parámetros tomados en cuenta arrojan resultados desproporcionados. A su vez, la mayoría menciona como pauta interpretativa los estándares de la ya derogada Ley N° 24432, aun cuando aquella regulaba la cuestión de los honorarios en el plano nacional. En ese sentido, en su voto en disidencia el juez Delgado expresamente descarta la aplicación de la Ley N° 27423, en tanto no existe ley en el plano local que adhiera a la regulación nacional.

Los honorarios habrán de ser fijados por el tribunal con la conclusión del caso. Es en ese momento procesal en donde, de corresponder, se impondrá el pago de las costas al vencido. Dentro de las costas se

14. La CSJN resolvió, por mayoría, que, en relación a la aplicación temporal de la nueva Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal, aquella no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la Ley N° 21839 (que regulaba la materia) y su modificatoria Ley N°24432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Cfme. CSJN, Fallos: 341:1063, 04/09/2018, voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrantz.

encuentra previsto el pago de los honorarios a los peritos que intervinieron en el proceso (art. 356 CPPCABA) y, en principio, deberá solventarlos quien fue condenado en costas, ello en tanto incluyen el pago de la tasa de justicia, los honorarios devengados por los abogados, procuradores y peritos y los gastos que se hubieran originado por el trámite de la causa (art. 344, CPPCABA).

> En ese sentido, la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF ha establecido: Respecto a quien debe afrontar el pago de los honorarios debo advertir que dicho importe responde a las tareas encomendadas al experto a fin de efectuar las pericias necesarias en el procedimiento, siendo que de no haber contado con su intervención se hubiera hecho imposible meritar los aspectos técnicos de la conducta bajo pesquisa. Dado que se archivó la actuación que motivó la intervención del perito, no ha habido partes vencidas y se trató de un gasto necesario para administrar justicia. En consecuencia, toda vez que la labor del perito ingeniero [...] fue producida a fin de cumplir con el servicio de administración de justicia y no como perito de parte, corresponde que los honorarios sean abonados por el Consejo de la Magistratura de la CABA.[15]

Entonces, de no existir un vencido, como puede ser en el caso en el que se haya suspendido el proceso a prueba y que luego, una vez cumplida, se dicte la extinción de la acción, el juez podrá decretar que los honorarios de los peritos intervinientes sean solventados por el Consejo de la Magistratura.

Capítulo 6
Reconocimientos

Artículo 145. Procedencia

A pedido del/la Fiscal, el/la Juez/a, ejerciendo el control de legalidad de la forma en que se realice la medida, podrá disponer que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la mencione o aluda efectivamente la conozca o la ha visto. El reconocimiento podrá efectuarse por medios técnicos, testigos o cualquier medio que permita la identificación.

15. CAPPJCyF, Sala III, "Incidente de apelación en autos 'NN sobre 94 - lesiones culposas'", causa N° 5305/2020-1, 10/08/2021.

Cuando el/la imputado/a o su defensor/a lo solicitaren, deberá concurrir el/la Juez/a a presenciar el acto.

Artículo 146. Interrogatorio previo

Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto la ha conocido o visto personalmente o en imagen.

El/la declarante prestará juramento de decir verdad, salvo que fuera imputado/a en la causa.

Artículo 147. Forma de la diligencia

La diligencia de reconocimiento deberá practicarse inmediatamente después del interrogatorio, poniendo a la vista de quien deba realizarlo a la persona que deba ser identificada o reconocida, junto con otras dos (2) o más de condiciones externas semejantes. La persona a reconocer o identificar podrá elegir colocación en la rueda.

En presencia de todas ellas, o desde donde no pueda ser visto, conforme el/la fiscal o el/la Juez/a, según el caso, lo estime oportuno, el que deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la rueda la persona a la que haya hecho referencia, invitándosele a que, en caso afirmativo, la designe clara y precisamente y manifieste las diferencias y semejanzas que observare entre su estado actual y el que presentaba en la época a la que se refiere su declaración.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignarán todas las circunstancias útiles, inclusive el nombre y el domicilio de los que hubieren participado en la rueda.

Artículo 148. Pluralidad de testigos y/o de sujetos a reconocer

Cuando varias personas deban identificar o reconocer a una, cada reconocimiento se practicará separadamente sin que aquéllas se comuniquen entre sí, pudiendo labrarse una sola acta. Cuando fueran varias las personas a las que una deba identificar o reconocer, podrá hacerse el reconocimiento de todas en un solo acto.

Artículo 149. Reconocimiento por fotografía

Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no estuviere presente, no fuera conocida o no pudiera ser habida, de la que

se tuvieran fotografías o pudiera estar en un registro fotográfico, se les presentarán éstas, con otras semejantes de distintas personas, a quien deba efectuar el reconocimiento. En lo demás, se deberá observar lo dispuesto en los artículos 146, 147 y 148. Solamente podrá realizarse el reconocimiento fotográfico de personas conocidas que puedan ser habidas cuando fuera notorio que al momento del reconocimiento ha cambiado su fisonomía, voluntariamente o por el transcurso del tiempo, y se cuenten con fotografías de época más cercana al hecho.

Artículo 150. Reconocimiento de cosas

Antes del reconocimiento de una cosa deberá invitarse a la persona que deba efectuarlo a que la describa.

Los documentos, objetos y otros elementos de convicción podrán ser exhibidos al/la imputado/a, a los testigos y a los peritos para que los reconozcan o informen sobre ellos.

Cuando se disponga el reconocimiento de voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán las disposiciones previstas para el reconocimiento de personas.

En lo demás y en cuanto fuere posible regirán las reglas que anteceden.

El reconocimiento como modalidad de información que ingresa a través del testigo

El reconocimiento es el acto procesal a través del cual una persona identifica cosas u otras personas o bien las señala como conocidas o que estaban en lugar determinado en un momento determinado. Es decir, la finalidad perseguida es doble: por un lado, puede servir para que el sujeto identifique al otro brindando datos personales que permitan individualizarlo de forma fehaciente. A su vez, puede ocurrir que quien tiene a cargo la tarea no conoce a la persona cuyo reconocimiento se procura, mas sí puede colocarla en un espacio temporal determinado.

Carnelutti dice que "[r]econocer es un conocer de nuevo, esto es, un conocer lo que ya se ha conocido".[16] Es, entonces, una evocación a

16. Carnelutti, Francesco, "Lecciones sobre el proceso penal", en Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 463.

un recuerdo que debe hacer quien practica el reconocimiento entre una cosa o persona de una primera percepción con aquella que lo es de posteriores percepciones. En consecuencia, solo podrá haber reconocimiento cuando una persona evoque un recuerdo de una primera percepción e indique la identidad de otra con esa que recordó.

En definitiva, el reconocimiento de personas constituye una herramienta tendiente a establecer la identidad o identificación de una persona o cosa por medio de otra que la menciona o alude, afirmando conocerla o haberla visto.[17]

Tradicionalmente se ha interpretado que el reconocimiento constituye un medio de prueba autónomo del resto de los mecanismos previstos por la ley procesal para introducir evidencia al proceso penal. Sin embargo, se ha recalcado su naturaleza mixta, en tanto el acto del reconocimiento en sí está precedido de la producción de prueba testimonial. Es que, tal como lo prevé el Código, es indefectible que el reconocimiento esté antecedido de un interrogatorio realizado a quien ejecutará el acto de identificación o individualización, en el marco del cual se le preguntará si conoce o vio en el pasado a la persona que se pretende reconocer o si puede describirla.

Ese interrogatorio previo no tiene otra finalidad más que dotar de credibilidad al acto de reconocimiento que ocurrirá a continuación, dado que si quien debe reconocer descarta de plano cualquier posibilidad de individualizar a quien se pretende reconocer, el valor del reconocimiento será al menos cuestionable.

Pese a estos reparos, se ha insistido en sostener la vigencia del reconocimiento de cosas o personas como un medio de prueba independiente,[18] tal como fuera receptado por el legislador local que, desde un punto de vista sistemático, optó por colocarlo dentro del título de prueba.

Algunos códigos procesales provinciales se alejan de la visión tradicional y se inclinan por descartar al reconocimiento como un medio de prueba en sí mismo.

17. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación .Análisis doctrinal y jurisprudencial,* Ed. Hammurabi , 5ª ed., 2013, T. II, p. 411.

18. En este sentido, Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba…, op. cit.*, p. 463.

Concretamente, en las provincias de Buenos Aires, Salta y Santiago del Estero al poner a cargo de la acusación la medida de reconocimiento de personas y no señalarla como un acto irreproducible, se la ubicó como un anexo de la declaración del testigo o víctima del hecho, provocando entonces que el reconocimiento sea una herramienta o una modalidad de ingreso de información a través del testimonio del testigo.

El Código Procesal Penal del Chubut (art. 210) expresamente refiere que serán aplicables al acto las reglas del testimonio y de la declaración del imputado, según quien lo practique. En su artículo 211 prevé la obligación de notificar del inicio del acto a las partes con la debida antelación y la posibilidad de notificar a la defensa pública, de oficio, para el caso de que no se designe una defensa particular. Establece además que el acta solo puede ser incorporada si participó la defensa y si fue videograbada, so pena de invalidez. Todo lo cual coloca el procedimiento bajo la órbita que hasta aquí se propuso, resultando más factible la producción de la prueba y el ingreso de la información obtenida con ella, a través del testimonio del/la testigo.

El Código Procesal Penal del Neuquén además (art. 139) expresamente refiere que los reconocimientos podrán ser realizados sin la participación del juez.

Consideramos que el reconocimiento no puede ser concebido *per se* como un medio de prueba. Ello porque ya sea que se trata de un reconocimiento de personas o de cosas, la realización de este acto, como se señalara al inicio, consiste en interrogar a un testigo determinado respecto de la posibilidad de reconocer, por ejemplo, a quien se le atribuye la participación en un determinado hecho ilícito. Aun cuando es cierto que la información que en definitiva suministrará quien reconoce es producto de la realización de un acto distinto a la producción de prueba testimonial en sí, es indiscutible que la única forma en que esa información ingrese al proceso penal es a través de la declaración de ese testigo. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de cosas, aunque volveremos sobre ese punto más adelante.

Esta cuestión abre un escenario de posibilidades en lo que respecta a concebir (o no) el acto del reconocimiento como un acto definitivo e irreproducible, extremo que abordaremos a continuación.

El reconocimiento como acto definitivo e irreproducible

Considerar un acto como definitivo e irreproducible acarrea que para que aquel sea válido, la Defensa debe poder participar del acto procesal y tener posibilidad de controlarlo.

Ahora bien, respecto al motivo por el que el legislador asume el reconocimiento como un acto de los llamados "definitivos e irreproducibles" se ha dicho que se hizo

> ... [e]n virtud de la especial naturaleza que reviste este medio de prueba derivada del factor psicológico preponderante en la persona llamada a reconocer, se advierte de inmediato que se está frente a un acto definitivo e irreproducible. En efecto, el juicio de identidad o diferencia que el reconociente expresa al serles exhibidas las personas de la rueda, configura una experiencia que, una vez efectuada y obtenido su resultado positivo o negativo, tornará ineficaz una nueva realización, desde que la imagen incorporada en ese acto viene a interferir en la cadena de evocación espontánea de la persona. Esto hace que perdiendo toda eficacia probatoria una eventual segunda realización de la diligencia, la misma deba ser considerada como irreproducible, pues no puede ser renovada en las mismas condiciones. En consecuencia, con el fin de asegurar la validez y seriedad del acto, le es aplicable el régimen que para tales actos prevén las leyes procesales.[19]

Contrariamente hay quienes argumentan que esta medida no debe ser interpretada como un procedimiento de estas características, en tanto el reconocimiento de personas, en la práctica, se realiza en más de una ocasión en un mismo proceso penal, siempre aduciendo "razones atendibles" (como ser la desfiguración de la persona a reconocer) por lo que la repetición es materialmente posible y por lo tanto, concluyen, no debe interpretarse en los términos primeramente reseñados.[20]

Dicho esto consideramos que si bien es cierto que el reconocimiento efectuado por un testigo evoca una experiencia psicológica única que no puede ser renovada, al menos en las mismas condiciones, no sería ilógico

19. Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba...*, *op. cit.*, p. 464.

20. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal...*, *op. cit.*, 5ª ed., 2013, T. II, p. 412.

sostener que ese acto sí puede volver a realizarse lo que, de ocurrir, podría en todo caso impactar en la credibilidad del testimonio de aquel que reconoce, dado que la contraparte cuestionará en caso de que los distintos actos de reconocimientos sobre una misma persona u objeto hayan arrojado resultados distintos en cada oportunidad.

Ahora bien, la participación de la defensa en este acto procesal deviene necesaria, independientemente de que aquel sea concebido como un acto irreproducible y definitivo. Su presencia tendrá como objetivo controlar la regularidad formal y cognitiva del acto y, por lo tanto, su notificación fehaciente y con antelación a la celebración de la medida resulta indispensable, so pena de nulidad.

En palabras de Miranda Estrampes, la participación de la defensa deviene imperiosa en miras a minimizar una eventual actuación sugestiva por parte de los órganos encargados de la investigación y disminuir los riesgos de contaminación que de ella se derivan, garantizando la imparcialidad de la identificación y mejorando la calidad del procedimiento.[21]

Requisitos para la validez del procedimiento

El texto legal dice expresamente: "cuando el/la imputado/a o su defensor/a lo solicitaren, deberá concurrir el/la juez/a a presenciar el acto" y lo refuerza en el artículo 147 –de las formas de la diligencia– cuando dice: "en presencia de todas ellas, o desde donde no pueda ser visto, conforme el/la fiscal, o el/la Juez/a…", con lo que si bien el/la juez/a de garantías dispone su realización la norma no le compele a que esté presente durante la formalización de la diligencia, sino que deja en cabeza de las partes –fundamentalmente de la defensa– la necesidad de su presencia en la diligencia.[22]

Se plantea entonces un problema en cuanto a la necesidad de la intervención judicial o no en el acto del reconocimiento.

21. Miranda Estrampes, Manuel, "Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales", en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 120.

22. Botana, María F., "Comentarios a artículos 227 a 251", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*., Ed. Hammurabi, T. 2, p. 144.

Es así que, por ejemplo, Palacio tiene dicho que el control judicial constituye una garantía de imparcialidad insoslayable en el reconocimiento que –en función de revestir los caracteres ya explicados– lo precisa para su validez.[23] Ello, en tanto el juez es el encargado de examinar la licitud, regularidad y suficiencia probatoria de los actos, a fin de verificar que no existan vulneraciones a los derechos fundamentales, por lo que el juez –entiende esta parte de la doctrina– debería estar presente en el acto.

Sin embargo, otra postura, como la receptada por el Código Procesal de la provincia de Buenos Aires (art. 257), no estima necesaria la participación judicial en el acto del reconocimiento de personas, toda vez que aquel, se entiende, se inscribe en el proceso penal como un medio de investigación por lo que ni siquiera requiere de autorización judicial para su realización. En esa línea, se sostiene que la exclusión de la intervención judicial radica en que si se interpretara de otra manera implicaría perder el requisito de inmediatez que esta medida conlleva, ya que el juez debería analizar su conveniencia sin estar al tanto de los pormenores que la justifican.[24]

En cualquier caso –y como lo establece la legislación de provincias como Salta, Neuquén y Chubut–, la medida deberá ser llevada a cabo con la debida diligencia, debiendo dejar constancia de la modalidad de la realización en el acta, de las fuentes de donde se extrajeron las fotografías utilizadas, y cumpliendo con los requisitos contemplados para la realización del reconocimiento por rueda (interrogatorio, celeridad de la medida, pluralidad de testigos), obviando incluso la notificación de los imputados o la defensa para su realización e inclusive si la persona a identificar hubiera podido ser habida.[25]

23. Palacio, Lino, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2000, p. 200.

24. Bernztein, Amanda, "Análisis legislativo de los reconocimientos de personas en las provincias argentinas", en Ordoñez, Pablo (dir.), *Medios de prueba en el proceso penal: reconocimiento de personas*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2019, T. 1, pp. 200-201.

25. Sobre este punto, CFSM, "Incidente N° 17: Linares, Samanta Anahí y otro s/ Incidente de nulidad", causa N° 7635/2020/1, 19/04/2021. Allí se sostuvo que "no son nulas las diligencias de indicación fotográfica realizadas en sede policial por no haber asistido a ellas las defensas de los encausados, ya que fueron llevadas a cabo con anterioridad a que los ahora enjuiciados se encontraran imputados o detenidos (en la causa) es decir que fueran sujetos de la investigación".

El régimen receptado por la ley procesal local si bien no exige la participación del órgano jurisdiccional en la ejecución de la medida –salvo requerimiento de la defensa– sí requiere que la realización del acto de reconocimiento sea previamente autorizada por aquel. Esta postura, aunque intermedia en lo que respecta a las concepciones tradicionales, no se corresponde con las facultades atribuidas al Ministerio Público Fiscal en tanto titular de la acción penal pública y, consecuentemente, quien tiene a su cargo la dirección de la investigación penal.

Sin embargo y más allá de la discusión doctrinaria planteada en cuanto a la necesidad o no de la orden judicial y participación del juez o jueza en la medida, la doctrina en general entiende que el requisito fundamental para la realización debida del procedimiento es el interrogatorio previo para que el/la testigo describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto la ha conocido o visto personalmente o en imagen, en tanto este funciona a favor de la exactitud, seriedad y fidelidad del acto en la medida que tiende a disminuir la posibilidad de error y resguarda la honestidad de la medida.[26]

Debe valorarse entonces el testimonio del testigo antes y después del reconocimiento ya que son parte y requisito de este y establecen la credibilidad y confianza que tiene el testigo en su memoria o recuerdo.

Es así que, atendiendo a las características psicológicas del acto, a las que se hizo referencia precedentemente, la valoración del testimonio resulta importante, toda vez que habrá errores en las diferentes etapas del testimonio, con lo que no resulta suficiente evaluar el resultado del reconocimiento de manera aislada sino en el marco del testimonio de ese testigo a lo largo de todo el proceso.

Reconocimiento por fotografías

Conforme el texto legal, cuando la persona que se pretende identificar no estuviera presente o no pudiera ser hallada, pero se tuvieren fotografías, se puede practicar el reconocimiento con ellas, exhibién-

26. Hegglin, María F, "El reconocimiento de personas: una medida de prueba falible y de consecuencias irreparables. Presentación del problema y estrategias para reducir el margen de error", en Ordoñez, Pablo (dir.), *Medios de prueba…*, *op. cit.*, T. 1, p. 37 y ss.

doselas al testigo junto con otras fotografías de distintas personas, pero con similares características.

Cabe resaltar que esta medida actualmente cobró especial relevancia debido a la facilidad de acceder a imágenes públicas contenidas en redes sociales.

Esto trae aparejada la necesidad de regular el reconocimiento fotográfico de manera específica o, al menos, de valorarlo a los fines de que se asuma que el procedimiento debe ser realizado con los requisitos previstos por el legislador so pena de nulidad.

Es que, por un lado, el acceso a la información digital puede traer problemas en cuanto al respeto que los agentes policiales y judiciales hicieran a los requisitos legales señalados. Véase que los investigadores policiales o judiciales tienen muy fácil acceso a cámaras en la vía pública, el uso de celulares, el acceso a redes, todo lo cual contribuye fuertemente a la obtención de imágenes para mostrar a testigos y a que los y las operadores actúen con menos recaudos, de manera discrecional, según su capacitación y la urgencia que estimen tiene el caso. Incluso, pueden derivar a un procedimiento de reconocimiento inducido, o a la exhibición de fotografías al observador y posteriormente realizar –una vez hubiera estado expuesto a esa información– el reconocimiento conforme la regulación legal vigente, lo que –como se verá a su tiempo– podría ser cuestionable.

En términos generales las legislaciones provinciales y la nacional entienden el reconocimiento fotográfico como aquel que deberá realizarse de manera residual o subsidiariamente al reconocimiento en rueda de personas.

En efecto, el Código Procesal Penal de la Nación (art. 274) establece para su viabilidad la ausencia del sujeto a reconocer, la imposibilidad de que sea habido y la disponibilidad de imágenes.

Inclusive otras provincias, como Córdoba, Entre Ríos y Mendoza, condenan con sanción de nulidad el hecho de que se realice por fuera de estas hipótesis incluidas en sus respectivos códigos procesales.

Cafferata Nores sobre esto tiene dicho que

> … se requiere que el individuo a identificar no pueda ser sometido personalmente al reconocimiento. Esto ocurrirá cuando se halle prófugo o

> se ignore su paradero o domicilio, o, habiendo sido localizado, no esté en condiciones de concurrir al lugar del acto. No basta la simple ausencia.[27]

La ley procesal local no es determinante en cuanto a que el reconocimiento por fotografías solo procede en aquellos casos en que la persona a reconocer no puede ser ubicada, sino que habilita el reconocimiento bajo esta modalidad cuando aun encontrándose a disposición, sus características fisonómicas pudieron verse alteradas por el mero transcurso del tiempo. En esos casos, el Código habilita el reconocimiento mediante la exhibición de fotografías que ilustren el aspecto físico de la persona a reconocer al momento del hecho investigado.

En cuanto a los medios técnicos utilizados, atendiendo el avance actual de la tecnología, algunos Códigos como el de Entre Ríos (art. 325) incluyen la utilización de imágenes fílmicas. De hecho, en el Código de Salta (art. 354) se prevé la posibilidad de utilizar material fílmico según el fiscal lo disponga. Todo lo cual implica el aprovechamiento de los recursos tecnológicos actuales y posibilitaría un mayor éxito de la medida.

Reconocimiento impropio

Este se configura cuando se invita a la víctima o al testigo a observar e indicar si en la sala donde se desarrolla el juicio se encuentra o no la persona por ella mencionada. No cabe duda de que la información que el testigo suministre en ese contexto forma parte de su declaración testimonial, y no precisa de la realización del procedimiento con los requisitos legales previstos para el reconocimiento de personas.

Otras formas impropias de reconocer podrían ser la vista accidental y el reconocimiento *in situ*, siempre que no implique llevar a la víctima a donde se encuentran los posibles autores y no se incurra en las deficiencias que implicarían la existencia de un reconocimiento inducido. Abordaremos esta última cuestión a continuación.

27. Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., 2001, p. 134.

Reconocimiento inducido

Distinto es el escenario que se plantea cuando la identificación tiene lugar a instancias de la actividad policial. Se trata del clásico caso en que se identifica a una persona ya esposada y detenida como supuesto autor de la agresión o bien cuando los operadores judiciales preguntan a la víctima o testigo si una persona ubicada en la sala de audiencias en el lugar del/la imputado/a es la o el autor de la agresión, pues ello es un método inaceptable para obtener la indicación.[28]

Al respecto, la ley procesal establece claramente un procedimiento para que el reconocimiento de personas tenga lugar, siendo un requisito ineludible al momento de la realización poner a la vista de quien deba realizarlo a la persona que deba ser identificada o reconocida, junto con otras dos (2) o más de condiciones externas semejantes. Sumado a ello, el Código establece que "[l]a persona a reconocer o identificar podrá elegir colocación en la rueda". Si, contrariamente, se coloca en ausencia a quien se pretende reconocer, los dichos del testigo sobre el punto no pueden tener mayor relevancia a los efectos de acreditar la proposición fáctica que la parte perseguía probar con esa maniobra.

Necesidad de la creación de un protocolo de buenas prácticas para el reconocimiento de personas

En definitiva, a los fines de lograr un efectivo procedimiento de reconocimiento de personas, para dotar de valor a la información que en definitiva se obtenga de esa práctica realizada en observancia de los estándares de la ley procesal local sería menester un protocolo de buenas prácticas. Sobre todo, para estandarizar la realización de la medida y que esta quede en cabeza definitivamente del órgano acusador quien tiene en su poder la decisión sobre la mayoría de los actos de investigación que se realicen en el procedimiento penal.

En este se deberán indicar las preguntas mínimas a realizarse al observador; la configuración de –en el supuesto de que se realizara un

28. Véase Ibarra, Javier A., "El reconocimiento de personas efectuado en vía pública. Una violación asintomática del debido proceso y del derecho de defensa en juicio", en Ordoñez, Pablo (dir)., *Medios de prueba…*, *op. cit.*, pp. 57-59.

reconocimiento fotográfico– un álbum de reconocimiento especial para el caso puntual, dejando debida constancia de la recolección de fotografías de personas con características físicas similares de un sistema universal y de fácil acceso que deberá ser exhibido debidamente al observador/a; la realización de un acta dejando constancia de su celebración, firmada por el/la compareciente que deberá acompañar el álbum de fotografías que a su vez no deberá tener ninguna identificación que indique a quién pertenece el rostro. Podría evaluarse la posibilidad de registrar mediante audio y video la toma de la declaración y del interrogatorio para poder ser remitido eventualmente a la defensa en conjunto con el acta y el álbum correspondiente, entre otras.

Sobre este punto cabe resaltar que, a los fines de realizar debidamente el reconocimiento, se deberá estandarizar –mediante la fijación de parámetros mínimos de conducción de la declaración– el interrogatorio que se le deberá realizar al observador.

Es así que para reducir el margen de error, se deberá tener en cuenta que aquella persona que identificará al testigo o al imputado/a posiblemente haya estado expuesta a factores que hubieran podido comprometer su capacidad de percepción (condiciones físicas, familiaridad del rostro, entrenamiento o experiencia del testigo, rol que ocupó en el hecho, tiempo transcurrido desde el suceso, exposición a otras imágenes de posibles sospechosos, entre otras). Ello, a los fines de evaluarlos en el caso en concreto y confrontar eventualmente al testigo sobre estos para arribar a una solución más justa.

Sobre este punto se realizaron una serie de recomendaciones para disminuir el margen de error que se puede producir por la incidencia de factores como los analizados: 1) que las personas que componen la rueda tengan el mayor parecido posible con el/la sospechoso/a (edad, vestimenta, entre otros), 2) que cualquier distintivo fisiológico del/la sospechoso/a se replique en el resto de las personas que participen de la rueda, 3) que se realice de a una persona observadora y que sus consideraciones sean reservadas de tal forma que no pudieran ser oídas ni leídas por otros u otras observadores que pudieran participar de procedimiento, 4) que se le brinden instrucciones claras al testigo, incluso que la persona sospechosa puede no estar en la rueda, que solo señalen si están seguros, 5) que solo sea válido si el observador no conocía al agresor, 6) que el testigo no tenga contacto con el/la sospechoso/a luego de la comisión del hecho,

7) que se evite la duplicación del procedimiento, 8) que las ruedas no incluyan más de un sospechoso/a, 9) que se deje registro visual del procedimiento y la composición de la rueda.[29]

Todo ello fue recogido en el ámbito internacional e incluso, en Estados Unidos de América, se formalizó el Eyewitness Identificaction Refom Act sancionada por la legislatura de Florida en el 2017, en la que se dispuso una serie de recomendaciones –vinculadas a las enumeradas previamente– y se agregó que se le debe advertir al testigo que la persona que realiza el procedimiento no sabe quién es el o la agresor/a, así como que el testigo debe firmar que "reconoce haber recibido las indicaciones que expresamente se prevén en el documento" y prevé consecuencias procesales para los testigos que no firmaran el documento que contiene las reglas del reconocimiento así como para el caso de que no se siguieran los requisitos previstos en la ley.

Reconocimiento de cosas

En este caso el legislador es claro en cuanto a que este reconocimiento constituye una manifestación más dentro de la declaración del testigo, en tanto el único requisito exigido sería que él o la testigo describa, de forma previa a la exhibición del elemento, y que de esto se deje constancia en la declaración. Lo dicho es equiparable al procedimiento para la exhibición a testigos de prueba material en la etapa del juicio oral y público.

En tal sentido el juez invitará a la persona que deba reconocer la cosa a que previamente la describa, pues dice Jauchen, la descripción previa del objeto, detallando su tamaño, color y sus particularidades, es importante para valorar con posterioridad el juicio de identidad o diferencia que quien reconoce luego refiera al serle exhibida en otro momento del proceso.[30]

Luego se procederá a exhibir la cosa junto a otras que presenten similitudes con ella. Esta exigencia también tiene la misma finalidad que la que debe observarse en la rueda de personas, procurando garantizar la eficacia y seriedad del acto. No obstante, en este caso, a di-

29. Hegglin, María F., "El reconocimiento…", *op. cit.*, pp. 46-47.
30. Jauchen, Eduardo, *Tratado de la prueba…*, *op. cit.*, p. 484.

ferencia de aquel procedimiento, la exhibición simultánea con otras semejantes se efectuará si fuere posible, lo que de modo alguno puede tornar inválido el acto.

Capítulo 7
Careo

Artículo 151. Oportunidad. Objeto. Juramento

Podrán ordenarse careos en el legajo de investigación, en las audiencias orales y en el debate.

Se podrá ordenar el careo de personas que en sus declaraciones hubieren discrepado sobre hechos o circunstancias importantes, o cuando se estime de utilidad para el esclarecimiento de los hechos.

El/la imputado/a podrá también solicitarlo, pero no podrá ser obligado a carearse.

Los que vayan a ser careados deberán prestar juramento antes del acto, bajo consecuencia de nulidad, a excepción del/la imputado/a.

Artículo 152. Forma

El careo se realizará entre dos (2) personas. Cuando se realice en el legajo de investigación, al del/la imputado/a no podrán asistir la querella ni sus representantes; excepto que se trate de la persona careada.

Para efectuarlo se leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias y se llamará la atención de los careados sobre las discrepancias, a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra; pero no se hará referencia a las impresiones del/la Fiscal acerca de la actitud de los careados.

Concepto. Incompatibilidades

El careo es contemplado en el CPPCABA como un medio de prueba que procede cuando se verifican, sobre un mismo punto, contradicciones entre los dichos de los testigos. En concreto, la norma procesal habilita la realización del careo entre testigos bajo las siguientes cir-

cunstancias: cuando hay discrepancias o contradicciones sobre un hecho o las circunstancias que lo rodearon entre las declaraciones testimoniales de dos personas o entre la de un testigo con la declaración del imputado/a. Su objetivo es aclarar dichas contradicciones a través de la ratificación o rectificación de sus declaraciones anteriores.

El careo es un medio de prueba de raíz netamente inquisitiva, tan es así que fue receptado, originalmente, en el artículo 225 del Código Procesal Penal de la Nación, y pensado en un sistema donde el fin del proceso penal es la averiguación de la verdad real, principio fundamental de un modelo de corte inquisitorial, donde el órgano jurisdiccional tiene a cargo esa tarea, disponiendo de distintos medios de prueba a tal efecto.

Desde esa perspectiva se ha sostenido que

> ... el careo es un enfrentamiento directo e inmediato (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál de ellas es la que mejor puede reflejar la verdad...[31]

En este mismo sentido, se ha opinado que "se orienta decididamente a la averiguación de la verdad" y que resulta

> ... el acto procesal por el cual se somete a dos órganos de prueba (testigos) que ya han depuesto en el proceso, a un contradictorio activo sobre sus dichos divergentes que aparezcan dudosos, para descubrir la verdad acerca de un hecho interesante para el proceso.[32]

En contraposición, en los sistemas adversariales el concepto de verdad funciona como una garantía en sí misma, esto en tanto la tarea del juzgador no será verificar la existencia de los hechos, sino que le exigirá la verdad a las partes, la que al mismo tiempo se construirá a través del contradictorio.[33] En definitiva, se trata de que el juzgador construya su decisión final acerca de la existencia de un hecho delicti-

31. Cafferata Nores, José; Montero, Jorge; Vélez, Víctor; Ferrer, Carlos; Novillo Corvalán, Marcelo; Balcarce, Fabián; Hairabedián, Maximiliano; Frascaroli, María S.; Arocena, Gustavo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, Ciencia Derecho y Sociedad, 2ª ed., 2004, p. 335.

32. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1963, T. III, pp. 141 y 143.

33. En este sentido, véase Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc., 2013, T. I, p. 103.

vo y de sus circunstancias, con la información que las partes le suministran durante el desarrollo del juicio oral y público.

Desde esa perspectiva, el careo no puede ser concebido como un medio de prueba en sí mismo en el juicio oral y público, sino más bien como un mecanismo o medio de investigación. Veamos por qué.

Es que su propia definición establece que su razón de ser es enfrentar a dos testigos que han prestado declaración testimonial en el marco del debate pero que han aportado información contradictoria sobre un mismo hecho. De este modo, de verificarse el presupuesto fáctico que prevé la norma procesal para que proceda el careo, estaremos ante un problema de credibilidad de los testigos pero de modo alguno –desde la lógica adversarial– esa circunstancia debiera habilitar a enfrentarlos para que el juzgador pueda concluir qué versión debe prevalecer respecto de ese hecho controvertido.

En todo caso, corresponde al litigante trabajar las razones por las cuales deberán primar los dichos de su testigo por sobre las afirmaciones de otro que también ha declarado sobre el mismo punto durante el debate. Esa tarea se realiza planificando debidamente el examen directo de los testigos de cargo, de modo tal de trabajar la credibilidad de su testimonio, y, por otro lado, abordando el contra examen del testigo de la contraparte que contradice la versión del primero, de modo tal de dejar en evidencia su falta de credibilidad.[34]

En definitiva, el objetivo final es suministrar información de calidad a quienes tendrán la tarea de valorar la prueba producida en ese contexto y, en base a ella, dictar la sentencia. Una interpretación distinta habilitaría a sacar conclusiones sobre la base de la discusión que mantienen dos testigos en la sala de audiencias, donde se ponen en juego incluso aptitudes personales de cada uno, pues quien sea mejor orador o tenga mayores habilidades para defender su posición podrá generar una mejor impresión en el tribunal.

En este contexto, abonamos la postura de aquellos que sostienen que el careo no puede servir por sí solo como medio de prueba para acreditar la teoría del caso de las partes en el juicio oral y público, sino que en verdad corresponde que sea concebido únicamente como un medio de investigación. Ello en tanto bien podría la Fiscalía, durante la etapa preparatoria y ante la existencia de versiones contrapuestas sobre una

34. Véase Rua, Gonzalo, *Contraexamen de testigos*, Buenos Aires, Didot, 2014, p. 47.

misma proposición fáctica, someter a los testigos a un careo de modo tal de poder descartar hipótesis investigativas o bien trazar nuevas.[35]

Desde esta perspectiva, aun cuando se habilite la realización de un careo entre testigos en la etapa de juicio, la información que surja de la discusión entre los testigos de modo alguno podrá, por sí sola, ser utilizada por el tribunal para tener por acreditado alguno de los hechos del caso. Ello en tanto, como se señalara anteriormente, resulta ser información de baja calidad que no es producto de la actividad propia de los litigantes.

Personas intervinientes

Sin perjuicio de la posición tomada respecto de la imposibilidad de incluir el careo como un medio de prueba en sí, dada su implementación y actual vigencia en el régimen procesal local, corresponde abordar algunas cuestiones relativas al modo en que se implementa.

El careo puede realizarse entre dos testigos –o más– o entre un testigo e incluso entre un testigo y el imputado/a. Consideramos que esta última posibilidad reduce aún más la información de calidad que se pueda llegar a obtener a partir de la implementación del careo entre un testigo y el propio imputado, esto teniendo en cuenta que este último no declara bajo las mismas formalidades que lo hace el testigo; es que en la medida en que se encuentra amparado por la garantía de prohibición de autoincriminación forzada, no declara bajo juramento de decir verdad e, incluso, puede abstenerse de contestar determinadas preguntas. Es por este motivo que la medida únicamente procede cuando la persona sometida a proceso presta su consentimiento para participar de esa actividad. Sin embargo, por las condiciones señaladas, la información que puede obtenerse de ese ejercicio es aun de menor calidad para el juzgador. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Por otra parte, a fin de respetar la dignidad humana (art. 11 CADH), se deberán ponderar los derechos de las personas que participaran en el careo desde la óptica de la perspectiva de género e identidades disidentes, y deberá excluirse su utilización, en el caso de que se pueda aportar otro tipo de prueba que despeje la duda creada por los testi-

35. Véase Rua, Gonzalo, *Examen directo de testigos*, Ediciones Didot., 2015, pp. 52-53.

monios contradictorios. Insistimos nuevamente que la contradicción entre los dichos de los testigos sobre un mismo punto se resuelve a través de la actividad de las partes al momento de la producción de esa prueba testimonial –abordando la cuestión relativa a la credibilidad del testigo– y no a través del careo, máxime cuando su realización pueda colocar a alguno de los testigos en una situación de vulnerabilidad.

En este sentido se ha dicho que

> ... se encuentra también la necesidad de evitar la revictimización de la mujer víctima, puesto que ello es repudiado por la Ley 26485, artículo 3, inc. k., procurando evitar la revictimización de estos testigos vulnerables. Con estas premisas, es claro que la Sala ponderó los principios en juego para sostener que el careo no era indispensable y que se habían dado razones suficientes para su denegatoria, dentro de las facultades que le son propias y sin demostrarse absurdo normativo o arbitrariedad en el razonamiento desarrollado. Es que la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere que se otorgue a los interesados la ocasión adecuada para su audiencia y prueba, en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales, pero ese derecho no es absoluto, sino que está sujeto a las reglamentaciones necesarias para hacerlo compatible con los derechos de los demás litigantes y con el interés social en obtener una justicia eficaz. Y en este delicado equilibrio, el recurrente no demuestra que, en el caso, corresponda hacer prevalecer el derecho que invoca por encima de la protección contra la revictimización de la víctima.[36]

Derechos del/la imputado/a

Como indicáramos en el apartado anterior, existen limitaciones en materia de careo cuando uno de los sujetos que participa de la medida es el propio imputado.

La garantía constitucional que prohíbe que el imputado sea obligado a declarar contra sí mismo trae aparejado que en caso de declarar, no lo hará bajo juramento de decir verdad, del mismo modo que tampoco está obligado a prestar colaboración ni en la investigación ni en la acreditación del hecho por el que se lo acusa (art. 18, CN; art. 8.2.

36. CSJSF, "L., D. E. s/ Queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad", causa N° AST267P447, 23/03/2016.

g, CADH). Consecuentemente, la norma procesal impide que quien resulte imputado en el caso sea obligado a participar de un careo.

Sobre este punto, corresponde remitir a las consideraciones realizadas al momento de analizar las extracciones compulsivas de material genético, en tanto la realización del careo es un acto donde se aprecia de forma nítida el rol de la persona imputada como "sujeto de prueba", esto en tanto para que ese medio probatorio se torne operativo, requiere de su participación activa a través de su declaración, de modo tal de desvirtuar la versión de un testigo acerca de un mismo punto. Es por ello que la falta de consentimiento libre y expreso de quien se encuentra sometido al proceso acarrea directamente la inoperatividad de la medida, de otro modo, sería prueba obtenida ilegalmente.

En concordancia con ello, en un caso donde se analizó el careo con participación del imputado, se ha sostenido que

> … [e]l careo se trata de un derecho estrechamente asociado al derecho a defenderse personalmente y a interrogar a los testigos de cargo […]. Se trata, además, de un caso de intervención del imputado que la ley establece específicamente, por lo que su inobservancia conlleva una nulidad de orden general (artículo 72 inc. 3º en función del artículo 154 del CPP), que acarrea la nulidad del debate en el que no se permitió reconvenir ni preguntar al imputado, al único testigo de cargo.[37]

El caso es interesante porque la discusión era inversa a la planteada al inicio de este apartado, pues era el imputado quien había solicitado el careo con el testigo, medida que había sido rechazada por el tribunal bajo el argumento de que el imputado no declaraba con las mismas formalidades que el testigo, esto es, que no lo hacía bajo juramento de decir verdad.

Si bien compartimos que el ejercicio del derecho de defensa supone tener la posibilidad de examinar la prueba de cargo, entendemos que aquel derecho se materializa dándole la posibilidad a la defensa técnica de contraexaminar a los testigos de la acusación, ocasión en que podrá ahondar sobre distintas cuestiones con el objetivo de desacreditar la credibilidad de la versión por aquellos hechos brindada, lo que demuestra también la innecesaridad del careo.

37. CAPPJCyF, Sala III, "Velázquez, Miguel Ángel s/ art. 189 bis, CP", causa N° 16859-01-00-13, 23/12/2014, del voto en disidencia del Dr. Sergio Delgado.

Capítulo 8
Medidas especiales de investigación

Artículo 153. Implementación de medidas probatorias

Las medidas especiales de investigación serán procedentes únicamente en la investigación sobre la posible comisión de los siguientes delitos: Ley 23737 y modificatorias, en delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127, 128 y 131 del Código Penal, y delitos cuyas penas fueran superiores a tres (3) años de prisión en abstracto y que se justifiquen en la complejidad de la investigación del hecho, solicitará autorización al/la juez/a por auto fundado, bajo pena de nulidad.

Su aplicación deberá regirse sobre la base de los principios de necesidad, razonabilidad, subsidiariedad y proporcionalidad, con criterio restrictivo, debiendo ponderar en todo momento la gravedad del delito investigado y su complejidad.

El juez resolverá la petición dejando constancia, en acta reservada, la que deberá contar con la solicitud del fiscal, los fundamentos que esgrime, así como también la decisión adoptada, sus fundamentos y bajo pena de nulidad.

En los casos en que el/la Juez/a acepte la solicitud deberá consignar en el acta la duración de la medida, los límites y condiciones bajo las cuales puede desarrollarse y los plazos de seguimiento y revisión de la medida dispuesta. El fiscal podrá solicitar ampliaciones de la medida y prórrogas a su duración en entrevista personal con el/la Juez/a, quien, luego de escuchar las razones que fundamentan el pedido, resolverá dejando constancia en acta en la forma prevista para la primera solicitud.

Artículo 154. Tipos

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 153, en las condiciones allí establecidas, se podrán disponer las siguientes medidas especiales de investigación:

a. Agente encubierto: es el funcionario de las fuerzas de seguridad o de investigación judicial que, con autorización judicial, presta su consentimiento y ocultando su identidad o utilizando una falsa se introduce en organizaciones delicti-

vas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación.

Dispuesta la actuación por el/la Juez/a, a pedido del Ministerio Público Fiscal, su designación y la instrumentación necesaria para su protección está a cargo del Ministerio de Justicia y Seguridad o el organismo que en un futuro lo reemplace, con noticia al fiscal con quien actuará en relación directa.

b. Agente revelador: es el funcionario de las fuerzas de seguridad o de investigación judicial designado a fin de ejecutar el transporte, compra, para sí o para terceros, de dinero, bienes. servicios, armas, o participar de cualquier otra actividad de una organización delictiva, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. El accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a introducirse en organizaciones delictivas.

Dispuesta la actuación por el el/la Juez/a, a pedido del Ministerio Público Fiscal, su designación y la instrumentación necesaria para su protección está a cargo del Ministerio de Justicia y Seguridad o el organismo que en un futuro lo reemplace, con noticia al fiscal con quien actuará en relación directa.

El/la Juez/a, a pedido del Ministerio Público Fiscal, podrá establecer qué agentes de las fuerzas policiales y de seguridad en actividad lleven a cabo las tareas referidas actuando como agentes reveladores, teniendo a su cargo la designación del agente revelador y la instrumentación necesaria para su actuación. El Ministerio de Justicia y Seguridad o el organismo que en un futuro lo reemplace reglamentará las cuestiones atinentes a la procedencia y forma de contraprestación económica, con noticia al fiscal y con quien actuará en relación directa.

c. Informante: es la persona que, bajo reserva de identidad aporta a las fuerzas de seguridad u otros organismos encargados de la investigación de hechos ilícitos, datos, informes,

testimonios, documentación o cualquier otro elemento o referencia pertinente y útil que permita iniciar o guiar la investigación de hechos, pudiendo obtener a cambio un beneficio económico. No podrán ser informantes el personal que pertenezca o haya pertenecido a alguna de las fuerzas de seguridad u organismos de inteligencia del estado. El Ministerio de Justicia y Seguridad o el organismo que en un futuro lo reemplace reglamentará las cuestiones atinentes a la forma de contraprestación económica.

d. Entrega vigilada: El/la Fiscal, con inmediata noticia al/la Juez/a, podrá autorizar que se postergue la detención de personas o secuestro de bienes cuando estime que la ejecución inmediata de dichas medidas puede comprometer el éxito de la investigación.

e. También podrá disponer la suspensión de la entrega vigilada y ordenar la detención de los partícipes y el secuestro de los elementos vinculados al delito, si las diligencias pusieren en peligro la vida, la integridad de las personas o la aprehensión posterior de los partícipes del delito, sin perjuicio de que, si surgiere ese peligro durante las diligencias, los funcionarios públicos intervinientes de la entrega vigilada apliquen las normas de detención establecidas para el caso de flagrancia.

Artículo 155. Reglas de actuación

Ningún integrante de las fuerzas de seguridad o policiales podrá ser obligado a actuar como agente encubierto ni como agente revelador. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desfavorable para ningún efecto.

El agente encubierto, el agente revelador y el informante serán convocados al juicio únicamente cuando su testimonio resultare absolutamente imprescindible. Si la declaración significare un riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando frustrare una Intervención ulterior, se emplearán los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro. La declaración prestada en estas condiciones deberá valorarse con especial cautela por el tribunal interviniente.

No se ejercerá la acción penal contra el agente encubierto o el agente revelador que incurriere en un delito como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro.

Cuando el agente encubierto, el agente revelador o el informante hubiesen resultado imputados en un proceso, harán saber confidencialmente su carácter al/la Juez/a interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda. Si el caso correspondiere a las previsiones del presente capítulo, el/la Juez/a lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado.

Artículo 156. Registro de las medidas. Duración. Confidencialidad. Destrucción

Las medidas especiales de investigación previstas en el artículo 154 serán registradas mediante cualquier medio técnico idóneo que asegure la valoración de la información obtenida, debiendo resguardarse su inalterabilidad y la cadena de custodia.

Las medidas especiales no podrán exceder de noventa (90) días, prorrogables por idéntico término y por única vez, por auto fundado, bajo pena de nulidad.

Para los funcionarios encargados de efectuar la intervención y el resguardo rige el deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por estos medios, excepto respecto de la autoridad que la haya requerido. Quienes incumplan este deber incurrirán en responsabilidad personal.

El/la juez/a dispondrá por auto fundado a pedido del/la Fiscal, la destrucción ante la presencia de al menos dos testigos del material registrado que no tenga vinculación con la causa.

Introducción. Ámbito de aplicación

La Ley N° 6020[38] que realizó diversas modificaciones al régimen procesal local trajo consigo la introducción de nuevas medidas de

38. Ley N° 6020, 04/10/2018, publicación BOCBA N° 490 del 01/11/2018.

pruebas de las ya previstas hasta ese momento en el Título III del Código. De este modo se incorporaron las figuras del agente encubierto, el agente revelador, el informante y la entrega vigilada como nuevas herramientas para los casos en que se trate de delitos que, por su naturaleza, tornen compleja su investigación.

Los antecedentes en el plano nacional se remontan al año 1994, cuando se sancionó la Ley N° 24424,[39] que implementó la figura del agente encubierto y la entrega vigilada como herramienta para investigar delitos vinculados al narcotráfico, además de contemplar la figura del arrepentido, posteriormente regulada en la Ley N° 27304, que introdujo reformas al Código Penal.[40] Se sostiene que la incorporación de nuevas técnicas de investigación persiguió debilitar los pilares del crimen organizado, esto

39. La Ley N° 24424, 07/12/1994, introdujo modificaciones a la Ley N° 23737, Tenencia y tráfico de estupefacientes, e incorporó el art. 31 bis que establecía: "Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad. La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, este declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinques".

40. La Ley N° 27304/2016 regula la figura del arrepentido; este instituto supone la reducción de penas para aquellos autores o partícipes de ciertos delitos, narcotráfico, delitos aduaneros, algunos delitos contra la integridad sexual, trata de personas, delitos de orden económico, asociaciones ilícitas, entre otros, que brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles respecto de alguno de los delitos en los que participaron y por los cuales se encuentran sometidos a proceso en el ámbito penal (art. 41 *ter* CP). La ley específicamente aclara que para que proceda el instituto debe mediar un acuerdo con la persona imputada, ello además de establecer concretamente la oportunidad en que dicho acuerdo podría tener lugar, los criterios que deben regir su aplicación, la necesidad de que medie homologación judicial y los estándares para su valoración.

en la medida que se emplean técnicas acordes al nivel de especialización que la comisión de este tipo de delitos supone.[41]

No obstante, en el año 2016 aquella regulación fue derogada por la Ley N° 27319[42] que implementó las figuras del agente encubierto, el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y prórroga de jurisdicción como medidas especiales para la investigación de ciertos delitos, los que están expresamente enumerados en la norma. Concretamente, en el artículo 2 de la norma circunscribe su aplicación a los supuestos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes (inc. a); al delito de contrabando –en cualquiera de sus modalidades– (inc. b);[43] cuando se investiguen conductas compatibles con actividad terrorista (inc. c);[44] los delitos de corrupción de menores, promoción o facilitación de la prostitución, explotación económica de la prostitución y conductas vinculadas con la producción y difusión de material de abuso sexual infantil, en sus distintas modalidades (inciso d);[45] delito de privación ilegítima de la libertad agravada –ya sea por las características de la víctima, del hecho o la participación de fuerzas de seguridad– y de secuestro extorsivo (inc. e):[46] el delito de trata de personas, en cualquiera de sus modalidades (inc. f),[47] los delitos llevados a cabo por asociaciones ilícitas (inc. g) y los casos en que se investigue lavado de activos.

De este modo, se verifica que el sistema pensado por el legislador impide que estas medidas, aunque útiles, se empleen en la investigación de otro tipo de delitos distintos a los enumerados. Y el fundamen-

41. Falcone, Roberto; Contín, Néstor; Simaz, Alexis, *Derecho Penal y tráfico de drogas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 2014, p. 384.

42. BO N° 33509 del 22/11/2016.

43. Se refiere a las conductas tipificadas en la Sección XII, Título I del Código Aduanero, el delito de contrabando y encubrimiento de contrabando.

44. Concretamente, la Ley N° 27319 se refiere a "todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 Quinquies del Código Penal", el que prevé una agravante genérica que incrementa en el doble el máximo y el mínimo de la pena establecida para el delito en particular, para los casos en que aquel "hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo".

45. CP, arts. 125, 125 bis, 126, 127 y 128.

46. Ibídem, arts. 142 bis, 142 ter y 170.

47. Ibídem, arts. 145 bis y ter.

to de ello radica en las tensiones que genera el uso de estas técnicas especiales en materia de las garantías constitucionales que rigen en todo proceso penal, cuestión que se abordará más adelante.

En el ámbito local el proyecto de la Ley N° 6020 inicialmente no establecía una enumeración de delitos que habilitaban la aplicación de estas nuevas medidas de investigación; contrariamente, se habilitaba su procedencia cuando "las finalidades de la investigación no se pudieran lograr de otro modo", siempre previa disposición judicial basada en criterios de necesidad, razonabilidad, y proporcionalidad, señalando solo el carácter restrictivo de las mismas.[48] Esa redacción recibió muchas críticas durante el debate en Comisión,[49] lo que finalmente condujo a ajustar el texto a un criterio que, aunque bastante similar al seguido en el plano nacional, resulta ser mucho más amplio.

La enumeración del artículo 153 establece que las figuras de agente encubierto, agente revelador, el informante y la entrega vigilada son aplicables a los procesos en los que se investiguen algunos de los delitos contemplados en la Ley N° 23737, corrupción de menores (art. 125 CP), promoción o facilitación de la prostitución, en cualquiera de sus modalidades (art. 125 bis y 126 CP), explotación económica de la prostitución (art. 127 CP), delitos atenientes a la producción de imágenes de explotación sexual infantil y de cualquier otra de las conductas de las contempladas en el artículo 128 del CP, y del delito de *grooming* (art. 131 CP). Sin embargo, a ese catálogo se le suman los "delitos cuyas penas fueran superiores a tres (3) años de prisión en abstracto", exigiendo para ese último supuesto que la complejidad de la investigación lo justificare. Si bien la norma no es precisa sobre ese punto, consideramos que se trata de delitos cuyas penas mínimas superan los tres años de prisión, esto teniendo en cuenta la implicancia negativa que la utilización de este tipo de herramientas de investigación supone en el plano de las garantías básicas que rigen todo proceso penal. Una interpretación distinta habilitaría el uso

48. Proyecto de Ley N° PDLEY-2018-21-AJG, referencia: EX-2018-17115138-MGEYA-SSJUS, del 18/06/2018.

49. Los legisladores Santiago Roberto, Claudio Heredia y Silvia Gottero observaron el despacho N° 642/18 de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia, indicando que la "incorporación de medidas de investigación propuestas alcanzan un nivel preocupante ya que consideramos que este tipo de medidas deben ser excepcionales y solo utilizarse en la persecución de los delitos más graves. De aprobarse este proyecto de reforma se podrían aplicar a delitos menores e, inclusive, a la investigación de contravenciones".

de estas medidas para delitos que, en definitiva, utilizando como parámetro objetivo la escala penal prevista, no han sido considerados graves por el legislador, característica que sí resulta de vital relevancia para la procedencia de estas técnicas investigativas.

Es que, avanzando en la letra de la norma, se indica que, además de la complejidad en la investigación, debe ponderarse la "gravedad del delito investigado".

No resulta claro, de la redacción de la norma, si la gravedad de los delitos especialmente enumerados debe presuponerse o bien si ese análisis es exigible solo para el caso de los tipos penales cuya escala penal es la que habilitará la procedencia de alguna de las medidas. Esta circunstancia no es menor, dado que si efectivamente se interpreta que la gravedad de una conducta está determinada solo por el hecho de encuadrar en alguno de los delitos especialmente individualizados impediría a los jueces y juezas analizar ese aspecto al momento de evaluar la viabilidad de estas figuras en el caso concreto. Esa idea resultaría incluso contradictoria con los principios de necesidad, razonabilidad, subsidiariedad y proporcionalidad que, como se desarrollará más adelante, rigen la aplicación de alguna de estas medidas, por lo que debe ser desechada, habilitando así a un análisis de las circunstancias fácticas en concreto, más allá de su encuadre preliminar en algunos de los tipos penales para cuya investigación se autoriza recurrir a este tipo de medidas. En definitiva, el criterio rector debe ser, además del tipo de delito que se trate, verificar si efectivamente, además de ser un hecho grave, su investigación reviste una complejidad tal que habilite echar mano a estas nuevas medidas probatorias.

Implicancias constitucionales

Existe una tensión en lo que refiere al empleo de este tipo de técnicas de investigación en contraste con el bloque de garantías constitucionales y derechos fundamentales. Del mismo modo –aunque en mayor medida– que lo que ocurre con el allanamiento o las intervenciones telefónicas, que afectan sin duda derechos tales como la propiedad y la intimidad, en el caso de estas herramientas, además, su aplicación puede traer implicancias en el plano de la garantía de au-

toincriminación forzada, el ejercicio pleno del derecho de defensa y también en lo relativo al debido proceso legal.

En lo que refiere al derecho a la intimidad, la discusión radica en si el uso de agentes encubiertos –que supone la infiltración en una organización determinada– significa por sí una afectación inmediata a su intimidad: y la respuesta es afirmativa. Lo que habrá que evaluar es si dicha intromisión resulta inconstitucional. En tal sentido, parte de la doctrina sostiene que si el agente ingresa a la morada del investigado, su actividad resulta contraria al plexo constitucional,[50] esto en la medida que el consentimiento que puede dar aquel se encuentra viciado por desconocer la calidad del agente.

En lo que respecta a la prohibición de autoincriminación forzada, es el rasgo distintivo de la mayoría de estas medidas el que genera mayor tensión con esta garantía y es, justamente, la posibilidad de obtener prueba a instancias del investigado, pero a sus espaldas. Específicamente, ocurre el empleo de agentes reveladores, encubiertos o el informante, que el investigado desconoce en absoluto la verdadera identidad de aquel con quien interactúa y a quien, en definitiva, brinda información que luego será eventualmente utilizada para sostener una acusación en su contra.

Por otro lado, en lo que refiere al ejercicio del derecho de defensa en juicio, el principal problema ya no radica en el modo en que se obtiene la prueba sino en cómo aquella es presentada en el juicio oral y público. Es que, en pos de resguardar la integridad del agente, la ley procesal a nivel local ha adoptado un criterio restrictivo en lo que respecta a su declaración en el juicio oral y público, autorizándolo solo para los casos en que "su testimonio resultare absolutamente imprescindible", permitiendo a su vez que aun en los casos en que tenga lugar la declaración, puedan adoptarse "los recursos técnicos necesarios para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro". Estas circunstancias, que se-

50. En ocasión de analizar la antigua regulación que regía en el plano federal a partir de la introducción del art. 31 bis y ss. de la Ley N° 23737 –luego derogados por la Ley N° 2319–, al referirse a las actividades que podían desarrollar los agentes encubiertos, sostuvo que los presupuestos y requisitos mínimos para que se admita la injerencia estatal al domicilio de modo alguno puede ceder ante el empleo de técnicas encubiertas, debido a que no se cumpliría con la exigencia de una orden judicial, dirigida a un domicilio determinado en un momento determinado. En tal sentido, véase Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino" en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, N° 1 y 2, Buenos Aires, Ad- Hoc, 1996, pp. 206-208.

rán analizadas específicamente más adelante, impactan directamente en la posibilidad de controlar debidamente la prueba por parte de la defensa.

Por otro lado, las etapas del procedimiento penal reiteradamente establecidas por la CSJN[51] –esto es: acusación, defensa, prueba y sentencia– también entran en tensión con estas técnicas cuando se pretenda utilizarlas de forma previa a la existencia de una imputación, es decir, sin que exista una investigación penal con una hipótesis acusatoria concreta. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

La CSJN, en ocasión de expedirse respecto de la legitimidad del empleo de estas técnicas de investigación –concretamente, de agentes encubiertos– en el precedente "Fiscal con Fernández",[52] sostuvo que el empleo de agentes encubiertos para la averiguación de delitos no era por sí contrario a las garantías constitucionales, ello siempre que se dieran dos requisitos: por un lado, que el comportamiento del agente se mantuviera dentro de los límites del Estado de Derecho y, por el otro, que el agente no se involucrara de manera tal en el hecho delictivo que terminara actuando como creador o instigador de aquel. En esa línea, argumentó que ciertos tipos de delitos, como ocurre con el tráfico de estupefacientes, "solo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar", así concluyó que una "interpretación prudencial" de las garantías que rigen el proceso penal permiten la utilización de agentes encubiertos, aunque de forma restringida.[53]

Según Guariglia,[54] la decisión de la Corte sirvió como puntapié para la posterior introducción legislativa de estas herramientas de

51. CSJN, Fallos: 327:5863, "Quiroga, Edgardo Oscar", 23/12/2004.

52. CSJN, Fallos: 313:1305, "Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción ley 20.771", 11/12/1990. Respecto a los hechos del caso, se trató de un procedimiento llevado a cabo en un bar donde se incautó material estupefaciente a un ciudadano de nacionalidad boliviana, de apellido Fernández. Fue a partir de la información brindada por aquel al momento del interrogatorio en sede policial, que se obtuvo el dato de una segunda persona, al que también se le secuestró material estupefaciente. Es a través de los dichos de esta segunda persona que el personal policial obtiene el dato de que en el Consulado de la República de Bolivia había droga proveniente de aquel país. En ese contexto, Fernández y un policía vestido de civil se dirigieron a la residencia consular, donde el primero solicitó al Cónsul la entrega del material estupefaciente, todo en presencia del personal policial que había ingresado en compañía de Fernández, sin identificarse.

53. Considerandos 10 y 11.

54. Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente…", *op. cit.*, pp. 200-201.

investigación que, para la época de esa sentencia, no se encontraban previstas en ninguna norma. Para el autor, la Corte utilizó lo que denomina como "principio de proporcionalidad al revés" que no es otra cosa más que hacer ceder el sistema de garantías procesales en pos de la investigación de ciertos delitos que, por su naturaleza, resulta compleja su verificación por los medios de prueba tradicionalmente establecidos en las normas procesales vigentes en aquel momento.

La tensión entre las garantías constitucionales y la eficacia de la investigación penal es permanente y no se agota en la discusión acerca de la procedencia de estas nuevas herramientas de investigación sino que, como se indicara al inicio de este apartado, es un balance que debe procurarse siempre que se decida acerca de la procedencia de cualquier otro medio de prueba. Es que, la averiguación de la verdad real o material como finalidad del proceso penal[55] en cabeza exclusiva del Estado, en tanto titular del ejercicio del poder punitivo, choca contra el sistema de garantías procesales que funciona como un límite a aquella facultad estatal, en pos del resguardo de la integridad de aquella persona sobre la que recae la acusación penal.

En palabras de Binder,[56] este concepto es aquel que denomina "antinomia fundamental del proceso penal" que define como "el choque entre la búsqueda de eficacia del programa punitivo y los límites que en defensa de la libertad se han creado". Explica que en el ordenamiento procesal esta contraposición se refleja muchas veces en una misma norma, en tanto al mismo tiempo que se prevé la existencia de herramientas que posibilitan la realización del programa político criminal (por ej. medios o medidas de prueba) también se contemplan herramientas que procuran resguardar la situación de la persona imputada (por ej. limitaciones en

55. Maier, respecto del proceso penal, explica que "aspira a hacer esplender la verdad acerca de la imputación inicial: parte teóricamente de la duda [...] y persigue incorporar la prueba necesaria para conocer la verdad". Sin embargo, el autor es crítico respecto de concebir la obtención de la verdad material como uno de los fines del proceso penal, explicando en tal sentido que, igualmente, el procedimiento penal alcanza su objetivo, aun cuando no alcance la certeza, positiva o negativa, sobre la imputación, esto en tanto aquel "está concebido como uno de los instrumentos para arribar a la paz jurídica como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base del caso penal". A su vez, desde una perspectiva netamente jurídica, sirve para lograr la realización del derecho penal sustantivo. Véase Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996, T. I, pp. 848, 852 y 853.

56. Binder, Alberto, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2013, T. I, pp. 102-103.

cuanto a las formas o plazos en que dichas medidas pueden ejecutarse). Así entonces, corresponderá a quien juzgue realizar una interpretación razonable de la norma, teniendo en cuenta las dos visiones: por un lado, realizará un análisis de carácter restrictivo respecto de las necesidades político criminales que procuran la eficacia de la investigación, mientras que por el otro, se evaluarán las garantías en juego, adoptando para esta última actividad un enfoque más expansivo.

El empleo de técnicas encubiertas de investigación en el proceso penal encuentra explicación, como ya se indicara, en la necesidad de hacer frente a nuevas formas de delincuencia organizada que tornan compleja la tarea investigativa y por ello requieren del uso de herramientas distintas –aunque complementarias– a aquellas preexistentes que, para estos casos, por sí solas podrían no resultar del todo eficaces. Esta necesidad no es otra cosa que procurar el resultado exitoso en la persecución y juzgamiento de este tipo de delitos que, además, revisten una gravedad tal que refuerza el interés estatal en la eficacia en ese sentido.[57]

La CSJN en el precedente "Halabi" estableció la necesidad de que jueces y juezas interpreten de forma dinámica el texto constitucional: "encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir", aclarando que todo el ordenamiento jurídico positivo debe tener "la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción".[58] Ese criterio aplicado a la cuestión relativa a la aplicación de las técnicas especiales de investigación adquiere gran relevancia, debido a que la existencia de estas herramientas se funda en la necesidad de investigar delitos que, por los medios de prueba previstos hasta el momento, no resultaba posible pesquisar adecuadamente, esto debido a su nivel de organización para su comisión. Es en este escenario que el plexo de garantías fundamentales deben ser reinterpretadas de modo tal de salvar la constitucionalidad de estas técnicas.

Sin embargo, el especial interés del Estado en la persecución de determinados delitos no puede servir como único elemento de valoración judicial al momento de evaluar la procedencia de técnicas de investigación encubiertas, ello debido al alto impacto que genera su

57. CFCP, Sala IV, "Vedia, Carlos Fortunato", 03/10/2016, del voto del Dr. Hornos.
58. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi", 24/02/2009.

utilización en el sistema de garantías. Por eso, consideramos que una interpretación respetuosa del plexo constitucional supondría evaluar dos cuestiones: a) el delito concreto que se trate, y b) cuestiones de necesidad, razonabilidad, subsidiariedad y proporcionalidad de la medida, tal como indica la propia norma procesal.

En cuanto al delito que se trata, si bien como se estableciera al inicio, el propio artículo 154 enumera los supuestos en que estas técnicas de investigación resultarían procedentes, los que se corresponden, en su mayoría, con el catálogo de delitos que habilitan la utilización de este tipo de herramientas en el plano nacional de acuerdo a la Ley N° 27319, la posibilidad de que también puedan implementarse en la persecución de "delitos cuyas penas fueran superiores a tres (3) años de prisión en abstracto" obliga a realizar una serie de reflexiones sobre la cuestión.

Es que a simple vista la mayoría de los delitos específicamente individualizados tanto en el artículo 154 del Código como en el artículo 2 de la Ley N° 27319 que rige en el ámbito federal, son formas de criminalidad respecto de las que el Estado argentino se ha obligado en el plano internacional a emplear sus mayores esfuerzos no solo para su investigación y juzgamiento con debida diligencia, sino también para cooperar en la persecución transnacional de este tipo de conductas.[59] Dicho de otro modo, se trata de casos en los que el Estado no solo tiene

59. A modo de ejemplo, en materia de delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, el Estado Argentino suscribió en el año 1992 el Convenio de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Ley N° 24072); el art. 6 de dicho instrumento establece que: "Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión, respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos". Por otro lado, el Estado Nacional suscribió en el año 2022 la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley N° 25632) donde se comprometió no solo a tipificar delitos que supongan la participación de organizaciones delictivas en conductas tales como el blanqueo de capitales obtenidos ilícitamente sino que también se obligó a adoptar medidas, en el ámbito del derecho interno, para "dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión" (art. 11.2). En el marco de ese Convenio, se suscribió el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, donde el Estado Nacional se comprometió a adoptar medidas para prevenir y combatir ese delito.

especial interés en evitar su impunidad, sino que así se ha comprometido en el plano internacional, suscribiendo distintos instrumentos que así lo disponen, lo que sin duda impulsa a lograr la mayor eficacia en la realización del poder punitivo cuando de este tipo de delitos se trata. Consideramos que ese debe ser el criterio rector en toda valoración judicial que se realice respecto de la utilización de estas herramientas, circunscribiendo su aplicación a este tipo de delitos y no otros, aun cuando la norma procesal local así lo habilite, de modo tal de salvaguardar el equilibrio entre el ejercicio del poder punitivo y sus limitaciones (garantías), entendidas como "un escudo protector del ciudadano frente al poder penal".[60]

En cuanto a los criterios de necesidad, razonabilidad, subsidiariedad y proporcionalidad que deben guiar la decisión respecto del empleo de estas medidas, buscan asegurar que la información que se pretende conseguir a través del empleo de técnicas encubiertas no pueda ser obtenida de otro modo, es decir, por otros medios de prueba menos lesivos. A su vez, en cuanto a la proporcionalidad, debe verificarse un equilibrio entre el tipo de hecho que se investiga y su gravedad, de modo tal de sostener que la utilización de medidas de esta índole resulta razonable en tanto no existe una medida más idónea para el fin perseguido. En esa línea, Guariglia[61] explica que la proporcionalidad entre la injerencia estatal y la gravedad del delito a investigar debe servir como criterio rector para determinar la admisibilidad de la intervención.

Implementación: cuestiones generales

Las medidas especiales de investigación proceden únicamente ante autorización judicial. Esto implica dos cuestiones fundamentales: a) que el Ministerio Público Fiscal es quien lo solicita previamente al órgano jurisdiccional; b) que la autorización judicial tiene que estar fundada.

El Ministerio Público Fiscal es quien, de acuerdo al texto constitucional local, promueve la actuación de la justicia. Dicho de otro modo, es el titular de la acción penal pública y, en consecuencia, dirige la investigación preparatoria. En el marco de ese rol es que decide qué me-

60. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…, op. cit.*, 2013, T. I, p. 111.

61. Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente…", *op. cit.*, p. 205.

didas de prueba llevar a cabo a fin de cumplir con uno de los objetivos de la investigación preparatoria, esto es: comprobar la existencia de un hecho típico.[62] Partiendo de esa perspectiva, tal como ocurre con cualquiera de las medidas de prueba enumeradas por el Código, su realización es siempre a instancias de la acusación pública.

Al respecto, no tiene sentido ahondar respecto de la posibilidad de que la querella solicite la implementación de medidas especiales de investigación. Es que aun cuando la técnica legislativa empleada permite que estas herramientas procedan ante cualquier tipo de delito cuya pena mínima ascienda a los tres años de prisión, como se indicara al inicio de este capítulo, debe entenderse que existe un interés estatal en investigar y perseguir ciertos delitos que, por sus características, comprometen o afectan bienes jurídicos que trascienden lo individual. De esto modo, sería contradictorio que este tipo de medidas, cuya procedencia es de carácter restrictivo, se implementaran sin que el órgano estatal habilitado para expresar aquel interés –Ministerio Público Fiscal– lo peticionara.[63]

La resolución judicial que autoriza la implementación de las medidas, dice la letra del artículo 153, debe estar fundada, bajo pena de nulidad. Esto significa que el órgano jurisdiccional está obligado a analizar y expresar en su decisión las razones y antecedentes en que se funda su decisión de habilitar la utilización de alguna de estas técnicas. Esta exigencia deriva del propio texto constitucional que en su artículo 18 expresamente establece que las medidas que significan una injerencia a derechos fundamentales tales como la intimidad, deben ser previamente ordenadas por los jueces, quienes tienen la obligación de realizar un control previo para evaluar si efectivamente se encuentra justificada la injerencia estatal en el caso concreto.[64]

La necesidad de que exista una orden judicial previa y que esté debidamente fundada sirve también a los efectos de justificar futuras

62. CPPCABA, art. 98, inc. 1.

63. En este sentido, el nuevo CPPF (Ley N° 27063), en el art. 183 aclara en general, que las técnicas especiales de investigación solo podrán ser requeridas por el Ministerio Público Fiscal.

64. En este sentido, véase CSJN, Fallos: 333:1674, "Quaranta, José Carlos s/ Inf. Ley 23.737", 31/08/2010, cons. 18 y ss.; CNCP, Sala II, "Gaete Martínez, Rufo Edgar s/ Recurso de casación", causa N° 1569, 03/06/1999 y CNCP, Sala IV, "Lencina Rivero, María Isabel y otros s/ Recurso de casación", causa N° 1668, 28/12/1998.

conductas ilegales que pueda desempeñar quien sea designado como agente para realizar las tareas de inteligencia[65] dado que, como se verá con mayor precisión en el apartado siguiente, el agente encubierto se infiltrará como un miembro más de una organización criminal pero aquel accionar no constituirá delito en la medida que se ajuste a los alcances fijados por la orden judicial.

La consecuencia de la falta de resolución judicial previa que guarde los requisitos de fundamentación exigidos por la norma procesal acarreará la ilegalidad de la prueba conseguida a partir de la implementación de alguna de las técnicas encubiertas, ello por haber sido obtenida en violación a los estándares constitucionales.

La norma procesal indica que la resolución judicial, además de ser confidencial, debe contener el plazo durante el cual se realizará la medida que se trate, que no puede superar los noventa días, y fijará también qué actos pueden realizarse en el marco de su ejecución. Sobre esa última cuestión, cabe traer a colación las salvedades realizadas por parte de la doctrina respecto a las labores que pueden llevar a cabo los infiltrados, extremo que se tratará con cada tipo de medida en particular.

Por otro lado, a los efectos de prorrogar el plazo de duración de la medida, en consonancia con lo que dispone para evaluar la procedencia de otros institutos procesales,[66] implementa un sistema de entrevistas entre jueces y fiscales.

Otra cuestión relevante es, para el caso de la utilización de agentes reveladores o encubiertos, la necesidad de que exista una investigación preparatoria en curso: esto es, que dentro exista un proceso judicial ya iniciado en el marco del cual se está investigando un hecho o conducta ilícita determinada.[67]

Como se indicara al inicio de este apartado, la propia redacción del artículo 154 impide que sea de otro modo dado que el objetivo que persigue la implementación de un agente encubierto o revelador es la identificación o detención de los autores y demás partícipes, impedir la consumación del delito o bien reunir evidencia que coadyuve con

65. Falcone, Roberto; Contín, Néstor; Simaz, Alexis, *Derecho Penal y tráfico…*, *op. cit.*, p. 399.

66. Los arts. 111 y 348 prevén que la Fiscalía mantenga una entrevista personal con el/la juez del caso para evaluar la procedencia de prórroga de la investigación preparatoria y el pedido de restitución anticipada de inmuebles, respectivamente.

67. CFA de General Roca, pcia. de Río Negro (CFAGR), "Freccero, Cristian N. y otros", 01/12/2003.

la investigación de ese hecho. Contrariamente, la Fiscalía no podría solicitar al Juzgado la infiltración de un agente en una organización determinada al solo efecto de verificar si aquella realiza alguna actividad delictiva o ilegal. Una interpretación en esa línea implicaría que el Ministerio Público Fiscal opere como una suerte de órgano preventivo de conductas ilícitas, tarea que resulta ajena a sus facultades.[68]

En este punto, se marca una diferencia con el texto de la Ley N° 27319 que regula la implementación del agente encubierto en el plano nacional. Es que, de forma genérica, esa norma establece la posibilidad de utilizar alguna de estas herramientas "para la investigación, prevención y lucha de los delitos complejos"; los últimos dos objetivos enumerados podrían interpretarse como una habilitación al Poder Judicial en la persecución activa de delitos de cierta complejidad.[69]

Tipos de medidas

El Código establece cuatro tipos de medidas: a) agente encubierto; b) agente revelador; c) informante y d) entrega vigilada.

Agente encubierto

El agente encubierto es aquel tercero que, siendo ajeno a una organización criminal, se infiltra en ella a efectos de poder identificar a los autores y/o partícipes y lograr su posterior detención, recolectar evidencia que sirva para probar la existencia de un delito cuya ejecución ya se ha iniciado o bien para impedir que aquel se consume. La característica fundamental de esta técnica de investigación es que el agente, previa autorización judicial, se incorporará al grupo delictivo

68. En ese sentido, véase Hairabedián, Maximiliano, *Investigación y prueba del narcotráfico*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2020, p. 227. También Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 5ª ed., 2012, p. 145 y Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente…", *op. cit.*, p. 204.

69. Contrariamente, el ya derogado art. 31 bis de la Ley N° 23737 aclaraba expresamente que el empleo de agentes encubiertos debía disponerse durante una investigación en curso; el Código Procesal Penal Federal (Ley N° 27063) adopta una técnica legislativa similar a la del CPPCABA. A tal fin, véanse los arts. 182 y 185, al referirse a la actuación del agente revelador y encubierto.

para lograr alguno de los fines enunciados, ello mediante la utilización de una identidad falsa u ocultando la propia.

Hairabedián[70] explica que en la jurisprudencia extranjera define al agente encubierto como un policía judicial, que bajo una identidad falsa, actúa pasivamente con sujeción a la ley y bajo el control del juez, en la investigación de delitos que suponen delincuencia organizada y de compleja averiguación, siempre de forma subsidiaria debido a la insuficiencia de otros métodos que permitan lograr el fin perseguido.

El agente encubierto se distingue del cuestionado agente provocador en que el primero se incorpora a una actividad delictiva preexistente, mientras que el último es quien (tal como su nombre lo indica) crea el delito, es decir, actúa como una especie de instigador de la conducta criminal aun cuando la finalidad de su actuación persigue el mismo objetivo que el agente encubierto, esto es, lograr acreditar la existencia de un delito. La diferencia fundamental es que el agente provocador además de que no interviene frente a la sospecha fundada de que existe un hecho delictivo en ejecución –como así lo hace el agente revelador– es su accionar el que resulta determinante para que el autor cometa el ilícito.[71]

Por ello, para que la actuación del encubierto sea válida, aquel deberá limitar su actividad a realizar las tareas de inteligencia encomendadas. Contrariamente, si actúa creando una situación criminal –aun cuando sea, lógicamente, simulada– o si facilita a quien es investigado medios que no poseía para la consumación del delito sin los cuales no hubiera podido configurarse el ilícito, su comportamiento se tornará ilegal.[72]

El artículo 154 indica que solo podrán ser agentes encubiertos aquellos funcionarios o funcionarias que pertenezcan a fuerzas de seguridad. Este es un rasgo distintivo que diferencia este tipo de agentes de otros, tales como el informante cuyo rasgo distintivo es, como se verá, que se trata de una persona ajena tanto a la organización criminal como a las fuerzas de seguridad. A su vez, se diferencia de la figura

70. Hairabedián, Maximiliano, *Investigación y prueba del narcotráfico*, *op. cit.*, p. 225.

71. CNCP, Sala II, "Gaete Martínez, Rufo Edgar s/ recurso de casación", causa N° 1569, 03/06/1999. En el plano local, CAPPJCyF, Sala III, "NN s/ art. 83 CC", causa N° 4790/16, 27/12/2018.

72. Asturias, Miguel Á., *Estupefacientes. Tráfico, suministro y uso indebido*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2020, pp. 463-464.

del arrepentido en que, aun cuando no se trate concretamente de una técnica o herramienta de investigación, se caracteriza también por la facilitación de información de un tercero, ajeno a las fuerzas de seguridad, pero que sí forma parte del grupo delictivo.

La Ley de seguridad de la Ciudad de Buenos Aires[73] establece que es el Ministerio de Justicia y Seguridad local el organismo encargado de elaborar los lineamientos generales en materia de seguridad; asimismo, esa norma da creación a la Policía de la Ciudad de Buenos Aires, designándola, dentro del ámbito de la Ciudad, como el órgano "que cumple con las funciones de seguridad general, prevención, conjuración, investigación de los delitos, protección y resguardo de personas y bienes, y de auxiliar de la Justicia".

De esta manera, en principio solo pueden ser agentes encubiertos aquellas personas que se desempeñen como miembros de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires.[74]

En esa línea, de momento no existe una regulación administrativa a nivel local específica en torno a esta figura. Sí hay reglamentación específica en lo que refiere al procedimiento para la designación de aquellos que actúen como agentes reveladores.

En cuanto a la actividad del agente encubierto, se abre un interrogante respecto a qué tipo de actos puede desempeñar.

En primer lugar, corresponde analizar aquello que la norma indica expresamente y que consiste en la razón de ser del agente encubierto: infiltrarse en una organización delictiva determinada. Para ello, inevitablemente el agente designado deberá participar en los distintos actos ilícitos que desempeñe la organización, siempre que aquellos formen parte del delito que se está investigando: por ejemplo, si se tra-

73. Ley N° 5688 de Sistema Integral de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, BOCBA N° 5042 del 06/01/2017.

74. La norma procesal se refiere a la posibilidad de que también pueda ser ejecutado por funcionarios de investigación judicial. Si bien la Ley N° 2896 de la CABA crea la figura del Cuerpo de Investigaciones Judiciales en la órbita del Ministerio Público Fiscal, que actúa a efectos de recolectar evidencias, individualizar a presuntos autores y, en general, colabora en la investigación de los delitos, lo cierto es que aquel no se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Seguridad sino que depende funcional y jerárquicamente de la Fiscalía General de la CABA, a través de la Secretaría General de Investigaciones, Acceso a la Justicia y Relaciones con las Fuerzas de Seguridad. De este modo, aun cuando los integrantes de aquel Cuerpo puedan coadyuvar en la ejecución de medidas por parte del personal policial, no pueden actuar como agentes infiltrados.

tare de una investigación por tráfico de estupefacientes, es posible que el rol asignado dentro de la organización criminal implique realizar tareas de compraventa de sustancias ilícitas.

Falcone, Conti y Simaz[75] explican que los delitos que eventualmente cometa deben tratarse de "actividades adyacentes y precisas para facilitar la entrada en la organización, establecer contactos, obtener informaciones", siempre "proporcionales a las finalidades apuntadas"; esto quiere decir que, en definitiva, los actos ilícitos no deben revestir mayor gravedad que aquello que constituye el objeto de la investigación para el que fuera designado.

El artículo 155 impide el ejercicio de la acción penal respecto del agente que, en el marco de la tarea encomendada y como consecuencia ineludible de ella, incurra en delitos, pero al mismo tiempo pone como limitación que aquella conducta no debe poner en riesgo cierto la vida, o la integridad psíquica o física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro. En esos casos, el accionar del agente debe ser analizado de acuerdo a los distintos estamentos de la teoría del delito a efectos de evaluar su grado de culpabilidad.

En síntesis, se considera que el agente encubierto actúa justificadamente si en la ejecución de la tarea encomendada, comete delitos que están estrictamente vinculados a la tarea encargada,[76] en tanto se encuentra cumpliendo un deber o ejercicio legítimo de un cargo.[77] El límite se encuentra en los supuestos en que la conducta ilícita ponga en riesgo la vida o la integridad de terceros, cuando aquella conducta sea más grave que aquella para cuya investigación se ha designado al agente o también, cuando la actuación del agente opere como una forma de provocación o inducción a la comisión de un delito, tornándose en todos los casos su actividad ilegal.

---

75. Falcone, Roberto; Contín, Néstor; Simaz, Alexis, *Derecho Penal y tráfico ...*, *op. cit.*, p. 406.

76. Ibídem, p. 405.

77. Para autores como Roxin, se trata de un supuesto de ejercicio de un cargo que opera al nivel de la antijuridicidad. En este sentido, véase Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1997, T. I, p. 734. Contrariamente, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, se trata de un elemento que se analiza a nivel de la tipicidad objetiva, concretamente de la tipicidad conglobante, operando como una causa que impide verificar la existencia de un pragma conflictivo (lesividad) por lo que aquella es atípica. Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002, pp. 485 y 637.

Otra duda se plantea en torno a cómo juegan las garantías de inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones privadas con la actividad del agente. Es que el agente no deja de ser un funcionario estatal que actúa a solicitud del órgano de persecución penal y para que el Estado pueda interferir en el ámbito privado de las personas se requiere de autorización judicial previa.

En cuanto al domicilio, el artículo 115 indica la forma en que el Estado puede ingresar a una vivienda o morada particular. La pregunta es entonces si el agente puede entrar al domicilio del investigado y, en caso de estar habilitado para ello, qué es lo que se encuentra autorizado a realizar.

Parte de la doctrina critica que las normas que regulan la figura del agente encubierto en las distintas jurisdicciones no contengan precisiones respecto a esta cuestión. En esa línea, sostienen que indefectiblemente se requiere de una orden judicial expresa para ingresar a un domicilio determinado, en tanto ese es el estándar derivado del texto constitucional, lo que al mismo tiempo se condice con las formas establecidas por el legislador local al regular el allanamiento. De otro modo, se imposibilitaría incluso al morador a presenciar el registro de su propio domicilio, dado que, en caso de no estar en el lugar, el agente encubierto podría igualmente efectuar esa tarea de registro sin obligación de dar aviso a testigos que presencien su labor.[78]

Otros autores se colocan en una posición intermedia y sostienen que si el agente ingresa al domicilio del investigado para incautar efectos vinculados al delito investigado o bien instalar aparatos de escucha ambiental, se requiere de una orden judicial que así expresamente lo autorice pero que ello no es necesario cuando simplemente realiza tareas de observación dentro del inmueble.[79]

78. En este sentido, Guariglia se enrola en esa posición e indica que no se puede tener como válido el consentimiento que el investigado otorga al agente encubierto, dado que aquel directamente desconoce que está siendo objeto de injerencia estatal en su vida privada. Véase Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente…", *op. cit.*, pp. 208-209.

79. Al respecto, se sostiene que tanto la entrada como el registro de un domicilio por parte del agente encubierto necesitan de autorización judicial. Sin embargo, se aclara que ello será así cuando la entrada a la vivienda tenga como finalidad la instalación de aparatos o dispositivos de escuchas o bien para hacerse de prueba material que allí se encuentre. Véase Falcone, Roberto; Contín, Néstor; Simaz, Alexis, *Derecho Penal y tráfico …*, *op. cit.*, p. 411.

Consideramos que debe adoptarse una postura que compatibilice la razón de ser de estas medidas y, por el otro lado, los estándares constitucionales en materia de intromisiones estatales a esferas de intimidad. Es que por un lado, la implementación de agentes encubiertos persigue obtener información o evidencia acerca de la comisión de delitos que suponen una organización mayor a la habitual y, en consecuencia, más difícil de investigar. Esa circunstancia, como se explicara al inicio de este capítulo, es la que justifica la exponencial tensión con el sistema de garantías. Dicho esto, entendemos que no se afecta la garantía de inviolabilidad del domicilio para el caso en que el agente encubierto ingrese a domicilios respecto de los cuales no ejerce el derecho de exclusión, ello debido a que existe previamente una orden judicial que además de autorizar, previa justificación, la implementación del agente también deberá establecer los alcances de su actuación. Y esto no es más que establecer los límites y condiciones bajo las cuales puede desarrollarse la medida, tal como lo indica el artículo 153.

Por ello, en todo caso el/la juez deberá evaluar si los antecedentes del caso aportados por la Fiscalía al momento de efectuar la solicitud arrojan que la conducta a investigar se desarrolla mayormente en lugares públicos o bien si ocurre puntualmente en lugares privados. En este último caso, en base a la información concreta que puede surgir hasta ese momento de la investigación desplegada por la Fiscalía, podrá de antemano dejar autorizado el ingreso a esos domicilios sin perjuicio de lo cual dicho ingreso de modo alguno puede interpretarse para que el agente lleve a cabo labores propias de un registro domiciliario –como incautar evidencia– o bien colocar dispositivos de vigilancia electrónica dentro de la vivienda, para lo cual, en todo caso deberá la Fiscalía solicitar la orden correspondiente.

Una posición que obligue a expedir órdenes de allanamiento para cada uno de los inmuebles donde el agente quiera ingresar como observador participante del grupo criminal desvirtuaría absolutamente la utilidad de esta medida de investigación: es que si su objetivo es infiltrarse en la organización de modo tal de obtener información mal podría pensarse que esa actividad tendrá lugar siempre en espacios abiertos de acceso público.

También se plantea un problema en torno a los dichos que el investigado le profiera al agente infiltrado, en ignorancia absoluta de la

identidad y labor que aquel desarrolla. El derecho que asiste a toda persona sometida a proceso impide que puedan ser utilizadas en su contra declaraciones suyas formuladas contra su voluntad: mal podría sostenerse que la información suministrada a quien actúa como agente encubierto fue otorgada de manera libre, esto partiendo de la base que desconoce su condición y, mucho menos, que en definitiva se trata de declaraciones que operarán en su contra.

En ese escenario, la consecuencia acorde al plexo constitucional es que esas declaraciones, prestadas en las condiciones señaladas, de modo alguno pueden servir como prueba de la autoría de aquel que las profirió.

Parte de la doctrina sostiene que, para evitar que la figura del agente encubierto carezca de utilidad alguna, sí es posible utilizar la información que el investigado otorgue al agente y que sirvan para avanzar en la pesquisa, es decir, que sean utilizados como fuente de prueba. Un ejemplo sería, en un caso donde se investigue el delito de tráfico de estupefacientes, que el sospechoso indique al agente el lugar donde permanece almacenada la sustancia. Esa información podría servir como elemento para que el/la juez emita a solicitud de la Fiscalía una orden de allanamiento para aquel inmueble y el material que allí se encuentre podrá servir como prueba en el proceso penal.[80]

Autores como Guariglia, que se ubican en una postura más crítica acerca del empleo de técnicas de investigación encubierta, descarta no solo el uso de las declaraciones prestadas por el investigado al agente como prueba de cargo en contra suyo, sino que también reputa como inválido que aquellas puedan ser utilizadas como fuente de información para obtener otra prueba. Para fundar su posición, parte de la base de las formas constitucionalmente válidas para que tenga lugar la declaración del imputado, las que impiden tanto que sea realizada ante la acusación, la coacción sobre aquel, la advertencia de que no declara bajo juramento como también impide que el Estado emplee medios para provocar esa declaración.[81]

80. Ibídem, p. 412.

81. Guariglia sostiene que "una conversación similar a un interrogatorio a través del AE que no contemple las reglas que rigen la declaración del imputado solo puede conducir, por lo tanto, a una prohibición probatoria". Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente…", *op. cit.*, p. 210.

Agente revelador

El artículo 154 indica que el agente revelador será aquel funcionario de fuerza de seguridad, previamente designado para la realización de alguna de las siguientes tareas: a) ejecutar el transporte, compra, para sí o para terceros, de dinero, bienes, servicios, armas; b) participar de cualquier otra actividad de una organización delictiva, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos.

Lo que distingue al agente revelador del agente encubierto es que su actuación no puede perpetuarse en el tiempo (como sí ocurre con el agente encubierto) esto debido a que, como indica la norma procesal, no está destinado a introducirse en organizaciones delictivas. Sino que, contrariamente, su implementación tiene como objeto que aquel realice una actividad en concreto. Por ejemplo, en el caso de una investigación por delitos vinculados a la explotación sexual, se lo designa a efectos de hacerse pasar por un potencial cliente interesado en alguno de los servicios que los investigados ofrecen.

Es en este punto que la figura del agente revelador se acerca peligrosamente a la actividad del agente provocador, debido a que para que su actuación sea válida, más allá de cumplir con los requisitos formales de su designación, debe procurarse que su actuación de modo alguno implique inducir al sospechado a la comisión de un ilícito.

La línea entre la actuación, ilegal, del agente provocador con el rol del agente revelador es muy fina, resultando a veces compleja su delimitación.[82] La jurisprudencia nacional, desde el ya citado caso "Fiscal c/ Fernández" de la CSJN ha reiterado su postura en torno a que si el imputado está predispuesto a cometer el delito, el agente lo único que hace es aprovechar la oportunidad que aquel mismo otorga.[83]

82. En el derecho norteamericano se emplea el término *entrapment* para diferenciar la actividad del agente provocador con la del revelador. Concretamente, lo fundamental es determinar si el imputado ya tenía una predisposición para delinquir, en cuyo caso la actuación del agente se mantendrá dentro de los cánones de la legalidad. En este sentido, véanse Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales…*, *op. cit.*, pp. 140-141; Hairabedián, Maximiliano, *Investigación y prueba…*, *op. cit.*, p. 237.

83. CCCF, Sala I, "Levy, Gustavo R.", 19/07/2007.

En cuanto a quiénes pueden ser agentes reveladores, entendemos que rigen las mismas previsiones indicadas al analizar la figura del agente encubierto, respecto a que los únicos que pueden desempeñar ese rol son agentes de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires.

La Resolución Nº 559/MJYSGC/22,[84] en su Anexo, establece que, para poder ser designado, el o la funcionario/a policial deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) poseer el perfil técnico y funcional acorde con la tarea a cumplir; b) poseer aptitud psicofísica para la actividad; c) no haber sido sancionado por faltas disciplinarias graves en los últimos doce (12) meses previos a formalizar la inscripción en el registro de aspirantes; d) haber aprobado la capacitación específica que dictará el Instituto Superior de Seguridad Pública y e) prestar el consentimiento informado y la declaración jurada de confidencialidad.[85]

La regulación del Ministerio de Seguridad prevé que los agentes de la fuerza se anoten, siempre voluntariamente, en un registro de aspirantes ante la Jefatura de la Policía de la Ciudad; desde aquel momento inicial el o la interesada suscribe una declaración jurada de confidencialidad y un acta de consentimiento informado. Tras ello, la reglamentación prevé la realización de una serie de evaluaciones psicofísicas a los aspirantes; quienes pasen esa instancia de evaluación recibirán luego una capacitación previa. El proceso de selección culmina con la confección de un listado definitivo que incluye a aquellos aspirantes que hayan aprobado el proceso de capacitación y superado el de evaluación psicotécnica.

Ese listado será de carácter reservado y confidencial, por dos razones fundamentales: en primer término, para resguardar la integridad física de aquellos que, a futuro, pudieran ser designados como agentes y, por otro lado, para asegurar el éxito a futuro de la medida, dado que de ser pública esa información impediría descartar que ese dato se filtre, con ello, que el objetivo del agente revelador se frustrara.

La existencia de un proceso judicial en curso es un requisito esencial también para habilitar la actuación del agente revelador. Tal como fuera abordado al momento de mencionar las cuestiones generales que abarcan a la mayoría de las técnicas de investigación encubiertas, la Fiscalía

84. BOCBA N° 6416 del 12/07/2022.

85. Art. 1 del Anexo.

debe limitar la solicitud de aplicación de este tipo de agentes para los casos en que de los antecedentes del caso existan elementos que permitan sostener que determinada persona en determinado lugar lleva a cabo una actividad delictiva que, además de ajustarse al catálogo de delitos que enumera el artículo 153, revista la gravedad suficiente como para justificar el empleo de esta medida. Contrariamente, si lo único con lo que se cuenta es con una mera sospecha de que se realiza una conducta ilícita, la medida no resulta procedente no solo porque se correría el riesgo de configurar un ilícito provocado por parte del agente, sino que, además, invertiría el orden de los actos que conforman el debido proceso legal, al poner en primer lugar la obtención de la prueba previo a la existencia de una acusación en concreto.[86] Recuérdese sobre este punto los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad que deben regir el análisis de procedencia de estas herramientas en general y, en el caso, del agente revelador en particular.

Informante

La inclusión de la figura del informante en la ley procesal local resulta novedosa dado que no fue sino hasta la sanción de la Ley N° 27319 en el plano nacional que se reguló la actividad de aquellas personas a quienes vulgarmente se denomina "buchón" o "delator".[87]

El rango distintivo de esta herramienta es que el sujeto que aporta información a las fuerzas de seguridad o bien al Ministerio Público Fiscal, resulta ajeno al hecho delictivo respecto del cual facilita la información. Esta característica es lo que lo distingue de la figura del arrepentido que supone que una persona imputada –es decir, que ha tenido algún grado de participación en un hecho ilícito– acuerde un beneficio con la acusación para reducir o eximirlo de la pena que le

86. En este sentido, CSJN, Fallos: 327:5863, "Quiroga", cit.

87. El artículo 13 de la Ley N° 27319 (Delitos complejos) establece que "Tendrá carácter de informante aquella persona que, bajo reserva de identidad, a cambio de un beneficio económico, aporte a las fuerzas de seguridad, policiales u otros organismos encargados de la investigación de hechos ilícitos, datos, informes, testimonios, documentación o cualquier otro elemento o referencia pertinente y útil que permita iniciar o guiar la investigación para la detección de individuos u organizaciones dedicados a la planificación, preparación, comisión, apoyo o financiamiento de los delitos contemplados en la presente ley".

correspondería para el delito en que se ha involucrado, esto a cambio de aportar información valiosa para la investigación que permita descubrir a otros implicados en la maniobra delictiva.

Otro rasgo distintivo, además de la calidad que reviste quien brinda la información, es el tipo de beneficio que recibirá a cambio. En el caso del arrepentido, como se señaló, el beneficio impacta en la medida del reproche penal que le corresponde por el hecho delictivo en que participó mientras que, para el caso del informante, en tanto no ha participado del delito investigado, el beneficio es netamente económico.

Descartada la posibilidad de incluir dentro de la figura del informante a aquellos que intervinieron en la comisión del delito, el artículo 154 descarta también que puedan revestir tal calidad aquellos que pertenecen o hayan pertenecido a alguna de las fuerzas de seguridad u organismos de inteligencia del Estado. Esa limitación deriva de la obligación que tiene cualquier funcionario público de denunciar cuando toma conocimiento de la posible comisión de un hecho ilícito;[88] en cuanto a los agentes estatales de inteligencia rige la prohibición derivada de la Ley de Inteligencia Nacional (Ley N° 25520).[89] Otra prohibición es la derivada del artículo 87 del CPPCABA, que abarca a personas que tienen algún vínculo específico con el presunto autor del hecho ilícito que desea anoticiar.

El informante difiere del agente revelador y encubierto en cuanto a que el primero no necesariamente requiere de un proceso penal en curso para intervenir. Es que, justamente, el rasgo distintivo de esta figura es que sirve, fundamentalmente, como fuente de información, pero no como medio de prueba en sí mismo. Dicho de otro modo, los datos aportados, siempre que hayan sido obtenidos por los órganos de persecución penal pública en respeto a las garantías constitucio-

88. El artículo 88 del CPPCABA establece la obligación de denunciar los delitos de acción pública a los funcionarios públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

89. "Artículo 17. Los integrantes de los organismos de inteligencia, los legisladores miembros de la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia y el personal afectado a la misma, así como las autoridades judiciales, funcionarios y personas que por su función o en forma circunstancial accedan al conocimiento de la información mencionada en el artículo anterior deberán guardar el más estricto secreto y confidencialidad. La violación de este deber hará pasible a los infractores de las sanciones previstas en el Libro II Título IX, Capítulo II, artículo 222 y/o 223 del Código Penal de la Nación, según correspondiere."

nales, pueden servir como *notitia criminis* acerca de un hecho delictivo en concreto –y con ello, orientar una hipótesis acusatoria a partir de la cual se llevarán a cabo distintas medidas de prueba tendientes a verificarla y acreditarla– o bien, ya iniciado el proceso penal, como elemento para fundar la procedencia de otras medidas de prueba –tales como allanamientos, requisas o intervenciones de las comunicaciones– para lo cual además deberán existir otros elementos que permitan la corroboración de esta información.[90]

Reiteradamente se ha sugerido la creación de un registro de informantes que permitiera regular el instituto,[91] esto dado que habitualmente estas personas interactúan directamente con las agencias policiales, lo que impide tener un control respecto del marco en que esa información fue obtenida –por ejemplo, no permite controlar si medió algún tipo de coacción al informante– y, consecuentemente reputarla como válida a los efectos de su utilización en el marco del proceso penal.

El Ministerio de Seguridad de la Ciudad de Buenos Aires creó en julio de 2022 un registro de informantes. Prevé que sean agentes de la Policía de la Ciudad los que recepten la información. En lo que respecta al registro puntualmente, se indica que aquel funciona bajo la órbita de la Subsecretaría de Justicia de ese Ministerio y que su finalidad es "inscribir a toda persona a quien se le otorgue carácter de informante en los términos del artículo 153 (actual 154), apartado c) del CPPCABA y de resguardar la identidad de los mismos".[92]

La reserva de identidad del informante es una cualidad distintiva del instituto, lo que impide contar con su declaración testimonial para el momento de juicio oral y público, descartándose también la posibilidad de que las actas en que consta la información brindada sean utilizadas como prueba en el juicio oral y público, ello en la medida que impide a la defensa controvertir la información allí plasmada. Es este motivo por el

90. Hairabedián, Maximiliano, *Investigación y prueba…*, *op. cit.*, p. 264.

91. Véase "Guía de buenas prácticas de lucha contra el narcotráfico", Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/12/AIAMP-RFAI-Guía-de-Buenas-Prácticas-en-Materia-de-Drogas.pdf [fecha de consulta: 07/05/2023].

92. Art. 6, Anexo I de la IF-2022-24809525-GCABA-MJYSGC, 07/07/2022. Disponible en: https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/PE-RES-MJYSGC-MJYSGC-558-22-ANX.pdf [fecha de consulta: 07/05/2023].

que la figura del informante, como se dijo, sirve solo como fuente de datos para el inicio o durante la investigación, pero de modo alguno puede ser concebido como un medio de prueba en sí mismo.

Entrega vigilada

La entrega vigilada supone demorar, deliberadamente, el procedimiento de incautación de bienes o bien la detención de los presuntos autores de un hecho ilícito determinado, con el objetivo de lograr un mayor éxito en la investigación.

Se trata de un mecanismo que no debe ser interpretado como una tolerancia estatal para la comisión de delitos dado que la ejecución de aquella conducta ilícita se desarrollará bajo el control y vigilancia del órgano de persecución penal o bien de los agentes de fuerzas de seguridad designados a tal efecto. El límite a esa actitud espectadora está marcado por los casos en que durante la ejecución del acto se verificará una situación de peligro, en cuyo caso se deberá proceder de conformidad con las reglas prescriptas en el Código para el caso de los hechos flagrantes.

En este caso, la decisión relativa a diferir la detención o el secuestro incumbe exclusivamente a la Fiscalía, ello teniendo en cuenta que, de acuerdo al sistema acusatorio imperante en el régimen procesal local, es quien, en su carácter de titular de investigación, en caso de flagrancia, dispone la realización de las medidas de secuestro o detención. Sin embargo, al igual que lo regulado en materia de detenciones, la inmediata noticia al juez es obligatoria, bajo pena de nulidad.

Para su procedencia, se requiere de una investigación penal en curso relativa a alguno de los delitos enumerados en el artículo 153 y, por otro lado, que existan elementos de convicción que permitan justificar la detención de personas o el secuestro que se trate.

De más está decir que para que la aplicación de este tipo de medida sea exitosa, es necesario contar con acuerdos de cooperación interjurisdiccional, ello para los casos en que se trate una investigación que se inicia y desarrolla en el territorio de la ciudad pero que algunos de los hechos que conforman la conducta delictiva se ejecuta en extraña jurisdicción.

Integridad de los agentes vs. Contradictorio

La confidencialidad rige como principio general cuando se trata de la aplicación de las medidas especiales de investigación. En el caso del informante, la regla es clara respecto al resguardo de su identidad: la consecuencia de ello, como se indicó oportunamente, es la imposibilidad de utilizar esa información como prueba de cargo contra el imputado por la implicancia que ello tiene en el ejercicio del derecho de defensa en juicio en tanto se priva al imputado de la posibilidad de controvertir la información brindada, por el simple hecho de que la identidad del sujeto se mantiene en el anonimato.

Sin embargo, se abren varios interrogantes en lo que respecta a la actuación del agente revelador y agente encubierto: más allá de la regla de confidencialidad, ¿debe conocer la defensa la implementación de estos agentes una vez finalizada su actuación? En caso afirmativo, ¿cuál es la información a la que puede acceder la defensa?

Respecto del primer interrogante nos inclinamos por una respuesta afirmativa. Es que del mismo modo que lo que acurre con medidas tales como el allanamiento o las intervenciones telefónicas, en tanto las evidencias que se obtengan de esas diligencias servirán como prueba para sustentar la acusación en el proceso penal, resulta contrario al bloque de garantías constitucionales impedir a la defensa que examine esa información lo que, al mismo tiempo, habilita que pueda verificar la legalidad de esa prueba, es decir, si fueron obtenidas en procedimientos ajustados a derecho. Vedar al imputado del control relativo no solo al contenido, sino al modo en que la prueba ha sido obtenida implica restringir severamente el ejercicio del derecho de defensa.

De hecho, la exigencia procesal de una resolución judicial fundada que autoriza la medida radica en la necesidad de que, *a posteriori*, la defensa del imputado pueda controlar si esa decisión se encontraba debidamente motivada en los antecedentes del caso. De lo contrario, podrá cuestionar su validez y, en consecuencia, solicitar la exclusión probatoria de todas las evidencias obtenidas a partir de su implementación.

Binder explica que para ejercer el derecho de defensa plenamente el imputado debe tener acceso a la imputación que se formula, lo que incluye no solo ser informado del hecho que se le atribuye, sino también de las pruebas en que se funda tal acusación. Para el autor "esto implica que el

imputado debe tener la mayor libertad posible para acceder a toda la información recolectada en su contra". Las restricciones a ese derecho solo pueden operar de forma excepcional y limitada en el tiempo y respecto de actos concretos a efectos de evitar que aquellos se frustren.[93]

En esa línea, el Código establece en el artículo 119, como principio general, que las actuaciones son públicas para las partes y que la Fiscalía únicamente puede decretar el secreto parcial solo respecto de "las actuaciones imprescindibles para no frustrar la eficacia de las medidas dispuestas, hasta que concluyan las diligencias".

Si bien es incuestionable que por motivos de eficacia de la medida y resguardo de quienes se encuentran ejecutándola, en un inicio y hasta su finalización, la implementación y actividad de agentes reveladores o encubiertos se mantiene en absoluta reserva y que incluso lo referido a la identidad de aquellos será confidencial, este escenario se modifica cuando se requiere como prueba para el juicio su declaración testimonial.

Entonces, afirmada la publicidad de la actuación del agente, sin perjuicio de su reserva de identidad a efectos de resguardar su integridad, resta analizar cuándo y de qué modo ingresa su testimonio al debate oral y público.

Las reglas de actuación establecidas por el artículo 155 disponen que el agente encubierto, el agente revelador y el informante serán convocados al juicio únicamente cuando su testimonio resultare absolutamente imprescindible.

La discusión acerca de la admisibilidad de la prueba tiene lugar durante la audiencia de etapa intermedia donde las partes deberán justificar por qué interesa la producción de determinadas evidencias en el debate. Aquí entonces se abren dos nuevos interrogantes: por un lado, ¿qué parámetros deben tomarse en consideración para analizar la viabilidad del testimonio del agente encubierto o revelador?, ¿es posible incorporar esa información a través de otros medios de prueba? Si se admite su declaración, ¿de qué modo tendrá lugar la producción de esa prueba durante el juicio? Intentaremos dar respuesta o al menos esbozaremos algunas propuestas interpretativas.

La idea de antinomia fundamental conformada por la búsqueda de eficacia y el respeto a las garantías adquiere nuevamente relevancia

93. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc. 2ª ed., 1999, pp. 157-158.

debido a que, por un lado, la ley procesal establece la necesidad de circunscribir la declaración testimonial de los agentes a aquellos supuestos casos en que fuere "absolutamente imprescindible". En este plano, el Estado brega por la integridad de los agentes –no solo como garantía a nivel personal sino a nivel general–, dado que si no están debidamente dadas las condiciones de resguardo no habrá miembros de las fuerzas de seguridad interesados en asumir tal responsabilidad, máxime cuando no se encuentran compelidos a hacerlo, conforme lo establece el artículo 155 en su primer párrafo.[94] En contraposición, la regla general en lo que respecta a la prueba testimonial es que aquella se materializa con el testigo declarando en juicio como garantía del contradictorio.[95]

Los principios de inmediación y contradicción que imperan en el juicio oral y público impiden que la información recolectada por el agente sea incorporada por simple lectura de las actas. Veamos por qué.

La inmediación persigue que el juzgador reciba una impresión lo más directa posible de los hechos y las personas; en lo que respecta a la producción de la prueba, supone que esta se produzca ante el tribunal y durante el debate, en presencia de todas las partes para que el imputado pueda defenderse de esas evidencias.[96] En ese sentido, el principio de contradicción establece un doble estándar: por un lado, que las partes presenten su prueba en el debate oral y público siendo esa la única evidencia que podrá ser evaluada por el juzgador para resolver. A su vez, que ambas partes –especialmente la Defensa– controlen la producida por la contraparte y puedan refutar aquello que sea contrario a su teoría del caso.

La regla derivada de la aplicación de estos dos principios es que la prueba no puede ingresar al debate por simple lectura en tanto impide ejercer el derecho a confrontar la prueba de cargo. Sin embargo, existen casos donde ello es permitido, en determinadas circunstancias, siempre que haya mediado control por parte de la defensa en la realización de esa diligencia.[97]

94. CFAGR, "Freccero, Cristian", ya citado.

95. Al respecto, véase comentario al Capítulo 4 de este Título.

96. Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, p. 113.

97. Al respecto, véase comentario al Libro III, Título I, Capítulo 3.

Un ejemplo claro es lo que ocurre con la declaración de las personas menores de edad, cuyo testimonio no tiene lugar directamente ante el tribunal sino que se realiza por intermedio de profesionales psicólogos/as pero con intervención de las partes y control judicial (art. 23 Ley N° 2451). No existen mayores discusiones cuando esa declaración tiene lugar durante la realización del juicio oral y público, porque en definitiva el control lo hará el mismo tribunal encargado de dictar sentencia tras la prueba que le presenten las partes. Distinto es el caso en que aquel acto se realiza en la etapa de investigación y lo que en definitiva se incorporará al debate son las actas labradas donde conste la declaración de la persona menor de edad o bien se reproduzca en el marco de la audiencia el registro audiovisual del acto, ello a efectos de evitar la revictimización del menor sometiéndolo a declarar nuevamente ante el juez de juicio.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con las actas o registros donde se plasma la actividad de los agentes reveladores o encubiertos, en el ejemplo señalado de la Cámara Gesell, la defensa tuvo la posibilidad de controlar la declaración testimonial de la persona menor de edad aun cuando aquel acto haya tenido lugar durante la investigación preparatoria; esto, en la medida que participa del acto donde se produce esa prueba y, además, está habilitada para introducir nuevas preguntas al menor testigo –incluso más allá de las plasmadas en el pliego de preguntas presentado previamente– para que profundice alguna cuestión expresada durante su declaración. Tales circunstancias hacen que no se afecte el principio de contradicción para el caso en que esa información luego ingrese por simple lectura al debate.

En el caso de la información recolectada por los agentes especiales, no hay manera de tener por satisfecha la exigencia del contradictorio si se pretende su ingreso al debate por simple lectura; esto en tanto, por la naturaleza misma de la medida empleada, impide, lógicamente, que la defensa pueda ejercer un control del contenido de esa información y mucho menos confrontarla.

Schiavo realiza una comparación entre los sistemas continentales y anglosajones y explica que, en los últimos, cualquier información incorporada por lectura se equipara al concepto de "testigo de oídas" en tanto se trata de afirmaciones que se incorporan al debate sin posibilidad de que sea directamente confrontada por el imputado y su

defensa, por lo que la posibilidad de que la prueba ingrese de ese modo es muy excepcional.[98] Siguiendo con esta actividad comparativa, ese autor indica que en Argentina las legislaciones procesales han diseñado mecanismos procesales para "reconducir el problema" a una cuestión de valoración probatoria, es decir, será tarea del juzgador indicar qué peso le otorgará a esa prueba incorporada al debate y sobre la cual la defensa no pudo realizar ningún control.[99]

En el Código el ingreso de prueba al debate por simple lectura se regula en el artículo 252 y solo está habilitado para los casos en que: a) esa información haya sido obtenida "siguiendo la regla de los actos únicos e irreproducibles" (lo que supone que haya mediado control por parte de la defensa);[100] b) cuando medie acuerdo entre las partes, y c) testigo que declara por exhorto o informe, para lo que además deberá complementarse esa información a través de la realización de una videoconferencia con participación de las partes.

En la medida en que la actividad de los agentes reveladores o encubiertos no se lleva a cabo con el control de la defensa, el testimonio del agente es el único medio posible para que esa información llegue a conocimiento del tribunal encargado del juzgamiento, máxime cuando la propia norma prevé el empleo de recursos tecnológicos para preservar la identidad del testigo. Volveremos sobre ese punto más adelante.

En este escenario, entonces, las partes, especialmente la Defensa, deberán litigar en la audiencia preliminar los motivos por los cuales consideran que la declaración del agente encubierto o revelador resulta imprescindible. Este ejercicio implicará, sin excepción, que la parte que requiera la producción de esa prueba exponga en la audiencia cuál es su teoría del caso como así también los puntos sobre los que pretende que el testigo declare, todo a fin de corroborar que efectivamente

98. El autor señala que en el precedente "Crawford vs. Washington" de la Corte de Estados Unidos del año 2004 se estableció una excepción a la regla que impide el ingreso de información por simple lectura cuando la imposibilidad del ejercicio del derecho a confrontar testigos es producto de un comportamiento llevado a cabo por el titular de ese derecho. Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013, p. 39.

99. Ibídem, p. 38.

100. CPPCABA, art. 105.

existe un hecho controvertido entre las partes y que el testimonio sirve para acreditarlo.

El rol de juez frente a esa discusión es, en primer lugar, verificar si efectivamente la declaración testimonial resulta procedente. Para ello, deberá analizar la pertinencia de esa prueba. La prueba es pertinente si existe una conexión entre aquella y lo que se quiere acreditar con su uso.[101] Dicho de otro modo, debe servir para probar alguno de los extremos de la teoría del caso de la parte que requirió su producción. De más está decir que si el/la juez no verifica que efectivamente exista un hecho controvertido de modo alguno puede admitirse la producción de esa prueba.

Afirmada tal procedencia del testimonio, corresponderá efectuar también un balance de los intereses en juego –protección de la integridad del testigo versus ejercicio del derecho de defensa– de modo tal de concluir si efectivamente la declaración resulta imprescindible.

Para el caso en que el tribunal admita la declaración testimonial de aquel que actuó durante la investigación como agente revelador o encubierto, se abre el interrogante respecto al modo en que dicha declaración tendrá lugar en el debate.

La regla general debe ser que el agente declare como testigo en el juicio oral revelando su identidad, como ocurre en la generalidad de los casos.[102] Esa circunstancia garantiza que el control por parte de la defensa de los dichos de ese testigo sea integral dado que, por un lado, podrá confrontar la información que aquel aporte en el contraexamen pero, al mismo tiempo, también se le dará la posibilidad de trabajar la

101. Schiavo, Nicolás, *Valoración Racional…*, *op. cit.*, p. 17.

102. Si bien el artículo 135 establece la posibilidad de mantener en reserva la identidad del testigo para casos en que se temiera por su integridad física o de terceros, esa opción se mantiene solo hasta el momento de la celebración de la audiencia de juicio oral y público, a excepción de aquellos testigos que se encuentren incluidos dentro de un programa de protección de testigos. Al respecto, en el ámbito nacional, rige la Ley N° 25764 que establece el programa nacional de protección a testigos e imputado, que es aplicable solo para investigaciones federales relativas a delitos vinculados al terrorismo (Ley N° 25241), conductas en infracción al régimen de la Ley N° 23737, trata de personas y secuestro extorsivo. Sin perjuicio de que el Programa de mención solo es aplicable para investigaciones de índole federal, podría darse el supuesto de que en el marco de una investigación local sea convocado como testigo alguien que, en virtud de esa ley, se encuentra previamente incluido en el programa de protección producto de su intervención en otro proceso penal, por lo que cobra sentido la excepción del cuarto párrafo del mentado artículo 135.

credibilidad de su testimonio, extremo que solo resulta posible si sabe quién es el testigo. En otras palabras, el dato relativo a la identidad del testigo sirve también para controlar si aquel actúa con parcialidad por tener algún interés particular.

Sin embargo, el artículo 155 establece, como excepción a esa regla general, la posibilidad de que se empleen recursos técnicos para impedir que pueda identificarse al declarante por su voz o su rostro, esto para el caso en que su declaración signifique un riesgo para su integridad o la de otras personas, o cuando frustrare una intervención ulterior. Está fuera de discusión que el empleo de este tipo de recursos tiene como finalidad evitar que la identidad del autor sea develada.

Mayoritariamente la doctrina se ha pronunciado en contra de mantener la reserva de identidad del agente encubierto o revelador cuando aquel es convocado al juicio oral y público como testigo por considerarlo contrario a la garantía de defensa en juicio.

Guariglia[103] indica que habilitar a que el agente mantenga su identidad reservada cuando actúa como testigo resulta contrario al artículo 8.2 inciso f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra la posibilidad de interrogar a los testigos como un componente del derecho de defensa en juicio.

Falcone, Conti y Simaz se mantienen en la misma línea e indican que no se satisface la garantía de defensa en juicio si no se suministra la identidad del testigo en tanto "la defensa debe contar con la posibilidad de evaluar gestos, comportamientos, reacciones del testigo" siendo la consecuencia de la inobservancia de estas formas la nulidad de la sentencia siempre que esta haya considerado como decisiva esa prueba.[104]

En el ámbito jurisprudencia, el caso quizás más resonante es el precedente "Navarro" de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal.[105] En aquel caso, donde se discutía si correspondía revelar la identidad como testigo de un agente encubierto convocado a prestar declaración en juicio oral, se concluyó que la situación de riesgo en que se coloca al agente encubierto testigo cuando se revela su identidad "es presumida por la ley y obliga a su protección cuando aquella se produjo, mediante

103. Guariglia, Fabricio, "El ingreso del agente…", *op. cit.*, p. 19.

104. Falcone, Roberto; Contín, Néstor; Simaz, Alexis, *Derecho Penal…*, *op. cit.*, p. 416.

105. CNCP, Sala I, "Navarro, Miguel A.", 09/04/1997.

medidas adecuadas ordenadas antes de concretarse la declaración testimonial". En base a ello, luego de afirmar que la protección del testigo por parte del Estado debe regir durante todo el procedimiento penal, incluyendo el momento del debate, estableció que la revelación de la identidad del agente encubierto citado como testigo no es siempre condición necesaria para su presentación en juicio. Esto, explica el fallo, en base a dos motivos fundamentales. Por un lado, porque el agente fue designado como tal con intervención del órgano jurisdiccional que controló previamente que aquel revistiera la calidad de agente de las fuerzas de seguridad que debe tener para ejercer tal cargo, por lo que la calidad de tal no debiera ser materia de controversia para la defensa. En otro orden, estableció un estándar mínimo para habilitar la revelación de identidad del testigo consistente en que es necesaria cuando los dichos de ese testigo constituyen la única prueba de cargo que permite verificar la acusación.

Discrepamos con esa posición por dos razones. En primer término, porque es al menos cuestionable la afirmación en cuanto a que no resultaría materia de controversia la calidad del funcionario policial designado como agente so pretexto de que dicha circunstancia fue controlada previamente por el juez de garantías a autorizar su actuación. Una interpretación en esa línea llevaría a desconocer la posibilidad de que aquel tenga algún tipo de interés en el caso o que incluso, por su labor desempeñada como integrante de una fuerza de seguridad, haya tenido contacto en el pasado con el imputado que pueda condicionar la veracidad de sus dichos. Sumado a ello, el hecho de que el órgano jurisdiccional intervenga en la implementación de la medida sirve a la defensa como garantía de que esa diligencia fue autorizada siguiendo las formas prescriptas por el ordenamiento legal vigente, pero de modo alguno puede suplir el escrutinio posterior que incumbe a las partes –especialmente a la defensa– de controlar el valor de la evidencia obtenida producto de la implementación de esa medida.

En definitiva, no existe una posición uniforme respecto de la cuestión. Sin embargo, consideramos que para el caso en que el agente sea convocado a prestar declaración como testigo en el juicio oral y público la revelación de su identidad es ineludible a efectos de que la información aportada por aquel pueda ser valorada como prueba de cargo para fundar una eventual condena. Es que, por un lado, es el Estado sobre quién debe recaer, a través de sus distintos órganos ajenos al Poder Judicial, la

protección de aquellos funcionarios que actúen como agentes encubiertos o reveladores; contrariamente, esa obligación estatal no puede recaer sobre el imputado y el derecho que lo asiste de ejercer una defensa efectiva de la acusación que pesa en su contra.[106]

Aun cuando el Código habilita la posibilidad de que el testigo declare empleándose medios técnicos para ocultar su verdadera identidad, entendemos que existen algunos reparos respecto de esa posibilidad.

En primer lugar, que en tal caso debe tratarse de supuestos en los cuales las particularidades del caso –posiblemente vinculadas a la complejidad del delito que se investiga y al nivel de organización del grupo criminal que se trate– impidan que el agente pueda ser debidamente resguardado por parte del Estado. Es difícil imaginar una situación de esta naturaleza debido a la cantidad de recursos con que cuenta el Estado para poder hacer frente a esa demanda. La implementación de programas destinados al resguardo de quienes actúen en el marco de este tipo de medidas debe ir de la mano, de forma paralela y simultánea, con la implementación legislativa de estas técnicas de investigación: una no puede suponerse sin la otra, pues constituyen las dos caras de una misma moneda. En esta línea, si no se cuentan con recursos estatales para satisfacer esta necesidad de protección debería abstenerse de poner en práctica este tipo de técnicas dado que esa falencia, en definitiva, terminará recayendo sobre el imputado –que no podrá controlar la prueba– o bien por el propio agente –que deberá soportar quizás con su propia integridad la carga de develar su identidad para que la defensa pueda controlar la información por él obtenida–, cuando en verdad es el Estado, en cualquiera de sus niveles, quien debe garantizar el respeto de los dos derechos en juego: defensa en juicio e integridad personal.

106. En este sentido se ha sostenido que excepcionalmente las normas procesales prevén "la alteración de la regla básica del instituto [agente encubierto o revelador] cual es la preservación del riguroso secreto de la designación del funcionario infiltrado, porque esa circunstancia excepcional cuando así se decide judicialmente, llevará implícita la convocatoria del agente para que declare en la causa –esta vez como testigo– develando su identidad personal, comenzando a funcionar entonces las medidas de protección previstas en el art. 31 *quinquies* de la Ley 23737 y adquiriendo las partes, recién a partir de tal exteriorización de la identidad del agente, todos los atributos de control propios de la prueba testimonial a los fines de su reevaluación en este carácter". CFASM, "Solís, Delia", 13/09/1996.

Por otro lado, el Código establece también que en caso de que la declaración testimonial tenga lugar ocultando su verdadera identidad, la información que aquel aporte en juicio deberá ser valorada "con especial cautela". La técnica legislativa empleada no es clara en ese sentido dado que la expresión escogida no establece ningún estándar de valoración concreto, sino que, contrariamente, deja todo librado a la subjetividad del juzgador, es decir, al acto valorativo que aquel/lla realiza.

En el proceso penal rige la regla de la sana crítica que implica que todos y cada uno de los elementos de prueba introducidos válidamente en el debate son "indicios", en el sentido que "indican" cierto grado de probabilidad de que el hecho atribuido sea cierto o no lo sea. Esto implica que ningún elemento de prueba tiene un valor previamente determinado o que uno vale más que otro, lo cual habilita al juzgador a apreciar libremente cada elemento y establecer su valor de convicción.[107] Aun cuando la expresión utilizada en el artículo 155 no contradice esa regla en tanto no atribuye un valor específico a la prueba sin duda sí establece una pauta interpretativa. Sin perjuicio de los reparos indicados en los párrafos anteriores respecto de la posibilidad de que el agente declare manteniendo oculta su identidad, un estándar objetivo razonable en cuanto a la valoración de la información brindada en esas condiciones no puede servir como única prueba para tener por acreditado el hecho.[108]

Capítulo 9
Otros medios de prueba

Artículo 157. Individualización de personas

Podrá ordenarse la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) del imputado o de otra persona si ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación.

Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico si no existiere perjuicio alguno para la integridad

107. Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal, op. cit.*, pp. 122-123.

108. CFASM, "Solís, Delia", ya citado. También, Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Morón, pcia. de Buenos Aires (CAGM), "C., G. M. – E., A. F. – B. R., H. E. – L., G. S. – G., G. F. s/ Incidente de apelación de la prisión preventiva", 17/02/2012.

física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la intervención.

La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si se estimare conveniente y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenarse la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario, la requisa personal o procedimientos inocuos que impliquen la descamación de células o piel.

Asimismo, en el caso de un delito de acción pública en el que se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene.

En ningún caso regirá la facultad de abstención prevista en este Código.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, informada de sus derechos, consintiere en hacerlo, el representante del Ministerio Público Fiscal ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente orden judicial, exponiéndose al/la Juez/a las razones del rechazo.

El/la Juez/a ordenará la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el párrafo primero de este artículo, justificando su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Introducción

Este capítulo se introdujo en la reforma legislativa en el año 2018 bajo la Ley N° 6020. El dictamen de mayoría establecía que dicha modificación a la Ley N° 2303 se proponía

> … a los fines de afrontar eficazmente la transferencia de delitos de competencia nacional a la órbita de la justicia local, teniendo en cuenta que ambos campos jurídicos, el material y el formal, limitan inmediatamente y sin fisuras el uno con el otro. Que, en tal sentido, se considera que la transferencia en cuestión conlleva a adaptar nuestro ordenamiento procesal a una nueva realidad jurídico penal, partiendo de la base que el deber de garantizar la justicia es el fundamento jurídico constitucional del derecho procesal penal.[109]

Por otro lado, los dictámenes por la minoría expresaban la lesividad al derecho de defensa de esta medida y las que finalmente serían incorporadas en el capítulo anterior, atento que los delitos transferidos a la competencia local no revestían la gravedad suficiente para su habilitación, entrando así en colisión con el derecho de defensa de las personas acusadas.

Concepto. Pertinencia

La necesidad de utilizar este medio de prueba surge de constatar la identidad biológica entre una muestra (por ej. aquella que fuera encontrada en la escena de un crimen) y la otra (extraída a una persona sospechosa/acusada de ese crimen). Dicha extracción puede ser de sangre o a través de otros medios como la saliva, pelo, orina, piel o uñas con los cuales se puede obtener el mismo resultado.

Para poder acceder a ello será necesaria la presencia de indicios suficientes –estado de sospecha basado en datos objetivos– que relacionen a la persona acusada con los hechos del delito que se encuentra en investigación, no meras suposiciones subjetivas.

La extracción de la muestra para el análisis del ADN de la persona imputada deberá ser tomada en la etapa de investigación de acuerdo a su necesidad, por lo que podría requerirse con inmediatez a la denuncia del hecho por parte de una víctima evaluando su urgencia o solicitada por la Fiscalía avanzada la pesquisa.

109. Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, Expediente N° 1790-J-2018, Despacho 642.

Procedimiento y garantías constitucionales

Este artículo se encuentra incorporado de igual forma que la establecida en el artículo 218 bis del CPPN.[110] Se establece en la redacción de ambos, expresamente, los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad como pertinencia de la práctica conforme las garantías constitucionales que deben respetarse frente a la extracción compulsiva en el caso del acusado u otra persona involucrada.

En cuanto a la necesidad de la medida, tal extremo se corrobora cuando el dato o evidencia que se pretende obtener sirve para acreditar –o incluso descartar– algún elemento de la hipótesis acusatoria, siendo esta tarea propia de la parte que la solicite. Afirmado ello, debe verificarse que esa evidencia no pueda ser obtenida de otro modo menos lesivo, es decir, sin necesidad de intervenir en el cuerpo de la persona imputada o de terceros. Ese análisis es el que debe guiar el abordaje que el órgano jurisdiccional realice cuando le sea peticionada la extracción compulsiva de ADN. La proporcionalidad podrá afirmarse si se verifica un equilibrio entre la información que se pretende obtener, su relevancia para el caso y las características de este. Volveremos sobre esta cuestión más adelante, al analizar distinta jurisprudencia.

El procedimiento para obtener dichas muestras debe cumplir con los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, así como los tratados internacionales adheridos a fin de evitar la mayor injerencia en la obtención de material genético y garantizar los derechos a la dignidad humana, intimidad, privacidad de la persona a la cual se le procederá a extraer la muestra.

El mayor problema que se verifica con el uso de esta medida en el plano constitucional es la posible violación al principio que prohíbe la autoincriminación de la persona acusada.

En términos generales, este principio prohíbe que cualquier persona sometida a proceso sea obligada a formular declaraciones en su contra, es decir, que perjudiquen su posición en el proceso penal. Esto implica que se encuentra vedado el empleo de medios violentos para obtener información directamente por parte de la persona imputada. Entonces es preciso formularse algunas preguntas: ¿qué alcance tiene

110. En igual sentido, el art. 175 del Código Procesal Penal Federal (t.o. 2019).

el término "declaración"?, ¿es correcto que la prohibición se circunscriba al otorgamiento de información compulsiva de forma oral u escrita o debe ser interpretada en un sentido más amplio?[111]

En definitiva, la discusión transcurre en determinar en qué actos el imputado actúa como "objeto de prueba" y en cuáles lo hace como "sujeto de prueba".

Los actos en que la persona sometida a proceso actúa como "objeto de prueba" son aquellos en que la evidencia se busca directamente en el cuerpo de la persona, sin necesidad de contar con su consentimiento o voluntad: es decir, no requiere que aquel realice algún tipo de actividad para que se pueda lograr la obtención de esa información que se pretende, como ocurre con la toma de vistas fotográficas, toma de huellas dactilares, exámenes médicos.

De Luca explica que "objeto de prueba no se refiere a un ser humano tratado procesalmente como una cosa, sino a situaciones en que se admiten determinadas injerencias en su cuerpo con prescindencia de su voluntad y consentimiento, sin perjuicio de que en tales casos deben seguir teniéndose en cuenta todos los demás derechos y garantías de las que continúa siendo titular ese ser humano por el simple hecho de serlo".[112] En esos supuestos, explica el autor, habrá de prescindirse de la voluntad y consentimiento del sujeto para la realización de la medida de que se trate, lo que descarta que la prueba sea producto de su mente.

En contraposición, la persona actúa como "sujeto de prueba" cuando la información ingresa directamente por sus propios dichos o escritura. Dicho de otro modo, la información no ingresa a través de un tercero (como ocurre, por ejemplo, en el caso del reconocimiento) sino que de propia mano por parte del imputado. En estos casos, el sujeto está amparado por la garantía de autoincriminación forzada por lo que esa información puede prosperar únicamente de mediar consentimiento por parte de aquel, independientemente de la relevancia de la evidencia que se pretende obtener.

Al respecto, Carrió sostiene que "... la negativa del imputado a declarar no cede por más que un policía o juez tengan razones funda-

111. Binder, Alberto, Introducción... op. cit., 2ª ed., 1999, p. 183.

112. De Luca, Javier, "El cuerpo y la prueba", en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, T. 1, p. 41.

das para pensar que el imputado conoce un dato de utilidad para la investigación".[113]

En definitiva, la distinción se basa en el alcance de la garantía constitucional en juego, la cual abarca las comunicaciones verbales, escritas y gestuales cuya exteriorización dependan exclusivamente de la voluntad del sujeto como por ejemplo ocurre en materia de prueba pericial, cuando se pretende la realización de un cuerpo de escritura por parte de la persona acusada.[114]

En el caso de la extracción compulsiva de ADN, no se requiere de una participación activa por parte de la persona imputada; esto en la medida en que la evidencia se obtendrá a partir del análisis de una pequeña muestra genética, cuya obtención debe procurar evitar el menoscabo de la intimidad e integridad de quien aporta el material. Sumado a ello, esa información no ingresará al proceso directamente por la persona imputada, sino que será a través del testimonio del o la perito que analizó las muestras genéticas.

La norma procesal exige que en caso en que no medie consentimiento por parte de la persona a quien debe extraerse la muestra genética (revista o no calidad de imputada), la medida debe ser solicitada por el Ministerio Público Fiscal al Juzgado, que deberá resolverlo por decisión fundada.

Análisis jurisprudencial

Como indicáramos al inicio, para que sea procedente, la medida debe guardar relación directa con el objeto procesal de la causa concreta y debe ser conducente para el esclarecimiento de los hechos. Esto fue analizado por la CSJN en donde determinó que la compulsividad a la realización de la prueba sanguínea carecía de un respaldo legal que la legitimase y, por ende, resolvió que la medida impugnada había excedido el objeto de la investigación, y que la determinación de la tipicidad o autoría no habría variado por el resultado de la prueba biológica dispuesta.[115]

113. Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales…*, *op. cit.*, 3ª ed., 1994, p. 285. En igual sentido, De Luca, Javier A., "Pruebas sobre el cuerpo…", *op. cit.*, p. 393.

114. Véase comentario al Capítulo 5 de este mismo Título.

115. CSJN, Fallos: 313:1113, 13/11/1990.

Distinto fue lo resuelto por la CSJN en el caso "H. G. S. y otro"[116] en donde manifestó que

> La realización de la prueba de histocompatibilidad –cuando está en juego la identidad de un menor– no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen.

De esta manera, el tribunal se apartó de lo afirmado en el caso anterior, sobre la base de que el objeto central de la investigación "estaba inmediatamente ligado a la validez del título en que se sustentan los documentos públicos que acreditaban la identidad de una menor".[117]

Sin embargo, otro fallo de la CSJN que no podemos dejar de mencionar como referencia es "Vázquez Ferrá, Evelin K."[118] en donde los Dres. Belluscio y López entendieron que la negativa de la persona mayor de edad a prestarse a que su cuerpo –o elementos de este– sean utilizados para extraer elementos de prueba que posibiliten la condena de aquellos a quienes la ley procesal autoriza a proteger tiene amparo en reglas precisas de las normas rituales que regulan la situación de los testigos y en disposiciones de la ley de fondo que eximen de responsabilidad penal por el delito de encubrimiento no solo a personas ligadas por vínculos civiles formales sino también a personas a "las que se debiese especial gratitud".

El voto del Dr. Vázquez trae a colación jurisprudencia de la CSJN en la cual se expresa que los derechos civiles, políticos y sociales que la CN consagra están sujetos a limitaciones y el conflicto suscitado entre el derecho a la intimidad y las facultades estatales de restringir el ejercicio de aquel, en un marco razonable, para la necesaria eficacia en la persecución del crimen. En el caso en cuestión, entendió que se podía resolver por otros medios de prueba sin la necesidad del examen de sangre.

Del voto en disidencia del Dr. Maqueda podemos leer aquello que mencionamos sobre la existencia de medios menos lesivos para la identificación de personas que la extracción de sangre. Entendió que inclusive la prueba hemática no constituía un gravamen a algún

116. CSJN, Fallos 318:2518, 04/12/1995.

117. Binder, Alberto, *Introducción… op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 183.

118. CSJN, Fallos: 326:3758, 30/09/2003.

derecho constitucional, en este caso del derecho a la intimidad. Hizo mención que la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional se refería a las comunicaciones o expresiones que provenían de la propia voluntad del imputado, ya que lo que se prohíbe es la compulsión física o moral para obtener declaraciones emanadas del acusado mediante la fuerza y no la exclusión de su cuerpo como evidencia material en un juicio. Afirmó que la presencia de tales intereses sociales e individuales era fundamental para decidir si la medida dispuesta era de una entidad tal que afectase la intimidad de la apelante, cuando se trataba –precisamente– de lograr la punición de delitos de tan alta significación en el marco de nuestra sociedad.

En relación a lo afirmado respecto a la procedencia de la medida, la CAPPJCyF confirmó una sentencia en cuanto no hizo lugar a la prueba de ADN solicitada por el acusado en la causa donde se le imputó el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar a título de dolo (art. 1, Ley nacional N° 13944) argumentado que ya había sido aportada como prueba la partida de nacimiento del niño, de donde surgía el reconocimiento de paternidad del acusado. Por lo que la Sala I de la Cámara entendió que

> … hasta que el aquí imputado no efectúe la impugnación de la paternidad por la vía pertinente, que es la civil, no corresponde efectuar consideración alguna en este punto. Ello pues, y tal como sostiene la querella el límite a la amplitud probatoria que rige en el proceso penal, son las cuestiones referidas al estado civil de las personas (artículo 107 CPPCABA) entre las que claramente cabe incluir la paternidad cuestionada por el imputado. Por ello, y siendo que esta es una cuestión que debe dilucidarse en la vía correspondiente y ante el fuero competente, cabe rechazar la solicitud de la defensa referida a que se ordene la realización de una prueba de ADN.[119]

En una línea contraria resolvió la Sala III de la Cámara del fuero por entender que la medida probatoria del estudio de ADN resultaba necesaria, también en un caso donde se imputó el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, "toda vez que la paternidad como vínculo entre el imputado y su presunto hijo no se encuentra

119. CAPPJCyF, Sala I, "C., D. G.", causa N° 12916-2016-3, 23/03/2018.

probada en el legajo, su determinación resulta ser una prueba dirimente, a la luz que el delito que se le imputa [...]".[120]

En lo que refiere concretamente al alcance de los principios de necesidad y razonabilidad que deben regir el análisis de procedencia de la medida, la Sala III de la CAPPJCyF, con el voto de Dr. Jorge A. Franza y adhesión de Dr. Sergio Delgado, revocó parcialmente la resolución de grado en cuanto dispuso no hacer lugar a la extracción compulsiva de sangre sobre el imputado y, en consecuencia, ordenó un reexamen de la cuestión. Ello debido a que la jueza de primera instancia había calificado a la medida solicitada como "inidónea para la consecución de un fin determinado"[121] y que no debía practicarse de ninguna forma, pero sin hacer referencia a los principios de necesidad o razonabilidad de la misma, extremos que deben ser analizados. Luego de verificar las constancias de ese caso, los jueces de cámara concluyeron que era necesario evaluar la posibilidad de obtener la evidencia pretendida a través de medios menos gravosos que la extracción de sangre.

120. Ibídem, Sala III, "T., A.", causa N° 6898-01-00-15, 29/02/2016.

121. Ibídem, Sala III, "Ferreira, Mariano Eduardo", causa N° 13192-2019-1, 22/11/2019.

TÍTULO IV
Situación del/la imputado/a

Capítulo 1
Presentación y comparecencia

Artículo 158. Demora de personas*

Cuando en el primer momento de la investigación de un hecho en el que hubieran participado varias personas no sea posible individualizar a los responsables y a los testigos y no pueda dejarse de proceder sin peligro para la investigación, el/la Fiscal podrá disponer que los presentes no se alejen del lugar ni se comuniquen entre sí antes de interrogarlos y aún ordenar el arresto si fuera indispensable.

Ambas medidas no podrán prolongarse por más tiempo que el estrictamente necesario para escuchar los testimonios, a lo cual se procederá sin tardanza y no podrán durar más de seis (6) horas. Sin embargo, a pedido del/la Fiscal, el/la Juez/a podrá prorrogar dicho plazo por dos (2) horas más, por auto, si circunstancias extraordinarias así lo exigieran. El pedido podrá formularse por cualquier medio, con la debida constancia, y el contenido del auto que lo conceda o deniegue se podrá adelantar por vía telefónica, fax o por cualquier medio electrónico. Vencido este plazo deberá disponerse el cese de la restricción a la libertad de todos los afectados, salvo que procediera la aprehensión para alguno de ellos.

Artículo 159. Presentación espontánea

La persona que presuma que se ha iniciado una investigación preparatoria en su contra, podrá presentarse ante el/la Fiscal con la finalidad de aclarar su situación. En su caso será notificada del decreto de determinación de los hechos. El descargo se podrá presentar ante el Juez quien lo remitirá a sus efectos al Fiscal.

Artículo 160. Citación del/la imputado/a. Comparendo

El/la Fiscal podrá ordenar la comparecencia del/la imputado/a mediante citación a los fines que corresponda.

---

* Comentario sobre los artículos 158 a 172 por Juan Manuel Belluscio, Matías Pistone y José Sylvié.

Si el citado no se presentara en el término fijado sin justificación, se ordenará su comparecencia por la fuerza pública al sólo efecto de dar cumplimiento a los actos procesales que justificaron la citación.

Artículo 161. Fueros

Si el imputado tuviera fueros constitucionales, no se podrá ordenar su detención.

Si el imputado con fueros constitucionales no compareciera voluntariamente, el/la Fiscal deberá remitir los antecedentes al Juez o Jueza, solicitando se requiera, cuando correspondiere, el desafuero a fin de ordenar su comparecencia por la fuerza pública.

Artículo 162. Orden de comparendo. Efectos

La orden que emita el/la Fiscal deberá ser escrita, contener los datos personales del/la imputado/a u otros que sirvan para identificarlo/a y el hecho que se le atribuye.

En caso de suma urgencia el/la Fiscal podrá impartir la orden verbal, telefónicamente, o por medio electrónico de notificación sin perjuicio de dar cumplimiento a los requisitos formales previstos en el párrafo que antecede.

Artículo 163. Extradición

Si el/la imputado/a se encontrara radicado o estuviera circunstancialmente en el exterior, se le notificará la citación por exhorto. Si no compareciera sin causa justificada, se requerirá la extradición por exhorto, conforme el procedimiento de las leyes nacionales y tratados celebrados por la Nación.

Artículo 164. Flagrancia. Detención del/la imputado/a

En los casos de flagrancia la autoridad de prevención procederá a la detención de/la imputado/a y consultará sin demora al/la Fiscal, quien deberá ratificarla o hacerla cesar si en principio el hecho fuera atípico. Si este/a la ratificara, dará aviso al/la Juez/a, procediendo según lo establecido en el artículo 184 y si considerara que debe cesar, el/la imputado/a será puesto en libertad, desde la sede del Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la continuación del proceso.

Artículo 165. Reglas sobre la detención

La detención se ejecutará de modo que perjudique en el menor grado posible a la persona y reputación del/la aprehendido/a.

Al momento de la aprehensión, se labrará un acta que será firmada por el/la aprehendido/a en la que se le hará saber:

a. La causa de la detención.
b. Los cargos que se le formulen.
c. El derecho de comunicarse con una persona de su confianza y los otros derechos que le asisten según su situación procesal.
d. El lugar donde será conducido.
e. El/la Juez/a y el/la Fiscal intervinientes.

Artículo 166. Restricciones a la comunicación.

En caso de riesgo para la pesquisa o la detención de otros autores, cómplices o encubridores las autoridades de prevención podrán restringir al imputado aprehendido la comunicación con otras personas, con inmediata noticia a el/la Fiscal, quien ratificará o no la medida, sin perjuicio del derecho previsto en el artículo 13 inc. 6 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cuando el/la Fiscal ratifique la incomunicación, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del/la juez/a.

Artículo 167. Niños, Niñas y Adolescentes

Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como delito sea menor de dieciocho (18) años, el/la Fiscal o la autoridad de prevención dispondrá inmediatamente la intervención pertinente del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Ministerio Público Tutelar, sin perjuicio de la tramitación del proceso y las medidas cautelares que correspondan.

Artículo 168. Ebrios e intoxicados

Cuando el/la imputado/a de un delito flagrante se hallare en estado de embriaguez alcohólica o bajo los efectos de cualquier tóxico, deberá ser inmediatamente conducido a un establecimiento asistencial, sin perjuicio de la adopción de las medidas cautelares pertinentes. El

plazo para la intimación del hecho correrá desde el momento en que la persona detenida se encuentre en condiciones de declarar.

Artículo 169. Identificación

Las autoridades de prevención procederán a la identificación del imputado por los medios técnicos disponibles o por testigos. Deberán recabar sus antecedentes penales en el menor tiempo posible a partir del momento de la detención e informar a el/la Fiscal inmediatamente.

Artículo 170. Declaración de rebeldía

Será declarado rebelde por el/la Juez/a, a requerimiento del Ministerio Público Fiscal, el/la imputado/a que sin grave y legítimo impedimento no compareciere a la citación del/la Fiscal o del/la Juez/a, o se fugare del establecimiento o lugar en que se hallare detenido/a, o se ausentare sin licencia de la fiscalía, del lugar asignado para su residencia.

Inmediatamente se librará orden de captura y, si se encontrare en el exterior, se librará el pedido de extradición.

La declaración de rebeldía del/la imputado/a por parte del/la Juez/a de primera instancia implicará la suspensión de los plazos de duración de la investigación preparatoria respecto del declarado rebelde, sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 171. Dicha suspensión no afectará al resto de los/las imputados/as que se encuentren a derecho.

Artículo 171. Efectos de la declaración de rebeldía

La declaración de rebeldía no suspenderá el curso de la investigación preparatoria. Si fuera declarada durante la etapa de juicio, se suspenderá con respecto al rebelde y continuará para los demás imputados/as presentes. Declarada la rebeldía, se reservarán las actuaciones y los efectos, instrumentos o piezas de convicción que fuera indispensable conservar.

Artículo 172. Comparecencia voluntaria. Efectos

Si el/la imputado/a se presentare con posterioridad a la declaración de su rebeldía y justificara que no concurrió hasta ese momento a la citación judicial debido a un grave y legítimo impedimento, aquélla será revocada y se tendrá por no pronunciada.

Introducción y aspectos generales

Bajo el título "Presentación y comparecencia", el legislador ha tratado en este capítulo la primera vinculación formal de una persona acusada con el proceso penal, ya sea presentándose espontáneamente al tener noticia de que se sustancia una investigación en su contra, como a partir de verse involucrada en un posible hecho ilícito en flagrancia.

Como tal, se trata de un capítulo especialmente relevante en la hermenéutica del CPPCABA, pues entre algunas normas procedimentales, regula las primeras medidas de coerción directa contra el imputado en favor del proceso. En ese sentido, los siguientes artículos deben ser leídos e interpretados en relación con otras disposiciones del Código, como las que regulan las facultades de las fuerzas de prevención, la flagrancia, la detención, la prisión preventiva, la forma de las notificaciones, etcétera.

Proponemos al lector un tratamiento del capítulo a partir de esta intensidad creciente en la presión cautelar sobre la persona imputada. Desde la presentación espontánea y voluntaria, la citación, la comparecencia forzosa hasta la detención en flagrancia, concluyendo con un análisis del instituto de la rebeldía que prescinda de un modelo formal y burocrático.

Presentación espontánea

Como una parte esencial del ejercicio del derecho de defensa, el artículo 159 del CPP consagra el derecho de toda persona que suponga que se ha iniciado una investigación en su contra, a presentarse ante el fiscal con el fin de aclarar su situación procesal.

A diferencia de la intimación de los hechos, que supone una previa evaluación cualitativa de las evidencias con las que cuenta el Ministerio Público Fiscal para formalizar su acusación (cfr. artículo 173 CPP "Cuando el/la Fiscal considere que existe sospecha suficiente de que una persona puede ser autor o partícipe de un delito…"), la presentación espontánea se trata de un acto de naturaleza voluntaria que realiza la persona que sospeche que puede encontrarse involucrada en un proceso penal, para brindar las explicaciones que considere pertinentes. En dicho caso, deberá presentarse ante el fiscal; este le notificará el decreto de determinación de los hechos, que describe la platafor-

ma fáctica de imputación, y tendrá derecho a presentar un descargo. Entendemos que por la naturaleza eminentemente defensiva de este acto, debe cumplirse resguardando todas las garantías que rodean a una persona involucrada en un proceso penal, particularmente aquellas referidas al carácter no-coercitivo de su declaración y, consecuentemente, a la no recepción de juramento o promesa de decir verdad.

Es importante tener en cuenta la distinción existente entre ambos actos, no solo a partir de las diferencias materiales entre ellos, sino también por cuanto la intimación de los hechos tiene efectos concretos sobre ciertos institutos procesales, como la prescripción de la acción penal. También se ha pretendido equiparar la presentación voluntaria del imputado y la intimación de los hechos en relación con el plazo para concluir la investigación preparatoria, regulado por los artículos 111, segunda parte, y 112 del CPP. Sobre la base de la similitud que guardan ambos institutos y en el entendimiento de que ambos implican una "notificación del decreto de determinación de hechos", la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF consideró que era posible entender que este acto también tenía virtualidad para iniciar el cómputo del referido plazo.

Esta cuestión, que suscitó pronunciamientos en uno y otro sentido de la Cámara de Apelaciones, pudo empezar a ser desandada a partir de lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia en el precedente "Conde",[1] en el que se resolvió una situación análoga. En ese caso, el Máximo Tribunal local revocó una decisión de la Cámara que pretendió asignarle a un acto distinto a la intimación de los hechos (entonces prevista en el artículo 161 del CPP, actualmente en el 173) la potestad de iniciar el cómputo del plazo previsto en el artículo 111, segunda parte, del CPP. A entender del Tribunal Superior, la utilización en esa norma –entonces en el artículo 104 del CPP– la expresión "intimación de los hechos" debía remitir inexorablemente al acto que, con esa misma denominación, reglaba el entonces artículo 161 del CPP y no era posible interpretar esa norma extensivamente. Esta posición fue posteriormente refrendada en otros precedentes como "N., P.";[2] por lo que entendemos que, al día de hoy, esta es la posición prevalente.

Una nota del artículo que representa, en nuestra opinión, una reminiscencia de los antiguos sistemas procesales es la posibilidad concedida

1. TSJCABA, "Conde", causa N° 9206/12, 07/05/2014.

2. TSJCABA, "N.P.", causa N° 10816/14, 22/12/2014.

a la persona de realizar su presentación espontánea ante el/la juez/a. Habiéndose conferido al Ministerio Público Fiscal la posición de dirección de la pesquisa y de conducción de la investigación penal preparatoria, no parece justificado facultar la posibilidad de que una persona pueda presentarse espontáneamente, en los términos de este capítulo, ante una dependencia distinta que la fiscalía. En ejercicio de su rol, un juez/a de garantías podrá eventualmente controlar que la investigación se conduzca sin dilaciones indebidas o expedirse en cuanto a la posibilidad de extender el plazo de investigación preparatoria sin intimación de los hechos (CPP, art. 111, primera parte) pero no se advierte la necesidad de autorizarlo a recibir presentaciones espontáneas de investigaciones que no conduce y de las que, en verdad, puede no tener noticia.

Citación y comparendo forzoso

El Ministerio Público Fiscal, teniendo a su cargo la investigación preparatoria, se encuentra facultado para convocar al imputado para los actos para los que resulte necesaria su participación. Compartimos con Maier[3] que, aunque leve, la citación se trata también de una medida de coerción pues limita las posibilidades de decisión del imputado y lo compele a presentarse, en fecha y hora determinada, ante la fiscalía. Además, lo expone a consecuencias por su incumplimiento que, en el CPPCABA, surgen de este mismo artículo: si el citado no se presentara en el término fijado y no justifiqua su inasistencia, podrá ordenarse la aplicación de coerción directa a través de su comparecencia forzosa.

El fundamento del uso de la fuerza pública ha sido explicado en la necesidad de avanzar con el proceso y evitar que este se entorpezca por la acción del imputado.[4] Por tal razón, la propia norma establece un límite para el uso de esta potestad por parte del Ministerio Público Fiscal, pues únicamente puede utilizar la fuerza pública al solo efecto de dar cumplimiento al acto procesal que justificó la citación fallida.

El CPPCABA establece, con cierto rigor formal, que la orden debe ser escrita y contener una serie de datos: los personales del imputado, los otros que sean necesarios para su identificación y el hecho que se

3. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2011, T. III, p. 401.
4. CAPPJCyF, Sala I, causa N° 8963/15, 09/06/2016.

le atribuye. No obstante, también habilita que frente a situaciones de urgencia la orden pueda ser impartida por medios desformalizados, dando luego cumplimiento a estos recaudos formales.

Para el caso de que el imputado tuviese fueros constitucionales, no es posible ordenar su comparecencia forzosa como así tampoco su detención, pues gozan de inmunidad de arresto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 69 de la CN. Corresponde en ese caso remitir los antecedentes al/la juez/a para iniciar, de verificarse los requisitos que lo posibiliten, el proceso de desafuero como antecedentes necesarios a su traslado.

Por último, en aquellos supuestos en los que el imputado resida en el extranjero, se le notificará la citación por exhorto para, en caso de ausencia injustificada, solicitar entonces su extradición. Lo dilatado de este trámite sugiere la conveniencia de adoptar otros medios telemáticos (cfr. comentario al Libro I, Título V, Capítulo 8) para realizar citaciones a personas radicadas en el exterior.

Demora de personas

En consonancia con lo comentado acerca del artículo 95 inc. 2, que autoriza a las fuerzas de prevención a disponer que ninguna de las personas que allí se encuentren se alejen del lugar de los hechos, el CPPCABA regula el instituto de la "demora de personas" (art. 158), que faculta al Ministerio Público Fiscal a también restringir brevemente la libertad de las personas que podrían haberse visto involucradas en un hecho delictivo pero que, de inicio, no resulta claro en qué carácter lo han hecho.

En nuestra interpretación, la señalada potestad de la autoridad de prevención constituye un antecedente de la "demora de personas" y únicamente puede ser adoptada por un brevísimo plazo, en el cual deberán establecer comunicación con el Ministerio Público Fiscal que podrá hacerla cesar o refrendarla, ordenando dar inicio al procedimiento de "demora".

Como lo establece la norma, esta potestad rige durante "el primer momento" de la investigación de un hecho (requisito temporal) en el que hayan participado un grupo de personas y no resulte posible distinguir entre autores y testigos pero tampoco pueda dejar de procederse sin riesgo para la investigación (requisitos materiales).

El objeto de la medida es el de ordenar que estas personas no se alejen del lugar hasta poder ser interrogadas con el fin de establecer su vinculación con los hechos, pudiendo incluso ordenarse su arresto por un plazo de seis horas, prorrogables judicialmente por dos horas más, a través de decisión fundada. Concluido este lapso, cesará cualquier tipo de restricción de libertad propia de la demora.

Tiene, en esencia, un fin probatorio –un mínimo esclarecimiento del hecho– y por lo tanto se diferencia de otras medidas cautelares orientadas a neutralizar riesgos procesales, como la aprehensión o detención, sin perjuicio de que esta pueda ordenarse a partir de las averiguaciones practicadas durante el proceso de demora de personas.

El Tribunal Superior de Justicia ha interpretado el instituto de la demora de personas al revisar dos pronunciamientos de la Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF en los precedentes "Grieco"[5] y "Oxenford",[6] por medio de los que se pretendió extrapolar este plazo al de la detención de personas; aclarando de manera certera que se trata de institutos diversos, con fines y naturaleza distintas y que, por lo tanto, no es posible entender que el plazo para demorar personas puede aplicarse analógicamente para supuestos de detención.

Procedimiento en flagrancia

La libertad ambulatoria goza de la más amplia protección constitucional (art. 18 CN) y convencional (art. 7 CADH, art. 9 PIDCyP, art. 9 DUDH), tutelando a las personas contra las detenciones ilegales o arbitrarias. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la regulación tiene similares alcances, en tanto el artículo 13 de su Constitución establece que "Nadie puede ser privado de su libertad sin orden escrita y fundada de autoridad judicial competente, salvo en caso de flagrante delito".

En su conjunto, estas regulaciones –entre otras– conforman el *corpus* normativo destinado a la protección de la seguridad personal y consagran un estándar de protección que, para el ámbito porteño, comprende por regla general la existencia de una orden escrita, fundada y emanada de autoridad judicial. Sin embargo, la Constitución local faculta a las au-

5. TSJCABA, "Grieco", causa N° 11.393/14, 17/06/2015.

6. TSJCABA, "Oxenford", causa N° 11.858/15, 11/12/2015.

toridades de prevención para proceder a la detención de personas, aun sin orden judicial, en ciertos casos particulares. Tal como lo señalamos en la introducción, en este capítulo el legislador ha querido tratar no solo los casos de comparecencias voluntarias al proceso, sino también aquellos supuestos que constituyen la excepción a la necesidad de orden judicial para detener: cuando el imputado es aprehendido por las fuerzas de seguridad por verse sorprendido participando de un delito in *fraganti*.

La ¿definición? de flagrancia

El Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires responde a una raíz preponderantemente adversarial. Se trata de un modelo adversarial de segunda generación que, como tal, construye un sistema procesal más cercano al modelo anglosajón y al diseño constitucional de 1860 (art. 118 CN), próximo a los valores republicanos y de características eminentemente orales. Más allá de que el CPPCABA responda a esta matriz, contiene una mixtura de normas, muchas de ellas heredadas de antiguos sistemas procesales, de características mayormente inquisitivas, burocráticas y escritas que responden a una lógica formal y no a la de un proceso *inter partes*.

La regla que establece el artículo 164 del CPPCABA es que, frente a situaciones de flagrancia, la autoridad de prevención debe proceder a la detención del imputado. Sin embargo, a poco de profundizar el análisis, observaremos que la pretendida claridad de la norma no es tal. En la lógica señalada, el primer punto que se presenta como problemático al respecto es que la definición que el CPPCABA brinda del concepto de "flagrancia" resulta, a nuestro juicio, vaga e imprecisa. Si el artículo 164 obliga a las fuerzas de seguridad a detener a una persona cuando sea sorprendida "en flagrancia", es necesario poder precisar qué elementos de hecho suponen, en efecto, una situación de esta naturaleza.

Más allá de remitirnos al comentario realizado al Libro II, Título I, Capítulo 1, que trata el instituto, lo cierto es que la definición dada por esa norma carece de referencias claras y objetivas que permitan delimitar cuándo nos encontramos frente a una situación de delito flagrante que habilite a las fuerzas de seguridad a detener a una persona en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 164 y en qué

casos, por el contrario, no nos encontraríamos en una situación flagrante, por lo que una eventual detención resultaría ilegal.

El artículo 85 del CPPCABA engloba bajo el concepto de "flagrancia" no solo las situaciones que estrictamente la suponen, denominadas "flagrancia propia" (*v. gr.* "cuando el autor del hecho sea sorprendido en el momento de cometerlo") sino también otras que suponen la adopción de un estándar más flexible. Son las situaciones de "flagrancia impropia", que en la redacción de CPP son presentadas como (i) "inmediatamente después de cometer (el hecho)", (ii) "mientras (el imputado) es perseguido por la fuerza pública, la víctima o el clamor público" (supuestos denominados cuasiflagrancia) y (iii) "la persona que objetiva y ostensiblemente tenga objetos o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar de un delito" (flagrancia ficta).

Si bien la adopción de criterios más flexibles para la aplicación del concepto de "flagrancia" es una práctica generalizada en las regulaciones procesales que busca no encorsetar a las fuerzas de seguridad en el ejercicio de sus actividades de prevención, lo cierto es que, en la redacción del CPPCABA, el uso de palabras ambiguas y la ausencia de referencias objetivas que delimiten los alcances, en especial de las situaciones de flagrancia impropia, constituye un déficit que no podemos dejar de señalar por cuanto se trata, ni más ni menos, que de establecer en qué situaciones de hecho las fuerzas de seguridad se encuentran habilitadas para detener a una persona sin orden judicial.[7]

La técnica para definir la flagrancia utilizada por el CPPCABA es similar a la implementada en la reciente reforma del CPPN[8] como también a la fórmula utilizada por el CPPF.[9] Entendemos que no es la

7. García, Luis M., "Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para identificación de personas. Los claroscuros del caso 'Tumbeiro'", en *LL* 2003-A-470.

8. Artículo 285. "Habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonadamente que acaba de participar de un delito".

9. Artículo 217. "Flagrancia. Habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento 3de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito".

más conveniente y que, por el contrario, es necesario dotarla de más referencias que restrinjan, en mayor medida, el campo interpretativo de la norma y delimiten más acabadamente las facultades de la autoridad de prevención a la hora de intervenir en situaciones de esta índole. Intentar trazar una definición criteriosa del concepto de flagrancia que, por un lado, posibilite la labor de las fuerzas de seguridad a la hora de prevenir delitos, pero que a la vez demarque precisamente su ámbito de actuación, prevenga excesos policiales y posibilite un control jurisdiccional del acto sobre la base de estándares objetivos.

Sin perjuicio de que para el análisis de los estándares constitucionales que habilitan una detención nos remitiremos al comentario al Capítulo 2 del Título III de este libro, donde la cuestión fue tratada *in extenso*, consideramos que –a los fines de presentar el tema que venimos desarrollando– es importante realizar una consideración particular. Concretamente, entendemos que la falta de una definición clara del concepto de flagrancia se torna especialmente relevante a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Fernández Prieto y Tumbeiro", dictada el 1 de septiembre de 2020,[10] en la que se analizó la responsabilidad internacional del Estado argentino en estos casos, poniéndose especial acento en que la insuficiencia normativa había sido decisiva para las detenciones ilegales de los ciudadanos Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. Específicamente se señaló que la forma genérica e imprecisa con que estaban descriptos los supuestos que posibilitaban la detención sin orden judicial permitía a las autoridades de prevención que cualquier tipo de sospecha fuera suficiente para detener a una persona. Esta ausencia de parámetros genera un amplio espacio de discrecionalidad que favorece la aplicación arbitraria de criterios de detención sesgados, propios de las fuerzas policiales y ajenos a la Ley. En esta misma línea, se exhortó a que la normativa que regule la materia incluya referencias específicas y claras a parámetros que eviten que la interceptación de un automóvil o una detención se realicen arbitrariamente. También, a que las normas tengan una finalidad legítima, sean idóneas y proporcionales y contemplen la existencia de elementos objetivos. Que se dirijan a que la autoridad ejerza sus facultades ante

10. Corte IDH, "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina", 01/09/2020. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_411_esp.pdf [fecha de consulta: 25/03/2023].

la existencia de hechos o información suficiente y concreta que permitan inferir que la persona detenida es probablemente autora de un delito.

En legislación comparada, el Código Nacional de Procedimientos Penales de México regula la flagrancia en su artículo 146,[11] en el que establece algunos aspectos objetivos que pueden servir de base para un mejor tratamiento del instituto. Concretamente, señala que en los casos de flagrancia impropia, la persecución del autor que posibilita su detención debe ser "material e ininterrumpida" o que, para posibilitar su detención, la persona debe ser señalada por la víctima, tener en su poder instrumentos, objetos o productos del delito. Una solución similar adopta el CPP de Chile, estableciendo ciertos elementos objetivos para limitar el concepto de flagrancia.[12] Otras regulaciones provinciales, como el CPP Neuquén, han decidido prescindir de la posibilidad de detener en situaciones de *flagrancia ficta*.

11. Artículo 146. Supuestos de flagrancia Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando: I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que: a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo. Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

12. Artículo 130.Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

a. El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
b. El que acabare de cometerlo;
c. El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
d. El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
e. El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.
f. El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.

En el ámbito local, no solo la norma carece de referencias objetivas que den un marco fáctico claro al concepto de flagrancia, sino que tampoco se trata de un tema que haya tenido un acabado desarrollo jurisprudencial. De un relevamiento realizado, no es posible establecer *leading cases* o una serie de precedentes que permitan entender que se ha desarrollado, por vía jurisprudencial, un estándar en torno a la validez de detenciones en flagrancia.

A nuestro juicio, un estándar razonable en materia de detenciones en flagrancia debe, como dijimos, ser lo suficientemente flexible como para no entorpecer la prevención de los delitos pero, a la vez, suficientemente rígido como para prevenir excesos, posibilitar el control de la labor policial y permitir a las partes litigar, sobre la base de elementos objetivos, la legalidad de la detención. Para la construcción de este estándar, entendemos que resulta necesario observar, al menos, cuatro condiciones: (i) tiempo entre el hecho y la detención, (ii) lugar entre el hecho y la detención, (iii) rastros que presente el imputado al momento de su aprehensión; (iv) señalamiento realizado por la víctima y/o testigos presenciales.

Nada de esto ocurre con la regulación actual del artículo 85 del CPPCABA, que da pie a la posibilidad de detener sin orden judicial consagrada por el artículo 164 de este ordenamiento. Bajo un manto de aparente neutralidad, la regulación de características netamente formales, la remisión a conceptos ambiguos y difusos, con la consecuente falta de parámetros claros acerca de qué situaciones fácticas constituyen un supuesto de flagrancia, resulta una crítica preliminar pero importante para la regulación de este capítulo.

El procedimiento de detención

Dicho esto, el artículo 164 y sus subsiguientes regulan, en rigor de verdad, el aspecto formal de la detención, definiendo el procedimiento que debe seguirse cuando una persona es detenida por las fuerzas de seguridad. A tales fines, el CPPCABA diseña una serie de reglas que deben cumplirse al momento en que se practica una detención:

i. Consulta sin demora con el Ministerio Público Fiscal.[13]
ii. Decisión del Ministerio Público Fiscal en torno a convalidar o a hacer cesar la detención.[14]
iii. Si la ratifica, dar aviso inmediatamente al/la juez/a, ordenar el cumplimiento de las diligencias urgentes y proceder de acuerdo con lo establecido en el artículo 184, llevando a cabo la intimación de los hechos dentro de los plazos previstos. Si decidiera hacerla cesar, ordenar inmediatamente su libertad.[15]
iv. Luego de ello, disponer la libertad con o sin restricciones, o bajo caución o solicitar al/la juez/a la prisión preventiva de la persona detenida.

Con relación a las referencias temporales dadas por la norma (*v. gr.:* "sin demora" e "inmediatamente"), se ha entendido que dado que no se establece ningún límite específico, estas deben ser analizadas a la luz de las circunstancias particulares en que se produce la detención y conforme el principio de razonabilidad.[16]

La detención debe ser cumplida de un modo que afecte en el menor grado posible a la persona detenida y, en consonancia con el artículo 13.4 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el CPPCABA

13. Con la reciente implementación de las Unidades Fiscales de Flagrancia en el ámbito del Ministerio Público Fiscal (Res. FGCABA Nº 49/21), la gestión de los casos de detenidos sin orden judicial es llevada adelante por un equipo de auxiliares fiscales (Ley Nº 1903, art. 37 bis,), coordinados por un fiscal. De ese modo, la consulta de las fuerzas de seguridad puede ser canalizada ante la Unidad de Flagrancia, cuyo equipo actúa por delegación y bajo las directivas de este fiscal.

14. A partir de la reforma al CPPCABA sancionada por la Ley CABA N° 6020 se reformó esta norma estableciendo que el MPF debe hacer cesar la detención "si en principio el hecho fuere atípico". Entendemos que esta limitación a la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal resulta irrazonable e inconciliable con su misión constitucional de defensa de la legalidad; de manera tal que no vemos objetable que, en ejercicio de sus facultades, el Ministerio Público Fiscal hiciese cesar una detención policial por alguna otra razón, como puede serlo una afectación a garantías durante el procedimiento.

15. De igual modo, la mencionada reforma también modificó este artículo estableciendo que, para el caso de que se decidiese hacer cesar la detención, esta debería ser dejada sin efecto desde la sede del Ministerio Público Fiscal. Más allá de que esta exigencia puede encontrarse justificada en la necesidad de cotejar *in situ* el estado de salud de la persona detenida o escucharla en caso de que tenga algo que manifestar, lo cierto es que no parece razonable prolongar una detención no convalidada al solo efecto de que esta sea finalizada desde una dependencia del Ministerio Público Fiscal.

16. TSJCABA, "Grieco", causa N° 11393/14, 17/06/2015.

exige que las circunstancias en que se produce sean formalizadas en un acta, suscripta por el aprehendido, que contenga las razones de su detención, los cargos que se le formulan, sus derechos –especialmente el de comunicarse con una persona de su confianza–, el lugar al que será conducido y los datos del/la juez/a y fiscal intervinientes.

Más allá de cuál es nuestra opinión en torno a la necesidad de formalización y a las consecuencias que deben derivarse de los incumplimientos meramente formales, sí entendemos razonable, ante la trascendencia que importa la detención de una persona, la exigencia de documentar en acta el procedimiento de detención como una forma de permitir su exhaustivo control.

En este sentido, muy vinculado a la crítica por la falta de una definición clara de los supuestos de flagrancia en el CPPCABA, se impone la necesidad de realizar un comentario adicional al procedimiento de detención reglado por este ordenamiento. Es que la ausencia de parámetros certeros que permitan analizar la regularidad de una detención se conjuga gravemente con la inexistencia de audiencias de control de detención, que sí existen en otros ordenamientos adversariales. De esta manera, la detención de una persona por parte de las fuerzas de seguridad puede conducirse enteramente sin supervisión judicial, a excepción de que esta sea instada por la defensa que, no obstante, tampoco parece tener en el CPPCABA herramientas procesales específicamente orientadas a ello.

Continuando con el análisis de la norma, las autoridades de prevención que lleven adelante el procedimiento de detención deben proceder a la identificación fehaciente del imputado y a la constatación de sus antecedentes penales, en el menor tiempo posible, informando inmediatamente de ello al Ministerio Público Fiscal. En sintonía con la Ley Nacional N° 22217, dicha tarea se lleva adelante por medio del cotejo de las huellas digitales de la persona detenida a través del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. A tales fines, en el ámbito del Ministerio Público Fiscal funciona la Oficina Central de Identificación, que presta colaboración con las fuerzas de prevención en la identificación y la obtención de fichas dactiloscópicas de las personas detenidas.

El CPPCABA (art. 166) faculta a las autoridades de prevención a restringir la comunicación del imputado con otras personas, cuando

ella pudiera poner en riesgo la pesquisa o la detención de otros partícipes en el hecho. Resulta llamativo que esta potestad se encuentre puesta en cabeza de las fuerzas de seguridad, especialmente cuando su fundamento radica en el posible riesgo a la investigación, de la que el Ministerio Público Fiscal resulta director. Sin embargo, esto resulta –al menos parcialmente– relativizado dado que la medida debe ser puesta inmediatamente en conocimiento del/la Fiscal, que deberá ratificarla o hacerla cesar y, en el primer caso, ponerlo en conocimiento del/la juez/a. La incomunicación no impide el derecho del imputado a que su detención sea puesta en conocimiento de la persona, asociación o entidad que designe (art. 30 inc. 3 CPPCABA) ni tampoco puede obstar el diálogo con su defensor/a.[17]

En caso de que la persona detenida se hallare en estado de embriaguez o bajo los efectos de algún estupefaciente, debe ser inmediatamente trasladado a un efector de salud, para su resguardo. Con la reforma al CPPCABA dispuesta por Ley CABA N° 6020 se estableció, a nuestro juicio acertadamente, que el plazo para realizar la audiencia de intimación de los hechos quedará suspendido hasta tanto la persona se encuentre en condiciones de declarar. No obstante, en tanto se trata de una extensión de una restricción de libertad, esta suspensión debe ser objeto de una minuciosa supervisión del/la juez/a de garantías, tanto en su fundamento, necesidad y extensión.

Niños, niñas y adolescentes

Cuando la detención se produzca sobre una persona menor de dieciocho años de edad, el procedimiento debe regirse de acuerdo con las reglas del Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley CABA Nº 2451). Sin embargo, el CPPCABA establece la obligación inicial de disponer, de manera inmediata, la intervención del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Ministerio Público Tutelar.

17. CAPPJCyF, Sala I, "NN", causa N° 32254/12, 11/03/2013.

Rebeldía

El CPPCABA prevé que el/la juez/a, a requerimiento del Ministerio Público Fiscal, debe declarar en rebeldía a aquel imputado que sin grave y legítimo impedimento: (i) no compareciere a la citación que se le curse, (ii) se fugare del establecimiento o lugar en que se halle detenido o (iii) se ausente sin licencia de la fiscalía del lugar asignado para su residencia.

Como se advierte, para que proceda la declaración de rebeldía se exige la verificación de una inconducta procesal por parte del imputado. En otras palabras, debe acreditarse que el imputado, en conocimiento de algún tipo de obligación inherente a su sujeción a proceso, decide deliberadamente incumplirla, sin causa que lo justifique.

Para el caso de la sustracción a citaciones cursadas, es necesario verificar en primer lugar que el imputado haya tenido conocimiento fehaciente de su obligación de presentarse. Al respecto, existen posiciones encontradas en torno a si, para declarar rebelde a una persona, basta con su notificación al domicilio constituido (art. 62 CPPCABA) cuando –además– ha perdido contacto con su asistencia letrada.[18] Entendemos, tal como lo venimos sosteniendo, que para decidir esta cuestión es necesario apartarse de consideraciones meramente formales y acudir a las circunstancias concretas verificadas en el caso (condiciones del domicilio, gravedad de la inconducta, persistencia en el incumplimiento, etc.), pues en definitiva dependerá de estas determinar si corresponde que una persona sea o no declarada en rebeldía.

Por esta misma razón, descreemos de la necesidad de publicación de edictos como requisito previo para la declaración de rebeldía (art. 69 CPPCABA). En primer lugar porque no se trata de una exigencia expresamente establecida para ello; pero además porque, en la actualidad, difícilmente pueda sostenerse que la publicación de edictos resulta una medida en cualquier caso adecuada para notificar a una persona, y sostenerla únicamente en cumplimiento de una exigencia formal y burocrática no se compadece con los principios que guían los códigos de matriz adversarial.

18. Riggi, Eduardo, "Comentario a los artículos 146 a 168", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. 1, p. 451.

Es importante señalar, con relación a la tercera de las circunstancias que podrían dar lugar al dictado de una rebeldía (*v. gr.* "se ausentare sin licencia de la fiscalía del lugar asignado para su residencia"), que la redacción del CPPCABA en este caso puede prestarse a la confusión. Ello por cuanto, a excepción de aquellos casos en los que dicha circunstancia fue expresamente impuesta en términos de medida cautelar (art. 186 del CPPCABA), una persona imputada no requiere "licencia de la fiscalía" para mudar su lugar de residencia. En todo caso deberá dar aviso de su nuevo domicilio y, en caso de no hacerlo, ello representará un incremento de los riesgos procesales asociados al peligro de fuga; pero en ningún caso su condición de imputado le exige solicitar una suerte de permiso para modificar su lugar de vivienda.

En cualquier caso, por el carácter restrictivo que debe guiar toda decisión destinada a limitar la libertad de una persona, entendemos que previo a su dictado deben agotarse los medios razonablemente tendientes a dar con el imputado, y a ordenar su comparecencia forzosa –y no su captura– en caso de tener conocimiento de cuál es su lugar de residencia.

Una vez declarada la rebeldía, esta importa la inmediata emisión de una orden de detención respecto del imputado declarado rebelde, bajo la forma de una captura. Asimismo, de conformidad con lo regulado por el artículo 163 del CPPCABA, deberá requerirse su extradición en caso de que el imputado se hallare fuera del país.

La reforma al CPPCABA realizada por la Ley CABA N° 6020 trajo una modificación relevante para este instituto, al establecer que su dictado implica la suspensión de los plazos de duración de la investigación penal preparatoria (arts. 111 y 112), circunstancia que en la redacción anterior no se encontraba expresamente contemplada. En nuestra opinión, esta decisión del legislador resulta acertada para el caso del término previsto en el artículo 111, primera parte del CPPCABA (plazo para intimar de los hechos) pues, por su propia naturaleza, exige la participación personal del sujeto acusado en el acto de formalización de cargos. No obstante, suspender los plazos del artículo 111, segunda parte, de ese mismo ordenamiento no parece tener razón de ser, puesto que –en principio– una vez intimado de los hechos, la participación del imputado durante el curso de la etapa preliminar no resulta necesaria, de manera tal que esta podría continuar y finalizarse dentro del plazo legal, aun con el imputado en contumacia.

Empero, esta suspensión de plazos no implica que se suspenda el curso de la investigación preparatoria, que puede seguir desarrollándose válidamente con los plazos suspendidos. El curso del proceso sí se suspende durante la etapa de juicio únicamente para el imputado declarado rebelde, pero no así en caso de que existan otros coimputados, circunstancia que traería aparejadas dificultades en ocasión de que deba juzgarse la participación de todos ellos en un hecho único.

En la actualidad, las tres salas hasta ahora existentes en la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF no admiten la posibilidad de que la decisión de declarar rebelde a una persona resulte recurrible, pues no se encuentra expresamente declarada apelable y porque tampoco irroga, a entender de la Alzada, gravamen irreparable pues puede ser dejada sin efecto, por contrario imperio, a partir de la comparecencia voluntaria del imputado en los términos del artículo 172.

Capítulo 2
Vinculación del/la imputado/a al proceso. Interrogatorio del/la imputado/a

Artículo 173. Intimación del hecho. Delegación*

Cuando el/la Fiscal considere que existe sospecha suficiente de que una persona puede ser autor o participe de un delito, le deberá notificar mediante acta los hechos que se le imputen, en forma clara, precisa y circunstanciada y las pruebas que haya en su contra.

En el acto de intimación del hecho, hará saber al/la imputado/a el derecho que le asiste de ser asistido por un/a defensor/a de su confianza o de designar al/la Defensor/a Oficial y de prestar declaración personalmente o por escrito, en el momento o cuantas veces quiera, sobre los hechos imputados o de abstenerse sin que ello importe presunción en su contra, y demás derechos previstos en el artículo 29.

El/la Fiscal podrá, por decreto, delegar en el/la Secretario/a de la Fiscalía el acto de intimación del hecho al/la imputado/a, cuando otras obligaciones funcionales impostergables le impidieran cumplirlo personalmente.

El primer llamado al acto de intimación del hecho interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 67, inc. b), del Código Penal.

Artículo 174. Facultad de interrogar al/la imputado/a

Luego de formular la intimación del hecho, el/la Fiscal invitará a el/la imputado/a a prestar declaración de inmediato o en otro momento, si entendiera que ello es necesario para la investigación o para aclarar la situación del/la compareciente.

Si el/la imputado/a estuviere detenido, lo invitará a prestar declaración inmediatamente después de ratificar la privación de libertad.

La recepción de la declaración del/la detenido/a podrá prorrogarse prudencialmente cuando este lo pidiere para designar defensor/a.

El/la defensor/a deber estar presente en el acto de la declaración, siempre que el imputado acepte declarar.

---

* Comentario sobre los artículos 173 a 180 por Juan Manuel Belluscio, Matías Pistone y José Sylvié.

Artículo 175. Derecho de abstención

El/la imputado/a podrá abstenerse de declarar sobre cualquier aspecto del interrogatorio o consultar previamente con su defensor. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él/ella coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto importará la nulidad del acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda.

Artículo 176. Trámite de la declaración del/la imputado/a

Cuando el/la imputado/a aceptare declarar deberá estar presente el defensor. El/la Fiscal lo/la invitará a dar sus datos personales, medios de vida y a constituir domicilio. Seguidamente se le reiterarán el hecho atribuido y las pruebas existentes en su contra, de cuya descripción se dejará constancia en el acta.

A continuación, se lo invitará a manifestar lo que crea conveniente sobre el hecho y a indicar las pruebas que estime oportunas.

Luego, el/la Fiscal podrá formularle las preguntas que estime convenientes, en forma clara y precisa. El/la declarante podrá dictar las respuestas, que no podrán ser instadas perentoriamente.

Los/as defensores/as podrán dirigir preguntas después de que termine el interrogatorio del/la Fiscal y pedir que consten expresamente en el acta las circunstancias del acto que estimen conducentes. Si no se hiciera lugar, deberá dejarse constancia en el acta de lo pedido y lo resuelto.

Si por la duración del acto se notaren signos de fatiga o falta de serenidad en el/la imputado/a, la declaración se deberá suspender hasta que estos desaparezcan.

Artículo 177. Acta de la declaración del/la imputado/a

El acta será leída en voz alta y suscripta por todos los presentes. Los concurrentes al acto podrán solicitar la enmienda de algún aspecto mal asentado. Si alguno de ellos no pudiere o no quisiere firmar el acta, esto se hará constar y no afectará la validez de aquélla. Al/la imputado/a le asistirá el derecho de rubricar todas las fojas de su declaración, por sí o por su defensor/a.

Artículo 178. Pluralidad de imputados/as

Cuando hubiere varios/as imputados/as en la misma causa, las declaraciones se recibirán separadamente.

Artículo 179. Ampliación de las declaraciones del/la imputado/a

El/la imputado/a podrá declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no importe un procedimiento dilatorio o perturbador.

Asimismo, el/la Fiscal podrá invitarlo a ampliar sus declaraciones.

Artículo 180. Evacuación de citas

El/la Fiscal deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el/la imputado/a en sus declaraciones o en sus escritos de descargo, que objetivamente pudieran incidir en su situación procesal y/o la remisión o no de las actuaciones a juicio.

Introducción y aspectos generales

En ocasión de comentar el artículo 29 del CPPCABA se detalló que uno de los pilares que conforman los derechos del imputado es el de "presentarse ante el/la fiscal o el/la juez/a para que se le informe y escuche sobre los hechos que se le imputan" (inc. 5). Se trata, en efecto, del derecho a ser oído y a poder defenderse materialmente de la acusación, aristas esenciales de la garantía de defensa en juicio.

Esta garantía encuentra reconocimiento normativo en el artículo 18 de la CN, que consagra el precepto de que "nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" y que "es inviolable la defensa en juicio". En el plano regional, la CADH consagra expresamente el derecho de toda persona a ser oída en la sustanciación de cualquier acusación contra ella (artículo 8.1).

A entender de Maier[1] el derecho a ser oído (también entendido como principio de contradicción) constituye la base esencial del derecho a defenderse. Representa la posibilidad de expresarse libremente

1. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III, p. 552.

sobre cada uno de los elementos que conforman la imputación y comprende, también, la posibilidad de agregar circunstancias de interés para aligerar las consecuencias jurídicas de la persecución penal.

Sin embargo, no basta con simplemente garantizar la libre expresión del imputado, pues el derecho a ser oído o a contradecir personalmente la imputación debe entenderse como un desprendimiento en clave de defensa. Por lo tanto, para su adecuado ejercicio y para el real desarrollo de la garantía, deben verificarse una serie de condiciones que posibilitan la eficacia del acto.

En primer lugar, debe existir una imputación, pues para que alguien pueda defenderse es necesaria una acusación determinada,[2] constitutiva de una hipótesis fáctica –activa u omisiva– que resulte constitutiva de un delito y, por lo tanto, conlleve responsabilidades jurídico-penales. La imputación, además, debe ser cierta. Es decir que no debe tratarse de una descripción vaga, abierta o confusa, sino la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho u omisión en concreto.

Además, la imputación debe ser conocida por el imputado.[3] El acusado debe ser puesto en formal conocimiento de los cargos que se le atribuyen; lo que se conoce bajo la denominación de "intimación de los hechos". En esta misma línea, en opinión de Maier, el derecho a ser oído se conforma con que la comunicación de la imputación sea realizada no en cualquier forma, sino a través de una audiencia;[4] requisito que –en el rito local– se cumple con el acto previsto en el artículo 173 del CPPCABA, que en este texto comentamos.

La intimación de los hechos supone un avance contra la cultura inquisitiva[5] respecto del concepto de "declaración indagatoria" que establece el CPPN. Deja atrás la concepción de la declaración de la persona acusada como un medio de prueba y la instaura, definitivamente, como una instancia de defensa dentro del proceso, que se constituye a través de la formulación de cargos, de la puesta en disposición de la evidencia y en la oportunidad del acusado de ejercer su defensa material. Así lo ha entendido también Binder, que sostuvo:

2. Ibídem, p. 553.

3. Ibídem, p. 559.

4. Ibídem, p. 562.

5. Cevasco, Luis J., *Derecho Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 237.

> si el imputado es sujeto del proceso, su declaración constituirá, fundamentalmente, un medio de defensa. Dicha declaración es uno de los modos por medio de los actuales se expresa uno de los sujetos del proceso. Y no –quede bien en claro- un medio para obtener información de una fuente que, en este caso, viene a ser el propio imputado. (...) la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio para obtener información. Es, por el contrario, el medio por el cual este sujeto debe defenderse.[6]

La intimación de los hechos

Trámite del acto

En el proceso local, el acto donde se comunica formalmente la acusación al imputado y se garantiza su derecho a defenderse materialmente de ella es la audiencia de intimación de los hechos prevista en el artículo 173 del CPPCABA.

Para su convocatoria, es necesario un requisito de tipo cualitativo: entender que se encuentra configurado un grado de sospecha suficiente como para afirmar la existencia de los hechos y que el imputado resultaría, con probabilidad, su autor o partícipe. No obstante, por tratarse de una evaluación que debe realizar el propio Ministerio Público Fiscal para realizar un acto que constituye una manifestación del impulso de la acción penal de la que resulta titular (artículo 5 CPPCABA), la convocatoria a intimación de los hechos se trata de una acción en gran medida discrecional y que muy difícilmente puede ser sometida a control jurisdiccional.

Durante el curso de la audiencia, cuya celebración se encuentra –en principio– a cargo del fiscal, de manera preliminar se deberá informar al imputado los derechos previstos que en su condición de tal le asisten (artículo 29 del CPPCABA) y, en especial, aquellos referidos a su declaración: que le asiste el derecho de ser asistido por un abogado defensor de su confianza o el de ser asistido por un defensor oficial; como así también que puede prestar declaración personalmente o por escrito, en ese momento o cuantas veces quiera y que también le asiste el derecho de abstenerse de declarar sin que ello implique presunción

6. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 1999, p. 331.

en su contra. Sobre este punto, el CPPCABA regula de manera amplia el *nemo tenetur*, posibilitando que el imputado pueda negarse a contestar cualquier aspecto del interrogatorio, en todo o en parte, sin que ello pueda implicar presunción en su contra, y a consultar previamente con su defensor acerca de ello. Por el contrario, si aceptase declarar, no se le podrá recibir juramento de decir verdad ni podrá ser coaccionado por ningún medio a declarar en contra de su voluntad o en algún sentido determinado, bajo sanción de nulidad. Además, si aceptase declarar, su defensor debe encontrarse presente durante el acto.

Una vez comenzado el acto, luego de recabar sus datos personales, el fiscal deberá comunicarle el hecho atribuido, en una formulación que –como adelantamos– debe ser clara, precisa, circunstanciada y conteste con el decreto de determinación de los hechos (artículo 99 CPPCABA), como resguardo del principio de congruencia. Luego de ello, se deberá informar al acusado las evidencias que sustentan la imputación, las que deberán –además– serle exhibidas o puestas a su disposición, de manera previa y durante el curso del acto si así lo desease.

Luego de ello, el fiscal deberá cederle la palabra al imputado, invitándolo a que indique, con los alcances reseñados, todo lo que crea conveniente sobre el hecho y que indique las pruebas que estime conducentes para su descargo. Concluida la declaración, el imputado podrá –si fuese su deseo– ser interrogado por las partes, bajo las reglas del examen y contraexamen, respectivamente para su defensor y para el Ministerio Público Fiscal.

El Código establece que el Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de investigar todas aquellas circunstancias pertinentes y útiles a las que se hubiere referido el imputado en su declaración de descargo y que objetivamente puedan incidir en la decisión de remitir el caso a juicio o no (evacuación de citas). Sin embargo, proponemos que esta obligación sea repensada a la luz de las facultades autónomas de investigación que poseen las partes, especialmente el Ministerio Público de la Defensa (artículo 20, Ley Nº 1903) como así también a la posibilidad de requerir auxilio jurisdiccional (artículo 224 CPPCABA) para la producción de aquellas evidencias que resulten imprescindibles para preparar su defensa. Los alcances de este deber han sido tratados en el análisis de los artículos 6, 103 y 104, a cuyos comentarios nos remitimos.

Concluido el acto, se deberá dar lectura al acta labrada con las circunstancias de la declaración –que podrá ser registrada en audio y/o video, en los términos del artículo 83 del CPPCABA– y los participantes deberán rubricarla, dejando constancia si alguno de ellos no lo hiciese, asentando los motivos que argumente.

Como parte de su derecho de defensa, al imputado le asiste el derecho de declarar cuantas veces lo entienda necesario, siempre que dicha circunstancia no importe un procedimiento dilatorio. Además, el fiscal podrá invitarlo a ampliar su declaración si se hubiesen incorporado al legajo nuevas circunstancias de interés.

Para el caso de que exista más de un imputado, las intimaciones deberán realizarse de modo separado.

La celebración de la audiencia de intimación de los hechos pone fin al plazo previsto en el artículo 111, primera parte, y da inicio al plazo previsto en la segunda parte de esa norma.

Algunos breves aspectos a considerar

Tal como ya lo establecía el artículo 101, el artículo 173 reitera que el fiscal puede delegar en el/la Secretario/a, mediante decreto, la intimación de los hechos al imputado cuando se presenten otras obligaciones inherentes a su función y de carácter impostergable que le impidan su participación en el acto.

Se trata de una manifestación adicional del carácter desformalizado con que debe conducirse la investigación preparatoria y de la posibilidad de delegar el cumplimiento de los distintos actos que la conforman. No obstante, siendo así, no se advierte por qué razón el CPPCABA limita en la persona del/la Secretario/a la posibilidad de delegar la realización de este acto, cuando existen en la estructura de cargos del Poder Judicial local otros/as funcionarios/as letrados/as y fedatarios/as que podrían cumplir igualmente esa función. En efecto, una de las funciones que específicamente corresponde a quienes detentan el cargo de Prosecretario/a Coadyuvante es la de reemplazar al/la Secretario/a en ausencia, por lo que no parece criterioso limitar la posibilidad de delegación únicamente en su persona, puesto que también le corresponden obligaciones funcionales de otra índole que podrían imposibilitarlo/a.

Otra nota a destacar llega a colación de la reforma al CPPCABA realizada por la Ley CABA N° 6020, que agregó un párrafo al artículo por medio del cual se consagra una pauta interpretativa que establece que el primer llamado a audiencia de intimación de los hechos se corresponde con la causal de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal establecida en el artículo 67 inciso "b" del Código Penal. Concretamente, ese artículo prescribe que: "La prescripción se interrumpe por [...] el primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado". Esta reforma viene a zanjar una dilatada disputa en torno a esta cuestión, a partir de una posición que entendía que ambos actos no resultan equiparables a raíz de la ya mencionada distinta naturaleza de la declaración indagatoria (artículo 294 del CPPN) y la intimación de los hechos (artículo 173 del CPPCABA).

Entendemos que la posición asumida por el legislador resulta razonable. Independientemente de las diferencias que puedan existir entre ambos actos, lo cierto es que la mención a la "declaración indagatoria" del artículo 67 del CP obedece a la ineludible vinculación que existe entre este texto y el CPPN y su matriz preponderantemente inquisitiva. Sin embargo, no es posible pasar por alto que, interpretando el Código Penal de modo tal que concilie sus instituciones con sistemas procesales penales más modernos, resulta evidente la vinculación que existe entre la declaración indagatoria y la intimación de los hechos. Amén de su diferente naturaleza, la finalidad y el carácter de ambos actos en tanto impulso del proceso que vincula al imputado con los hechos que se le reprochan, no puede ser pasado por alto de forma tal que entendemos razonable su equiparación a los fines de la prescripción de la acción penal.

El Tribunal Superior de Justicia ya había tenido ocasión de expedirse sobre esta cuestión, en el sentido que aquí sostenemos, en el caso "García",[7] donde entendió equiparables, a los efectos de la prescripción, el acto previsto en el artículo 294 del CPPN y el previsto en el actual artículo 173 del CPPCABA.

Finalmente, otra de las cuestiones relevantes a considerar en torno a la regulación que la intimación de los hechos merece en el orde-

7. TSJCABA, "García", causa N° 12759/15, 20/04/2016.

namiento procesal penal local viene dada por la necesidad de que esta sea llevada adelante únicamente ante el Fiscal. Más allá de conferir la dirección de la investigación al Ministerio Público Fiscal, la mayoría de los códigos procesales penales adversariales de segunda generación que rigen actualmente en el país establecen que la intimación de los hechos sea llevada adelante ante el/la juez.

Así, el CPPCABA mantiene esta audiencia en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos de la misma generación, tal como el CPP Chubut,[8] el CPP Neuquén,[9] CPP Río Negro,[10] y el CPP Entre Ríos,[11] entre otros. Estos códigos disponen que la audiencia de intimación de hechos o formulación de cargos debe ser realizada, a requerimiento del fiscal, ante el/la juez/a interviniente en el caso. Esto posibilita no solo un control más exhaustivo de la acusación, sino la posibilidad de favorecer la realización de acuerdos, que podrán ser homologados por el/la juez/a en el momento, favoreciendo la celeridad y la concentración de actos procesales, uno de los principios que informa el proceso local (artículos 3 y 47 CPPCABA). En esta misma inteligencia, el procedimiento de flagrancia establecido para la jurisdiccional criminal y correccional con asiento en Ciudad de Buenos Aires (Ley Nacional N° 27272) también lo consagra de igual manera.

8. CPP Chubut, arts. 86 y 87.
9. CPP Neuquén, art. 133.
10. CPP Río Negro, art. 130.
11. CPP Entre Ríos, art. 211.

TÍTULO V
Medidas precautorias y cautelares. Audiencia ante el/la juez/a

Capítulo 1
Detención y prisión preventiva

Artículo 181. Libertad del/la imputado/a*

Las únicas medidas de coerción admisibles serán las autorizadas por este Código, su carácter será excepcional y durarán el tiempo mínimo razonable dentro de los máximos previstos por la ley.

La libertad ambulatoria del/la imputado/a sólo podrá limitarse en caso de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso.

Artículo 182. Peligro de fuga

Se entenderá que existe peligro de fuga cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, los antecedentes y circunstancias personales del/la imputado/a permitan sospechar fundadamente que intentará substraerse a las obligaciones procesales.

Se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. **Arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajos y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto/a. La falsedad de información al respecto constituirá presunción de fuga.**
2. **La magnitud de la pena que podría llegarse a imponer en el caso. Se tendrá en cuenta especialmente la escala penal correspondiente al delito o concurso de delitos atribuidos que tuviese una pena máxima superior a los ocho (8) años de privación de libertad y se estimase fundadamente que en caso de condena no procedería la condena condicional.**

---

* Comentario sobre los artículos 181 a 190 por María Victoria López, Silvia Mihovilcevic, Juan Manuel Neumann y Juan Manuel Silveira.

3. **El comportamiento del/la imputado/a durante el proceso, o en otro proceso, en la medida que indique su voluntad de no someterse a la persecución penal.**
4. **El pedido de aplicación de pena de prisión o reclusión de efectivo cumplimiento por parte de la Fiscalía en los alegatos del debate.**
5. **El dictado de sentencia condenatoria, en primera o segunda instancia, a una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento.**
6. **El rechazo del recurso de inconstitucionalidad que fuera planteado contra la sentencia condenatoria que dispone una pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento por la Cámara de Apelaciones o por el Tribunal Superior de Justicia.**

Artículo 183. Riesgo de entorpecimiento del proceso

Se entenderá que existe riesgo de entorpecimiento del proceso cuando la objetiva valoración de las circunstancias del caso, las características personales del/la imputado/a y el estado de la pesquisa, permitan sospechar fundadamente que la libertad del/la encausado/a pondrá en peligro la recolección de elementos probatorios, individualización y/o aprehensión de otros/as imputados/as o el normal desenvolvimiento del proceso.

Artículo 184. Detención por peligro de fuga

El/la Fiscal solicita al/la juez/jueza competente, por resolución fundamentada la detención del/la imputado/a cuando exista peligro de fuga o entorpecimiento del proceso.

Cuando el imputado sea detenido en flagrancia o por orden judicial el fiscal intimará el hecho en el menor tiempo posible, dentro de las veinticuatro (24) horas de iniciada su privación de libertad y dispondrá su libertad desde la sede de la fiscalía, en forma irrestricta o bajo caución u otra medida restrictiva que no implique privación de libertad, o solicitará audiencia de prisión preventiva al tribunal. Según la complejidad del caso, el plazo fijado a dichos efectos podrá ser prorrogado por otras veinticuatro (24) horas.

En caso de conformidad de la defensa con la medida restrictiva no será necesaria la convalidación judicial. Si hubiera disconformi-

dad, la defensa podrá solicitar la celebración de audiencia para que al/la Juez/a deje sin efecto o convalide la modalidad restrictiva de libertad dispuesta por la fiscalía.

De lo actuado se dejará constancia en acta.

Artículo 185. Audiencia

El Tribunal deberá fijar la audiencia prevista en el artículo precedente dentro de las cuarenta y ocho (48) horas y resolverá sobre la prisión preventiva u otra restricción a la libertad, excarcelación bajo caución o libertad irrestricta u otra medida cautelar, previo escuchar al/la Fiscal y a la defensa.

Para dictar la prisión preventiva deberá haberse intimado al/la imputado/a el decreto de determinación de los hechos y reunidos elementos de convicción suficientes para sostener, provisoriamente, la materialidad del hecho, que el/la imputado/a resulte con probabilidad su autor o partícipe y que exista peligro de fuga o entorpecimiento del proceso.

Si alguna de las partes quisiera presentar pruebas documentales o testimoniales deberá concurrir con ellas a la audiencia y el Tribunal resolverá sobre su procedencia sin más trámite ni recurso.

En la audiencia se resolverán los planteos de nulidad y excepciones que se hubieran deducido con anterioridad o que se interpongan en ese momento.

El Tribunal luego de escuchar al/la Fiscal y a la defensa resolverá de inmediato, por auto, todas las cuestiones que se hubieran planteado.

Las decisiones serán apelables dentro del tercer día, sin efecto suspensivo para las relativas a medidas cautelares.

También podrán acordarse entre la fiscalía y la defensa la suspensión del proceso a prueba o el avenimiento. En caso de avenimiento el/la Fiscal formulará el requerimiento de juicio verbalmente y el imputado expresará su consentimiento ante el/la Juez/a, quien resolverá en la audiencia.

De todo lo actuado se dejará constancia en acta y se registrará por grabación, filmación u otro medio idóneo.

Medidas cautelares

El abordaje de las medidas cautelares en el proceso penal siempre demandó extensas lecturas de doctrina y jurisprudencia que, en concordancia con principios constitucionales y convencionales, en mayor o menor medida, siempre arribaron a las mismas conclusiones. Entiéndase por mismas conclusiones a los principios que deben regir en esta materia y, en particular, sobre la aplicación de la prisión preventiva, como lo son el de legalidad, excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad.

Sin embargo, pese a los tenaces esfuerzos para lograr su prevalencia, al toparnos con la realidad advertimos que la prisión preventiva se aplica en grandes porcentajes, alejándose considerablemente de su carácter excepcional en el terreno de la teoría general de las medidas cautelares. De ello da cuenta, al menos en este momento, el informe 2021 del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, de donde surgen las siguientes estadísticas, a saber: en la jurisdicción federal existe un 50% de condenados y un 50% de personas privadas de su libertad en prisión preventiva; en el sistema nacional se registró un 52% de condenados y 48% de detenidos en prisión preventiva, pero en la jurisdicción provincial las cifras se redujeron al 80% de condenados y 20% de personas en prisión preventiva.

La privación cautelar de la libertad no debe ser entendida como una sanción penal material, sino como una herramienta tendiente a asegurar el resultado del proceso y, en particular, la sujeción del imputado a él o la evitación de todo riesgo de que él lo entorpezca. De ello se desprende, como es sabido, que el principio de inocencia debe prevalecer por sobre cualquier argumento tendiente a aplicar esta medida cautelar como pena anticipada, hasta que él sea derribado mediante el dictado de una sentencia condenatoria firme. De lo contrario, todo otro intento de encarcelamiento, que no sea conteste a una finalidad cautelar fundada razonablemente, responderá a un criterio de Derecho Penal sustantivo que implicará un adelantamiento de la condenación sin sentencia, lo cual no puede ser admitido en un Estado de derecho.

Recordemos que ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió en ese sentido al establecer, entre otros aspectos que, como regla general, el imputado debe permanecer en libertad;

que en virtud del principio *pro homine*, se debe optar por la interpretación más restrictiva en materia de limitación a los derechos humanos a fin de evitar que la excepción se convierta en la regla, debido a que esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que goza del estado de inocencia; y que para disponer la privación de la libertad de una persona en el marco de un proceso penal, deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado.[1] En definitiva, desde ninguna arista la medida cautelar puede transformarse en un sustituto de la pena.

A ello, cabe agregar que el presupuesto necesario para el dictado de una medida cautelar es la existencia de mérito sustantivo, es decir, que se presenten elementos de convicción serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Dicho de otra manera, que la acusación presente información que genere un grado de sospecha suficientemente importante acerca de la existencia de, primero, un hecho punible y, segundo, la autoría o participación del acusado en él. De lo contrario, no puede ser aplicable ninguna medida de las contempladas en este título en tanto su objetivo consiste en evitar la fuga del acusado o que él entorpezca el procedimiento.[2] Si bien no escapa a nuestros ojos que el aspecto antes indicado es un presupuesto de la persecución penal y no directamente de la prisión preventiva, recalcamos su importancia debido a la enorme y reprochable consecuencia que conllevaría que fuera perdido de vista.

Como ha ido delineando la Corte IDH, para el dictado de tal medida cautelar, siempre deben regir y tenerse presente para su análisis los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.[3] Debemos sumar a ellos, también, el principio de provisionalidad.

En orden local se sostuvo que

> ... en virtud del artículo 14 de la CN la libertad debe ser la regla y el encarcelamiento preventivo solo una excepción. En consecuencia, la prisión preventiva puede ser aplicada cuando se demuestre la ineficacia de cualquier otra medida cautelar menos gravosa, con el fin de evitar un peligro de fuga o de entorpecimiento de la persecución penal fehacientemente comprobado. Por lo tanto, el establecimiento de una prisión preventiva

1. CIDH, "Peyrano Basso", Informe N° 35/2007.

2. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 7ª reimp., 2016, pp. 199-200.

3. Corte IDH, "López Álvarez vs. Honduras", 01/02/2006.

> en una causa en la que no se han probado tales presupuestos, está constitucionalmente prohibido en virtud de la presunción de inocencia.[4]

En primer lugar, como ya fue establecido antaño, toda persona sometida a un proceso penal se encuentra cubierta por el principio de inocencia. Ello impide que se trate como si fuera culpable a una persona a quien se le atribuye un delito, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.[5] O dicho de manera positiva, el imputado debe ser tratado como inocente durante todo el proceso.

Además, en materia de medidas cautelares pero, fundamentalmente, en la prisión preventiva, debe primar el criterio de provisionalidad, que implica que todos los motivos que llevaron a imponer el encarcelamiento cautelar subsistan mientras dure la privación de la libertad. De modo que su legitimidad estará dada por la concurrencia de esos requisitos u otros nuevos que, eventualmente, podrían presentarse o acreditarse. En ese sentido, su mantenimiento, cuando aquellos se diluyan, producirá un encarcelamiento ilegítimo, en tanto ella no debe durar más del tiempo necesario para alcanzar los objetivos que tiene en miras.[6]

Se agrega la necesidad de un control judicial posterior a su dictado, dado su carácter provisional, a fin de determinar si subsisten o no los motivos que originalmente la fundaron.

> En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado

4. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/ infracción art. 189 *bis* CP'", causas N° 3070 y 3071, 02/07/2004.

5. Sergi, Natalia, "Los presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia", en Plazas, Florencia; Hazan, Luciano (comps.), *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 473.

6. Reglas de Tokio, regla 6.2.

> no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia…[7]

Por su parte, como con acierto señala la mayoría de la doctrina, el principio de proporcionalidad establece la necesidad de impedir que la imposición de la prisión preventiva constituya un nivel mayor de violencia estatal que la reacción legítima del Estado en el caso de imposición de una condena.[8] Se trata de impedir que la situación de la persona aun inocente sea peor que la de la persona condenada, es decir, prohibir que la coerción meramente procesal resulte más gravosa que la propia pena material. Este principio, también llamado prohibición de exceso, se materializa a partir de la comparación

> … entre la detención preventiva cumplida y la pena concreta que se pueda aplicar, referida a la calidad (impide que sea dictada la prisión preventiva cuando la pena no es privativa de la libertad, por ejemplo) y a la cantidad (en este último sentido actúa como límite temporal).[9]

Finalmente, el principio de excepcionalidad que rige en materia de encarcelamiento preventivo surge de la combinación entre el principio de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria. Él implica que la detención cautelar debe ser absolutamente imprescindible para evitar los peligros procesales y que no podrá ser aplicada si ellos, ya demostrados, pueden ser neutralizados por medidas de aseguramiento menos cruentas que la prisión.[10]

Tal es la lógica que receptó nuestro Código a partir del artículo 181 al reglamentar el principio de inocencia[11] y establecer, a su vez, el de legalidad de las medidas cautelares, el de excepcionalidad y plazo razonable en su imposición, en correlación con los artículos 7.2, 7.3, y 7.5, CADH y artículo 9 del PIDCyP. Pero además, a diferencia de lo que ocurre con el Código Levene (Ley N° 23984) en este capítulo se es-

7. Corte IDH, "Palamara Iribarne vs. Chile", 22/11/2005. Puede verse un análisis de esta cuestión en Bovino, Alberto; Bigliani, Paola, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto - Defensoría General de la Nación, 2008.

8. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, del Puerto, 2ª ed., 3ª reimp., 2004, T. I, p. 528.

9. Sergi, Natalia, "Los presupuestos…", *op. cit.*, p. 476.

10. Ibídem, p. 475.

11. CN, arts. 18,75 inc, 22; CCABA, art. 13.1.

tablecen taxativamente cuáles son las únicas razones por las cuales se puede limitar cautelarmente la libertad de una persona, y ellas son el peligro de fuga o entorpecimiento del proceso.

Sin embargo, creemos que es un poco ilógica la sistematización en la que actualmente se estructuran las medidas cautelares desarrolladas aquí. Decimos esto porque si bien, como explicamos, el artículo 181, CPP consagra el principio de legalidad procesal[12] al establecer que las únicas medidas de coerción admisibles son las autorizadas por el Código, y que ellas tienen carácter excepcional, de modo que la libertad ambulatoria del imputado solo podrá limitarse en ciertos supuestos, no se logra entender muy bien por qué se regula primero la prisión preventiva, y luego el resto de medidas restrictivas. Siendo un Código Procesal moderno (recordemos que su ùltima modificaciòn fue en diciembre de 2022, a partir de la Ley N° 6347) llama la atención la sistematización que se escogió.

Pero además de ese principio, el artículo 181 establece que las medidas de coerción tendrán carácter excepcional. A ello se suma que el artículo 188 establece que dichas medidas deben revertir e imponerse en un orden de progresividad represiva toda vez que siempre que los riesgos procesales puedan ser evitados razonablemente por la aplicación de medidas menos gravosas, el tribunal deberá imponerlas. (art. 186).

Es llamativo que, justamente, si la prisión preventiva reviste carácter excepcional, ella esté regulada en primer lugar y, luego en el artículo 186, se contemplan todas las demás medidas cautelares que podrían imponerse. Pareciera que un fallido del legislador inmerso en una cultura aún inquisitiva jugó una mala pasada.

Ese aspecto en nuestro Código denota que aun contamos con la creencia de que la prisión preventiva no reviste el carácter excepcional tan aclamado, y que se debe justificar por qué ella es la única alternativa posible a fin de resguardar el resultado del proceso, en lugar de dar razones sobre por qué las demás no asegurarían tan bien esa finalidad. Eso no resulta un dato menor ya que lo remarcamos porque no todos los códigos procesales adoptaron la misma metodología. Así, el artículo 210 del CPPF (según Leyes N° 27063, 27272 y 27482) y, en especial, del

12. Bruzzone, Gustavo, "La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal", en Baigún, David, *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 244 y ss.

CPP Neuquén que sus maneras de estructurarse son completamente diferentes. En aquel último, las medidas de coerción y cautelares se prevén en el Título II y, particularmente, en su artículo 113 se prevé que las podrá imponer el juez; de su listado surge con mucha claridad la progresividad de ellas, en tanto la primera es la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinadas y la última (inc. 7) es la prisión preventiva. En el mismo artículo, se establece que la discusión de las medidas de coerción se hará en audiencia dentro de las 24 horas si el imputado se encuentra detenido (prisión preventiva) pero que en los demás dentro de las 72 horas de la solicitud fiscal. De hecho es claro ese CPP en su artículo 114 en tanto prevé que la prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas de coerción fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento.

Pero más allá de ese pequeño gran fallido que demuestra nuestro CPP, es destacable que él establezca criterios que sirvan de guía para los operadores judiciales, y en especial, para el juez, a fin de analizar si concurren los riesgos procesales (peligro de fuga o riesgo de entorpecimiento del proceso) para que así pueda ser aplicable la prisión preventiva de una manera más transparente y razonada.

En primer término y aunque resulte obvio decirlo las medidas cautelares impuestas judicialmente deben realizarse a pedido de la acusación (art. 184) ya que es ella la interesada en el resultado del proceso y en tener al imputado ligado a él.

Sumado a ello, del juego armónico de los artículos 182 y 183 surgen criterios objetivos orientadores para el juzgador que lo pueden inclinar hacia el dictado del encierro cautelar. No obstante, como su nombre lo indica, esos criterios son guías o indicios útiles para que la decisión que eventualmente se tome responda a una valoración jurídica sustentada en pruebas y datos precisos, claros y ciertos respecto de la conducta futura del imputado y no responda a criterios de Derecho Penal sustantivo ni a un Derecho Penal de autor. La concurrencia en el caso concreto de tales extremos no implica la imposición de prisión preventiva de manera automática. Solo son pautas indicativas que no constituyen *per se* criterios *iuris et de iure*.[13]

13. La Rosa, Mariano, "La implementación de las pautas del Código Procesal Penal Federal relativas a las medidas de coerción personal", en *LL* 20/12/2019, Buenos Aires, La Ley, 2019.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la Ley N° 23984, el artículo 182, CPP CABA provee al operador criterios objetivos que permiten identificar cuándo el imputado podría sustraerse de sus obligaciones procesales, al valorar aspectos de su pasado (valoración de las circunstancias del caso, sus antecedentes y circunstancias personales) a fin de establecer un pronóstico sobre su conducta futura.

Según Bovino, tal extremo es difícil de ser verificado de alguna manera, con excepción de los casos en los que se descubra al imputado cuando ya haya comenzado a desarrollar el plan para fugarse.[14] No obstante, opinamos que el CPPCABA soluciona bastante esa indeterminación a la hora de valorar la conducta futura del encausado ya que tales indicios, pese a ser presunciones que admiten prueba en contrario, constituyen estándares razonables y útiles para que el posible encarcelamiento cautelar se disponga fundadamente bajo parámetros objetivos y se explique por qué ninguna de las demás medidas menos gravosas podrían asegurar de igual modo que el acusado no se dé a la fuga.

Pero esto no quiere decir que el Estado se deba valer de la prisión preventiva para investigar ciega e insaciablemente el delito como una técnica inquisitorial, sino por el contrario, se debe utilizar esa herramienta para la rápida recolección de evidencias o aseguramiento de la concreción del juicio, en pos de que el inculpado en detención cautelar sea juzgado de una manera más ágil y así se pueda brindar preeminencia a que él sea juzgado, justamente, con juicio previo.[15]

Peligro de fuga

Como hemos mencionado al comienzo, el artículo 182, CPP prevé circunstancias que permiten inferir que el imputado podría darse a la fuga. Entendemos que los extremos previstos por la norma, al incorporarse el adverbio "especialmente" no resultan taxativos, de modo

14. Bovino, Alberto, "Contra la inocencia", en Bertolino, Pedro; Bruzzone, Gustavo (comps.); D'Albora, Nicolás (coord.), *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2005, pp. 212-213.

15. Nicora, Guillermo, *¿Es posible rediscutir la prisión preventiva desde los límites de la tolerancia y los requisitos procesales de la decisión?* Disponible en: https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Nicora-Prisi%C3%B3n-preventiva.pdf [fecha de consulta: 15/04/2022].

que el peligro de fuga podrá fundarse en otras situaciones que surjan de la objetiva valoración de los hechos, más allá de los indicios incorporados en la norma.

Arraigo

Sobre el arraigo del imputado, ya es materia establecida por todas las salas de la Cámara de Apelaciones del fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA que él se conforma con una serie de indicadores que permitan pronosticar que será poco probable que una persona se dé a la fuga y le impidan o dificulten abandonar su residencia, independientemente de su lugar fijo de vivienda. Por ese motivo, ni la situación de calle ni la carencia de medios económicos suficientes conducen al dictado automático de la prisión preventiva. Por el contrario, tales extremos deben ser analizados de manera global y concatenada con otras circunstancias del caso concreto a fin de determinar si concurre o no tal indicador.[16]

Al respecto, frente a un caso en el que estaba en tela de juicio el arraigo del imputado, la Sala I de la Cámara del fuero, con cita de jurisprudencia de la ex Cámara Nacional de Casación Penal recordó que

> ... la función normativa del arraigo es la de brindar una referencia sobre los costes personales que debería afrontar el sujeto en caso de fuga para evitar el juicio y opera como un elemento a tener en cuenta dentro de una instancia de ponderación o balance de bienes que permitan presumir, conforme a la experiencia o a la lógica espontánea, que el arraigo será un motivo que impulse a la persona a no ausentarse para eludir la jurisdicción penal.

Luego de valorar que el imputado mantenía una relación paterno filial con sus hijos, que trabajaba como vendedor ambulante y en un comedor –por lo que recibía una contraprestación– y que su hermano –quien declaró como testigo– había referido que los unía un vínculo comercial, aparte del consanguíneo, los miembros de la sala de la Cá-

16. CAPPJCyF, Sala II, "Incidente de Apelación en autos 'Responsable del inmueble Av. C****, NN sobre 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción /tenencia con fines de comercialización'", causa Nº 33990/2019-2, 12/06/2020; Sala I, "Incidente de Apelación en autos 'M., D. A. y otros sobre 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción /tenencia con fines de comercialización'", causa Nº inc. 14047/2020-1, 28/10/2020 y "R., R. A. G. sobre 128 1 párr - delitos atinentes a la pornografía", causa N° 33010/2018-32, 26/12/2019.

mara consideraron que las medidas restrictivas impuestas al acusado resultaban suficientes para neutralizar el peligro de fuga.[17]

En igual sentido se entendió que "[n]o implica solamente la existencia de un domicilio sino de lazos familiares, trabajo y el resto de las relaciones sociales del imputad[o]."[18]

Por otro lado, se ha explicado que más allá de los antecedentes que registrara el imputado, existían otros elementos que sustentaban la falta de arraigo, a saber: que él intentó huir al momento de su detención, lo cual "configura un indicador de que posiblemente intentará eludirse del proceso"; y que si bien poseía un trabajo estable "no lo es menos que carece de un domicilio que goce, siquiera, de cierta permanencia, y ello no se suple con el ofrecimiento de alojamiento efectuado por una amiga".[19]

A su vez, en una investigación por comercialización de estupefacientes, se sostuvo que frente a la imposibilidad de que, eventualmente, el imputado sea condenado a una pena en suspenso, sumado a que él no tendría otros vínculos familiares porque tendría una relación amorosa de tan solo nueve meses con quien no convivía; tendría una hija menor de edad pero exiguo contacto, y aunado a que trabajaba en un kiosco donde se realizó el allanamiento donde se secuestró la droga, se encontraba acreditado el peligro de fuga. Finalmente, allí se agregó que las medidas alternativas solicitadas dado que "no resultan adecuadas para evitar el peligro de fuga, toda vez que el menor control estatal de aquellas, comparado con la medida actualmente impuesta, no sería suficiente para neutralizar el riesgo procesal existente en autos.[20]

Magnitud de la pena

En relación con la magnitud de la pena o, mejor dicho, la pena en abstracto en expectativa –que no permita su ejecución condicional– que se podría llegar a imponer al imputado en un eventual juicio oral,

17. Ibídem, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'sobre 89 - lesiones leves'", causa Nº 174510/2021-1, 22/09/2021.

18. Ibídem, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'Rojas, Alejandro Yair'", 20/12/2019.

19. Ibídem, Sala II, "Incidente de apelación en autos "L, F. D. sobre 89 - lesiones leves", causa Nº 14278/2020-1, 19/10/2020.

20. Ibídem, Sala III, "Incidente de apelación en autos 'Figueredo Cáseres, Amílcar sobre 5 c - comercio de estupefacientes o cualquier materia prima para su producción", causa Nº 9989/2019-1, 07/05/2019, voto del Dr. Franza.

cabe apuntar en primer término que constituye un indicio más de peligro de fuga aunque su presencia no exige *per se* su imposición.

Si apenas miramos de reojo la realidad judicial de hoy día, advertimos sin demasiados esfuerzos que los tribunales son bastante permeables a aplicar el encierro cautelar por la gravedad del hecho y/o por la pena futura que podría recaer. Bajo esa lógica, pese a lo aberrante que pueda ser el suceso investigado, nunca debe perderse de vista que la idea de las presunciones aquí establecidas se cobijan en que el imputado se dé a la fuga. Es por ese mismo motivo y, a diferencia de las vastas discusiones en derredor de los artículos 316 y 317 del CPPN que estos indicios son meras presunciones *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario de que el imputado, pese a la gravedad del hecho y la pena en expectativa, no se dará a la fuga como con acierto explicó muy sintéticamente la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el caso "Barbará".[21]

Más tarde, con extensos votos, la mayoría de los jueces de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal hicieron lo propio en el Plenario Nº 13 "Díaz Bessone".[22]

La naturaleza *iuris tantum* de esa presunción no tendría operatividad si

> … no pudiera coetáneamente afirmarse que aquel eludirá la actividad jurisdiccional o dificultará o impedirá sus investigaciones. Así, como resumen, se ha dicho que: "En síntesis: el criterio general es el que surge del artículo 280 y las reglas de los artículos 316 y 317 […] deben interpretarse armónicamente con el principio de presunción de inocencia, es decir: dichas reglas son siempre *iuris tantum*. A su vez, toda pauta que utilice criterios sustantivos también debe ser descartada"…[23]

En igual sentido se consideró que

> … las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción *iure et de iure*, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo solo constituyen un ele-

21. CNACrim. y Correc, Sala I, "Barbará", 10/11/2003.

22. CNCP, en pleno, "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley", 30/10/2008.

23. Voto del juez Bruzzone, al que se adhirió el juez Elbert en "Barbará", cit.

> mento más a valorar, con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo, por elusión…[24]

Lo curioso de esto es que pese al transcurso del tiempo, la gravedad del hecho y la pena en expectativa parecen ser bastiones infranqueables para lograr el encarcelamiento de personas que gozan de estado de inocencia, lo cual desvirtúa completamente la razón de ser de la prisión preventiva pues deja de ser una medida cautelar para transformarse en una pena anticipada. Ese fenómeno se produce por el incorrecto uso del estándar de mérito. Es decir, si él está puesto en la alta posibilidad de condena, funciona como un tranquilizante de la conciencia del juez[25] ya que él quedará tranquilo en que tarde o temprano el imputado tendrá que pasar tiempo tras las rejas. La medida impuesta de esa manera será significativamente ilegítima.

Entonces, ¿cómo hacer para que ello tenga operatividad práctica? Creemos que una de las maneras, como luego se expondrá, será la audiencia oral y que el juez no revista el papel de gestor de intereses de las partes. Por fuera de ello, si el estándar que señalamos con anterioridad se transforma, es decir, si el juez conociera que existe una alta posibilidad de juicio sin relativizar la presunción de inocencia, él obligará a la acusación a acelerar el proceso para llegar cuanto antes al juicio.

De esa manera, a su vez, el juez será muy cauteloso y dudará antes de habilitar o convalidar el encierro cautelar, amén de estar muy permeable a escuchar, y en su caso exigir, métodos alternativos de aseguramiento del objeto procesal que eviten una decisión tan violenta.[26]

Como explica Nicora

> Cuando el estándar de mérito está puesto solo en la seriedad del caso fiscal más que en la contundencia de la sospecha, queda bien claro que ese mérito provisional de la prueba nunca alcanzará por sí mismo para justificar la prisión preventiva, y que se necesita fuertemente de los demás elementos (necesidad, proporcionalidad, provisionalidad), que hoy parecen de menor relevancia, a juzgar por el modo en que se suele abusar del instituto. Especialmente, quedará claro que el dictado de la prisión preventiva debe hacerse muy cerca del juicio: si la acusación ya es probable (es decir, el fiscal ya

24. CNCP, Sala III "Macchieraldo", 22/12/2004. En igual sentido, del mismo tribunal, "Castells", 11/08/2005.

25. Nicora, Guillermo, *¿Es posible…?, op. cit.*

26. Ídem.

> tiene ordenada su información, y puede mostrar con qué medios probará la acusación que ha decidido), el juicio puede hacerse de inmediato, salvo el tiempo que la defensa necesite para preparar su propio caso…

Es que no se trata de que la acusación establezca un objetivo (ej.: encarcelar a determinado sujeto), sino por el contrario, edificar el camino a través de los distintos datos que provean los órganos de prueba para, luego, determinar el objetivo concreto y las razones que convencerán al juez en tomar su decisión.

En igual sentido se pronunciaron los integrantes de la Sala I quienes al confirmar el dictado de la prisión preventiva, valoraron que el imputado había sido condenado, por otro tribunal, a una pena única de doce años de prisión de efectivo cumplimiento y que, al momento de los hechos, se encontraba gozando del beneficio de la libertad condicional. A ello, agregaron que la escala penal por el delito que se lo perseguía,[27] tenía un mínimo de cuatro años de prisión y que, "en caso de ser condenado en este proceso, implicará la revocación del beneficio de la libertad condicional que se le había concedido recientemente, y conducirá a una nueva unificación de penas", todo lo cual fue sopesado con la inexistencia de arraigo. Sintéticamente, en dicho pronunciamiento se tuvieron en cuenta cuatro aspectos para considerar la existencia de peligro de fuga: expectativa, modalidad de la pena, falta de arraigo, y actitud del imputado al momento de los hechos: "se ocultó, se bajó del auto, lo cerró, tiró la llave, intentó pasar desapercibido del personal policial por encontrarse en libertad condicional".[28]

En otro caso donde el imputado poseía un caudal prominente de causas en trámite entre los cuales se encontraba una condena que se dictó encontrándose en período de libertad condicional, sumado a su actitud demostrada al momento de los hechos, se valoró, en lo que a este punto importa que,

> … en caso de que el imputado sea condenado en el marco de la presente, la pena necesariamente será de efectivo cumplimiento, toda vez que el mínimo legal establecido impide que sea dejada en suspenso, sumado a

27. CP, art. 189 bis, 8 párr.

28. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos: 'L. S, P. D, s/ art. 189 bis (2) CP'", 20/05/2019.

> que tal como se consignó posee antecedentes condenatorios y la posibilidad del dictado de una pena única…[29]

En distinto sentido, la Sala III de la Cámara de Apelaciones sostuvo, al sopesar riesgos procesales y medidas cautelares durante el proceso, en un caso en que el imputado ya había permanecido en prisión preventiva el tiempo mínimo previsto para el delito que se lo imputaba y dado que el fiscal no había manifestado que, en caso de llevarse adelante el juicio, solicitaría una pena mayor al mínimo, que

> … aun cuando en el hipotético caso de recaer condena en la presente de efectivo cumplimiento, la pena sería muy baja, y el imputado ya ha permanecido privado de su libertad el tiempo mínimo establecido en el Código Penal para cualquiera de los delitos que le fueran atribuidos, que son de los tipos penales que poseen las escalas más bajas de las previstas en el Código Penal, y que, en lo atinente al hecho concreto, teniendo en cuenta sus modalidades, la aplicación de esta medida coercitiva requerida se presenta como desproporcionada, entendido el principio de proporcionalidad en su aspecto estricto, esto es, como prohibición de exceso.[30]

Por ese motivo, el tribunal, pese a valorar que el arraigo del imputado resultaba débil, consideró también que las medidas restrictivas impuestas resultaban suficientes a fin de neutralizar los riesgos procesales, descartando así la prisión preventiva.

Comportamiento del imputado durante el proceso, o en otro proceso

Otras de las presunciones que contempla el Código para el dictado de una medida cautelar es el análisis de su comportamiento durante el proceso (inc. 3) en que se lo está juzgando e, incluso, en otros procesos donde no haya demostrado su voluntad de adhesión a él.

Puede ser cuestionable desde el punto de vista del Derecho Penal de autor la valoración de la conducta del imputado en un proceso distinto al que se encuentra sometido. Sin embargo, ese análisis no es utilizado para la acreditación de la materialidad del hecho sino para el estudio de su conducta futura en relación con la sujeción al proceso.

29. Ibídem, Sala I, "Incidente de apelación en autos: 'Rojas, Alejandro Yair'", 20/12/2019.
30. Ibídem, Sala III, "Marani, Walter Fabricio", 16/07/2021.

De detectarse la existencia de distintos nombres falsos en otros casos, o de dictados de rebeldía en su contra pueden constituir presunciones de que podrá pretender evadir la persecución penal, de modo que la medida privativa de la libertad estará justificada.

De igual forma, podrá valorarse la revocación de una libertad condicional en el marco de otro caso frente al incumplimiento de comparecer al proceso cuando es llamado o ausentarse del domicilio fijado sin justificación.

A modo ilustrativo, se sostuvo que

> … más allá de la constancia invocada por la defensa que acredita que luego de la excarcelación concedida en el marco de otro proceso, el Sr. Fumaneri compareció, estuvo a derecho ante la DCAEP y fijó domicilio, cobra especial relevancia el hecho de que este suceso tuvo lugar a los pocos días de haber sido excarcelado. A su vez, el Registro Nacional de Reincidencia remitió una resolución proveniente del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 41, en el marco del expediente N°36493/13, de la que surge que el 6 de junio de 2014 se ordenó la rebeldía y averiguación de paradero del Sr. Fumaneri, la cual fue dejada sin efecto recién el 11 de abril de 2016.[31] A su vez, se consideró como comportamiento del imputado que fue condenado cuando se encontraba gozando de una libertad condicional en el marco de otro proceso, que al momento de los hechos demostró una actitud evasiva intentando darse a la fuga y que … si bien se encuentra acreditado el arraigo, en caso de comprobarse los hechos objeto de investigación y recaer condena, la pena a imponer será, necesariamente, de efectivo cumplimiento, sumado a que el máximo de la pena para el delito atribuido superaría los ocho (8) años, existe además la posibilidad de que sea declarado reincidente y todo ello, sumado a su actitud en el presente proceso, permite presumir que intentará eludir el accionar de la justicia…[32]

Haciendo propias las argumentaciones del fiscal de Cámara, se valoró

> … el desapego a la ley demostrada por el causante por cuanto: "… dicho comportamiento se condice con la gran cantidad de antecedentes penales de Romano, los que se suceden en los últimos años de forma prácticamente ininterrumpida tras recuperar su libertad en los distintos procesos, lo que

31. Ibídem, Sala II, "Incidente de apelación en autos: 'Fumaneri, Jorge Daniel'", 29/08/2022.

32. Ibídem, Sala I, "Incidente de apelación en autos: 'Rojas, Alejandro Yair'", cit.

demuestra un desprecio absoluto por el cumplimiento de las normas y resulta indicativo de su reticencia frente al accionar de la justicia...'[33]

Presunciones posteriores a la producción de la prueba o al juicio oral y público

Las demás presunciones contenidas en los incisos 4, 5 y 6 del artículo 182, CPP se agregan al catálogo de las ya desarrolladas, pero estas últimas contienen como denominador común la finalización del juicio oral y público. Es decir, en esos tres momentos ya existe un pedido de pena de efectivo cumplimiento y/o una sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad dictada ya sea por un magistrado de primera o de segunda instancia. Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que más allá de la sentencia condenatoria, la prisión preventiva no debe constituir un adelantamiento de pena material ni debe representar la culpabilidad del imputado sin pronunciamiento firme. Por esas razones, incluso frente a la coexistencia de tales presunciones, siempre debe obrarse prudente y racionalmente a la hora de disponer su imposición puesto que la persona sometida a proceso continúa gozando de estado de inocencia.

En efecto, las presunciones de los incisos aludidos constituyen guías para el juzgador, e incluso para la acusación, pero a la hora de su pedido e imposición no puede perderse de vista que debe presentarse únicamente el peligro de fuga, puesto que al estar finalizada la investigación, el entorpecimiento de la investigación ya no posee virtualidad. Lo que aquí cambió es que la membrana de inocencia protectora del imputado comenzó a resquebrajarse; no obstante una vez culminada la etapa recursiva de la decisión que pone fin al conflicto, se podrá imponer la verdadera pena, en lugar de utilizar a la prisión preventiva como una sanción anticipada bajo el velo de la existencia de riesgos procesales.

Más allá de ello, corresponde señalar que la presunción contenida en el inciso 6 si bien constituye una directriz para imponer la prisión preventiva al encausado, la realidad es que dicha presunción cabría interpretarla en términos de ejecutabilidad de sentencia condenatoria en lugar de riesgo procesal, dado que pese a que subsista la queja

33. Ibídem, Sala III, "Incidente de apelación en autos: 'Romano, Diego Sebastián'", 12/09/2019.

por recurso de inconstitucionalidad o recurso extraordinario federal denegados, la condena –de acuerdo a cómo está regulada la cuestión en nuestro ordenamiento y sin perjuicio de opiniones y otros diseños procesales que lo establecen de modo diverso–[34] podría comenzar a cumplirse aunque ella no haya adquirido firmeza.

Riesgo de entorpecimiento del proceso

En cuanto al riesgo de entorpecimiento del proceso existen posturas, como la de Bovino, que entienden que es dudoso que se valore dicha presunción a fin de dictar la prisión preventiva del encausado pues ello implicaría realizar un juicio sobre su conducta futura.[35] Además, se plantea que el Estado, con toda su maquinaria y estructura, no puede valerse de la privación de libertad del imputado para lograr el éxito del proceso.

Ahora bien, más allá de esa postura, lo cierto es que para que opere la presunción contemplada en el artículo 183, CPP, la acusación debe acreditar, con evidencias y datos objetivos, que la libertad del imputado pondrá en riesgo la recolección de pruebas o la identificación o detención de otros acusados. Para ello, el fiscal deberá demostrar en audiencia (art. 185) qué pruebas debe obtener y/o qué línea de investigación le resta concluir para identificar y detener a otras personas o, en su caso, qué sujetos y por qué motivos se encuentran en un serio riesgo en caso de que el imputado permanezca en libertad durante el proceso.

Así, la Cámara de Apelaciones expresó que

> … el mayor peligro procesal del caso no viene dado por el riesgo de fuga (o al menos por la falta de arraigo), sino por el riesgo de entorpecimiento del proceso. En libertad, AB podría intentar ejercer una influencia directa sobre su pareja. En el contexto de violencia de género y doméstica en el que se enmarcan partes de las conducta, el riesgo de que el imputado tome contacto directo con su pareja para que no declare, o que lo haga de forma que no lo perjudique procesalmente, representa un peligro para el desarrollo de la causa que no puede ser evitado de otra manera […] consideramos que la fiscalía ha fundado suficientemente dicho riesgo en

34. Al respecto, recomendamos el análisis que al respecto se hace en el Libro IV de esta obra.

35. Bovino, Alberto, "Contra la…", *op. cit.*, p. 213.

> las circunstancias concretas del hecho, el modo en que se llevó a cabo, la violencia ejercida por el autor y los antecedentes que registra. Ante este panorama, el cuestionamiento de la defensa respecto de la necesidad de la medida impuesta, pierde toda su fuerza, pues ya es claro que otras alternativas restrictivas como la una tobillera de geo-posicionamiento solicitada por esa parte, no tendrá el efecto de garantizar adecuadamente la seguridad de la presunta víctima para que pueda declarar en un eventual juicio. Por lo demás, no debe obviarse [...] el desapego a la ley demostrado por el causante, por cuanto, pese a contar con diversos antecedentes condenatorios, vuelve a enfrentar una nueva imputación penal...[36]

La relevancia de esta presunción recaerá, particularmente, en el tiempo de la medida a imponerse ya que el/la fiscal deberá demostrar seriamente al juez cuánto tiempo le llevará recolectar esas evidencias o identificar a las demás personas. Ello, a fin de respetar el carácter provisorio de la prisión preventiva y en pos de no transformarla en una pena anticipada.

En otro caso que ya hemos citado[37] que se trataba de hechos encuadrados en un contexto de violencia de género, la fiscalía fundó el recurso de apelación contra el rechazo de la prisión preventiva en que el entorpecimiento del proceso estaba dado en que la víctima del caso transitaba un ciclo de violencia y el imputado resultaba óbice para su libre determinación quien podría influir en ella y manipularla; a la vez que también corrían peligro de amedrentamiento la vecina de la víctima y otro testigo. No obstante, la Cámara consideró que las medidas cautelares consistentes en que el imputado mudara su residencia; compareciera cada quince días en una comisaría; tuviera prohibido el acercamiento y contacto hacia la denunciante y sus hijos por cualquier medio –todo ello monitoreado por un sistema de geolocalización dual– resultaban herramientas suficientes para neutralizar el peligro aludido por la acusación, sumado a las medidas ya impuestas por la justicia civil consistentes, en lo que aquí importa, en el otorgamiento a la víctima de un botón antipánico y en la implantación de una consigna policial en su vivienda. Ese temperamento también fue fundamentado por la Cámara en que toda medida que

36. CAPPJCyF, Sala III, "Incidente de apelación en autos: 'A. B., A. A. sobre 183 - Daños'", causa Nº 33332/2019-1, 12/09/2019.

37. Ibídem, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'sobre 89 - lesiones leves'", causa Nº 174510/2021-1, 22/09/2021.

restrinja la libertad debe cumplir con los principios desarrollados en el acápite –medidas cautelares– de este comentario.

En otro precedente, para confirmar el dictado de la prisión preventiva, la sala II de la Cámara valoró, entre otros extremos, que se verificaba riesgo de entorpecimiento del proceso toda vez que la víctima se encontraba en una situación de vulnerabilidad tal que, pese a haber sufrido en el pasado hechos de violencia similares a los que fueron objeto de esa causa, había continuado o retomado la relación sentimental con el acusado, lo que razonablemente permitía concluir que en esa oportunidad no sería distinto. Se precisó que "[E]llo, fundadamente, hace presumir que L, podría influenciar en la declaración que la nombrada debería prestar en el marco de un eventual debat[e]". Además se agregó que la víctima ya había testificado que se sentía

> … presionada por la madre del acusado –quien la llamó–, mucho más, entonces, es esperable que ese efecto sea generado en ella por el encausado, en caso de recuperar la libertad. Ante este panorama es claro que otras medidas restrictivas no tendrán el efecto de garantizar el éxito de la investigación…[38]

En otro caso, donde se investigaba el delito de comercialización de estupefacientes agravado en virtud de lo previsto en los incisos a y c del artículo 11 de la Ley Nº 23737, los jueces de Cámara –amén de la pena en expectativa y ausencia de arraigo de los imputados– consideraron que los imputados habían demostrado su voluntad de entorpecer el proceso

> … al intentar deshacerse de la sustancia estupefaciente, arrojándola desde el inmueble en el que se encontraban, lo que, a su vez, también da cuenta del intento de eludir la acción de las autoridades. A ello se suma que podrían eventualmente amedrentar a testigos. En esa línea nótese que el testigo de identidad reservada manifestó que los imputados eran "gente pesada" y que uno de ellos –D. A. M.– le dijo que "no le costaba nada ir a la villa y agarrar dos o tres negritos que (lo) hicieran mierda" (cf. acta de fs. 115). Del mismo modo podrían alertar a otros intervinientes del hecho aún no individualizados o ya identificados pero no encontrados al momento del allanamiento…[39]

38. Ibídem, Sala II, "Incidente de apelación en autos: 'L, F. D. s/ 89 – lesiones leves'", causa Nº 14278/2020-1, 19/10/2020.

39. Ibídem, Sala II, "Incidente de apelación en autos: 'A. M., D. D.", causa Nº 31489/2019-2, 29/08/2019.

Detención por peligro de fuga

En este apartado nos referiremos particularmente a los requisitos que deben existir para que la acusación pueda solicitar la prisión preventiva del imputado, en tanto en el apartado siguiente, analizaremos el trámite que deberá imprimirse a la prisión preventiva. Si bien ambas normas encuentran aristas en común, optamos por separar su estudio a efectos explicativos.

Nótese en primer término que aquí el Código únicamente alude a la figura del fiscal como parte legitimada para solicitar la medida al tribunal, mientras que la querella se encontraría con la facultad de hacerlo en los procesos por delitos de acción privada de acuerdo con el artículo 275, CPP

> … facultad que, como lógica consecuencia, también resultaría aplicable a los de acción pública en los que decidiera continuar con el ejercicio de la acción cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera desistido de hacerlo…[40]

El artículo 184, CPP prevé en su primer párrafo que el fiscal será quien solicite, mediante resolución fundamentada, la detención del imputado cuando exista peligro de fuga o entorpecimiento del proceso. Es fácilmente advertible que en este primer supuesto ya existe un proceso en trámite contra una persona, que oportunamente fue intimada de los hechos objeto de investigación pero que, debido a su comportamiento, la fiscalía considere que se podría dar a la fuga o que podría entorpecer el proceso. Sin embargo, la mayor operatividad que esta norma encuentra en el día a día tiene que ver con las detenciones ocurridas en flagrancia, donde, lógicamente, es la fiscalía la parte allí legitimada para solicitar la imposición de la prisión preventiva. Estos son los dos supuestos de detención que regula la norma: por orden judicial o flagrancia.

Seguido a ello, el Código establece que el fiscal deberá intimar el hecho en el menor tiempo posible y dentro de las veinticuatro horas de iniciada su privación de libertad. Ese tiempo podrá ser prorrogado por otras veinticuatro horas si el caso, por su complejidad, así lo demandara. Esta prórroga resulta excepcional, pues la regla general, prevista en

40. Lancman, Valeria, "Comentario a los artículos 169 a 173", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín, (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. I, p. 475.

el segundo párrafo del artículo comentado es que la audiencia prevista en el artículo 173, CPP sea realizada dentro de las veinticuatro horas iniciales a partir de la detención del imputado.

La redacción actual de la norma tiene rasgos más felices y clarificadores puesto que, anteriormente,[41] previo a la reforma introducida por la Ley Nº 6020, se planteaba el interrogante de cuándo debía tener lugar la audiencia de intimación de los hechos en caso de flagrancia y, en función de allí, cuándo comenzaba a regir el plazo de veinticuatro horas para que el fiscal adoptara una decisión en relación con la libertad del imputado.[42] Esa situación quedó zanjada a partir de la modificación introducida por la norma precitada al establecer que el plazo conferido por la ley al fiscal comienza a regir desde el inicio de la privación de la libertad.

---

41. El viejo art. 172, CPPCABA decía, en su parte pertinente, que "Luego de haber intimado al imputado por el hecho, en el menor tiempo posible dentro de las veinticuatro horas deberá resolver sobre la libertad del detenido, en forma irrestricta o bajo caución, u otra medida restrictiva que no implique privación de libertad...". Frente a ello, algunos consideraban que "[e]n casos de flagrancia 'I. La autoridad de prevención detiene al imputado y consulta sin demora al fiscal (cf. el art. 152). II. El fiscal puede ratificar o hacer cesar la medida (cf. el art. 152). III. Si la ratifica, da aviso al juez (cf. el art. 152). IV. El fiscal tiene que intimar a la persona a responder por el hecho inmediatamente (cf. el art. 161). V. Luego de realizar esa intimación, el fiscal tiene que resolver en el menor tiempo, dentro de las 24 hs., sobre la libertad del detenido (cf. el art. 172) dejándolo en libertad previa caución o disponiendo alguna medida restrictiva distinta de la prisión, esta vez con consentimiento de la defensa o requerir la prisión preventiva al juez'... Pero que 'intimada la persona a responder por el hecho o vencido el plazo en que los jueces estimen que se acto debió razonablemente haber tenido lugar, se dispara el plazo de 24 hs., que establece el art. 172 para que el fiscal resuelva acerca de la libertad del imputado. Vencido ese plazo sin que exista una decisión del fiscal al respecto, el imputado tiene que ser dejado en libertad dado que no existiría una decisión de autoridad competente que permita mantenerlo privado de su libertad." (TSJCABA, "Griego, Andrea Fabiana", causa Nº 11393/14, 18/06/2015, voto de los jueces Lozano y Casás, en mayoría). Con un criterio más restrictivo se indicó: "En síntesis, la detención de una persona en flagrancia (...) debe observar los siguientes pasos: una consulta de la autoridad de prevención al fiscal, su ratificación, la práctica de determinadas medidas (...) y la intimación al imputado en los términos del art. 161 del CPPCABA. Todo ello, con la mayor celeridad posible, en un plazo máximo de veinticuatro horas a contar desde la aprehensión, con noticia al órgano jurisdiccional que corresponda." (TSJCABA, "Guantay, Luis Alfredo", causa Nº 10584/14, 10/10/2014, voto de la jueza Weinberg, en minoría). En esa ocasión se concluyó, en definitiva, que, una interpretación literal del entonces art. 172, CPPCABA conducía a sostener que el plazo máximo de veinticuatro horas debía computarse a partir del acto de intimación del hecho.

42. Lancman, Valeria, "Comentario a los artículos 169 a 173", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, T. I, p. 476.

Vencido dicho término o su prórroga, el fiscal deberá adoptar una decisión en torno a la situación procesal del imputado. Las opciones que le otorga la norma son: 1) disponer su libertad en forma irrestricta; 2) disponer su libertad bajo caución; 3) disponer su libertad bajo otra medida que no implique la privación de libertad –aquí se refiere a las medidas establecidas en el artículo 186; no obstante, luego haremos una especial mención al inciso 7, o 4) solicitar audiencia de prisión preventiva.

Del juego de los artículos 182, 183 y 184, CPP se recepta, como dijimos, presunciones sobre la existencia de peligro de fuga, entorpecimiento del proceso, y a la vez, se recepta en qué momento del proceso la acusación puede solicitar la detención del imputado, esto es, cuando sea sorprendido en flagrancia o mediante una orden judicial.

En lo que respecta al procedimiento en flagrancia,[43] una vez que el imputado sea detenido, el fiscal, quien no ha intimado de los hechos al entonces acusado, deberá hacerlo en el menor tiempo posible, pero dentro de las 24 horas de efectuada su detención. De modo que el Código otorga, *a priori*, un día al Ministerio Público Fiscal para que le haga saber al imputado el hecho que se le atribuye. No obstante, se pone en cabeza del magistrado la obligación de hacerlo cuanto antes, lo cual resulta conteste con la finalidad de respetar su libertad durante el proceso y el principio de inocencia.

La casuística que establece el Código en este punto es, en primera instancia, que de no mediar razones para restringir la libertad del acusado de alguna manera, ella deberá ser concedida desde la sede de la fiscalía.

En segundo término, de considerar conducente constreñir el imputado al proceso, podrá imponerse una medida cautelar de las previstas en el artículo 186, CPP y ella ser acordada por el imputado y su defensa, es decir, consentida por ellos. Sobre este punto volveremos un poco más adelante. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar, como hemos señalado al comienzo de este comentario, que las medidas restrictivas, de ser impuestas, deben respetar una progresividad, es decir, que debe darse un análisis escalonado y gradual en términos de restricción de derechos y comenzar por la imposición de la menos restrictiva, tal como establece el artículo 188, CPP.

43. Véase en este sentido el comentario al Libro II, Título IV, Capítulo 1.

De mediar acuerdo entre las partes, no se requiere convalidación por parte del juez, pero sí debe ser necesario que se lo anoticie de ellas, porque si bien el ejercicio de la acción recae sobre el Ministerio Público, lo cierto es que el control de legalidad de la detención y restricciones a la libertad debe ser realizada por el juez de garantías quien debe velar por el pleno goce de los derechos y garantías del imputado.

El último supuesto consiste en que medie disconformidad de la defensa sobre la medida cautelar que pretenda imponer la fiscalía. En ese caso, deberá realizarse una audiencia, cuyas características se explicarán a la brevedad, y allí se argumentará sobre su procedencia y conducencia. Una vez garantizado el contradictorio, el juez deberá adoptar su decisión en el mismo acto y sin demoras, de forma oral, a fin de no prolongar indebidamente la privación de la libertad en la que se encuentra el imputado.

Pero en la segunda parte del segundo párrafo del artículo 184, el Código también prevé que el plazo de detención original y establecido como regla (24 horas), podrá ser prolongado por otras 24 horas si existiera alguna complejidad del caso. Más allá de la técnica legislativa que se adoptó que, a nuestro modo de ver, parece bastante confusa si se la contrasta con la regulación de las demás medidas cautelares, lo cierto es que esas 24 horas de gracia que el Código le concede a la acusación para intimar al imputado y adoptar algún temperamento sobre su situación procesal, deben estar fundadas en elementos serios del caso y, en particular, en su complejidad, como la norma lo indica.

Es decir, la fiscalía tendrá que acreditar por qué se encuentra justificada la prolongación de la detención del imputado. De lo contrario, es decir, de usarse las 24 horas extras que establece el artículo 184 sin que se presente esa situación excepcional, se podría estar en presencia de una detención infundada. Por supuesto que el período de gracia que aquí comentamos podrá ser cuestionado por la defensa cuando, por ejemplo, considere que concurre alguna causal de nulidad (arts. 78, 79 y ss.). Para ese supuesto, el juez deberá convocar a una audiencia a fin de resolver el pedido defensista y la prórroga de la detención del imputado que no fue, hasta ese momento, transformada en prisión preventiva.

Otra de las situaciones que puede presentarse tiene lugar cuando la fiscalía hizo uso de la prórroga de detención de 24 horas, ella se encuentre próxima a vencer, ya se haya solicitado audiencia de prisión

preventiva pero las partes pretendan efectuar un acuerdo e imponerle al imputado una medida cautelar menos gravosa, como el arresto en su propio domicilio controlado por un dispositivo electrónico. Esta situación híbrida que puede darse en la práctica diaria no anula el espíritu adversarial del Código, amén de las formalidades que deben respetarse. Es que aquí si bien el imputado ya se encuentra detenido bajo la esfera de la jurisdicción, ello no obsta a que las partes puedan acordar un medio menos lesivo para asegurar los fines del proceso y que dicha decisión tampoco requiera homologación del tribunal.

Es cierto que el Código no resuelve esta situación de una forma clara. Sin embargo, el tinte composicional del que está embebido nos conduce a pensar que es factible la propuesta realizada, pues el pedido de prisión preventiva no inhibe a las partes de resolver el conflicto de otra forma menos violenta. La ley no prevé que el juez deba dictar una convalidación si las partes, luego de la solicitud de prisión preventiva celebran un acuerdo; máxime si se tiene en especial consideración que tal convalidación judicial fue derogada mediante Ley Nº 6020. En definitiva, en ese supuesto el juez habría perdido jurisdicción ya que no existiría ninguna controversia que tenga que resolver.

En cuanto a la imposición de medidas restrictivas distintas a la prisión preventiva, aquí la norma también se diferencia significativamente de su redacción anterior porque ahora, como hemos deslizado, las medidas restrictivas, en caso de consentimiento del imputado y su defensa, no requerirán convalidación judicial,[44] aunque sí creemos indispensable que tal temperamento sea anoticiado al juez en turno con la mayor celeridad en su carácter de juez de garantías quien tiene a su cargo el control de ciertos actos que lo requieran (art. 5, párr. 2, CPP). Por su parte, la audiencia podrá realizarse en caso de que la defensa disienta con la medida adoptada por el fiscal y allí el juez decidirá si la convalida o la deja sin efecto.

44. En su redacción anterior, el entonces art. 172, CPP (actual art. 184) no preveía que, si hubiera conformidad de la defensa con la medida restrictiva no sería necesaria la convalidación judicial. Por el contrario, se sostenía que sin perjuicio de que fueran consentidas por la defensa, debían contar "[c]on la intervención del juez en los actos en que ella es necesaria para su dictado, de acuerdo con la regla del art. 174 del CPPCAB[A]". Lancman, Valeria, "Comentario a los artículos 169 a 173", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. I, p. 477.

Por último, consideramos que al inciso 7 del artículo 186, CPP corresponde darle un tratamiento especial y de excepción dado que, a nuestro entender e, independientemente del nombre que se le adjudique, el arresto domiciliario como medida restrictiva de la libertad debe ser entendido en los mismos términos que la prisión preventiva. No obstante, su desarrollo será objeto de comentario en tu apartado pertinente.

Trámite de la prisión preventiva y audiencias de los artículos 185 y 190

Dentro de las 24 horas previstas en el artículo 184, CPP el fiscal podrá solicitar al tribunal que se fije audiencia de prisión preventiva, la cual deberá ser fijada –y celebrada– dentro de las 48 horas de efectuada esa solicitud. En dicha oportunidad, dados los principios que rigen en régimen procesal penal de la CABA en virtud de lo previsto en el artículo 3, CPP y, particularmente, los de oralidad, publicidad, contradicción, concentración inmediación y celeridad, el juez resolverá sobre la necesidad de disponer la prisión preventiva u otra restricción a la libertad del imputado, además de la excarcelación o libertad irrestricta en su caso. Por supuesto que esa decisión deberá tener lugar tras haber escuchado las posturas de cada una de las partes que participen en dicho acto.

Como requisitos formales y necesarios previo a dicho acto, el Código exige que: 1) el fiscal haya intimado al imputado del hecho;[45] 2) que haya reunido la prueba suficiente que haga a la materialidad del hecho; 3) que el imputado resulte con probabilidad autor o partícipe de aquel; 4) se presente por lo menos uno de los peligros procesales –peligro de fuga o entorpecimiento del proceso–.

En cuanto al requisito 2), debemos recordar que para el dictado de las medidas cautelares no se requiere un conocimiento pleno que acrediten los hechos, sino que, por el contrario,

45. Aunque en este punto, el segundo párrafo del art. 185, CPP establezca "deberá haberse intimado al/la imputado/a el decreto de determinación de los hechos", consideramos que lo que la norma pretende decir es que se lo haya intimado del o de los hechos objeto de imputación, en tanto el decreto de determinación es simplemente una pieza procesal que conforma el expediente y determina el objeto de investigación.

> … es pertinente aquí hacer este distingo entre la *certeza* exigida para emitir una condena y la verosimilitud requerida para aplicar esta restricción de los derechos del imputado. En efecto, la propia letra de la ley, artículo 185 CPP, habla de "*elementos de convicción suficientes para sostener, provisoriamente, la materialidad del hecho*". Por un lado, se hace referencia a un juicio *provisorio*; por otro lado, se mencionan los elementos de convicción *suficientes*, esto es, tomando en consideración, precisamente, que no se trata de la certeza requerida para la condena, pues esta solo se alcanzará, si acaso, luego del debate de juicio…[46]

Además de ello, las partes podrán presentar allí las pruebas que posean a fin de demostrar y acreditar sus respectivas posiciones y será tarea del juez evaluar su pertinencia y relevancia a fin de evitar que la audiencia de medidas cautelares se transforme en un debate simplificado, lo cual en la práctica se ve con mucha dificultad de materializarse. Es fundamental que se alcance este objetivo, dado que hacer un "mini juicio" de cada audiencia de prisión preventiva (o cualquier otra audiencia llevada a cabo durante la IPP) desnaturaliza el sistema. Las audiencias de este tipo, por ello, deben ser fundamentalmente argumentativas y no de producción probatoria.

Es trascendental la realización de la audiencia y la reproducción oralmente de posiciones, planteos y resoluciones. Es que la emancipación de la cultura y de los rasgos inquisitoriales no es un camino sencillo de transitar, pero sus frutos otorgan un verdadero privilegio al sistema de principios de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad) y al valor republicano de gobierno. Sin embargo, ese valor republicano conlleva un cambio de paradigma a la hora de pensar los roles que tendrá cada una de las partes en un proceso penal y, en particular, el rol del juez. En un sistema republicano se le exige al juez que no represente a nadie, ni siquiera a ningún otro poder del Estado, y que tampoco gestione ningún tipo de interés. Se trata, en verdad, de que ellos no tomen decisiones en razón de objetivos utilitarios –como por ejemplo, de grupos de poder o mayorías–, ya

46. CAPPJCyF, Sala II, "Incidente de apelación en autos: 'M P, J R'", causa Nº 164806/2021-1, 12/10/2021.

que tal aspecto constituirá la base de la imparcialidad.[47] Justamente, la legitimidad de los jueces estará dada en su compromiso con la verdad.

Aquí es donde tenemos que aclarar los alcances del concepto de "verdad" que utilizamos, más allá de que su definición pueda, a primera vista, parecer obvia. No nos estamos refiriendo a una verdad histórica o material como resabio de cultura inquisitiva en la cual las partes pero, particularmente, el juzgador, debe buscarla y develarla como objetivo esencial del proceso penal. Ello implicaría, en palabras de Alberto Binder, permitirle al juez "dejar atrás y saltar por encima de las condiciones del litigio, a través de fórmulas que finalmente signifiquen que ha impulsado el caso, convirtiéndolo en un gestor de intereses".[48] Al contrario, dice el autor, la paradoja del sistema adversarial que es que el juez debe tener un compromiso tan fuerte con la verdad que jamás debe buscarla. Por esa razón, la *verdad* desde la que partimos es la "verdad de las acusaciones". Ello significa que el juez debe exigir a los acusadores, y no a las partes, que prueben la verdad de sus acusaciones, de modo que si ellos no son capaces de probarla, aquella debe ser rechazada.

Esa lógica (papel de la verdad, sumado al compromiso del juez con ella) funda el conjunto de principios cuyo objetivo es proteger al ciudadano de los abusos de poder. Con todo, esa idea de verdad es la que está intrínsecamente vinculada con la noción de "hecho" pues "verdad es como tal, sobre un acontecimiento que se transforma en proposiciones fácticas"[49] susceptibles de verificación.

El camino a seguir para dar preeminencia a lo que venimos exponiendo, en particular a los principios y garantías constitucionales, y, en particular, para evitar la imposición del encarcelamiento preventivo como pena anticipada, es la audiencia oral (arts. 185, y 190, CPP). Su realización, luego de que la acusación hubiera intimado al imputado sobre el hecho que se le atribuye y reunidos los elementos de convicción que considere pertinentes, deberá concretarse dentro de las 48 horas de la solicitud de encarcelamiento preventivo, y ella garantizará una mayor convicción al momento de tomar una decisión y permitirá al imputado ser oído personalmente por el juez. Esa situación se ve notoriamente ve-

47. En este sentido, véase la obra de Binder, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*, Monterrey, Coordinación Editorial Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

48. Ibídem, p. 20.

49. Ibídem, p. 23.

dada en el sistema escrito o mixto donde el paladín de las resoluciones es la delegación de funciones en empleados y funcionarios del tribunal.

Aquí, el giro paradigmático que realizan los códigos procesales modernos, y en particular el nuestro, centra a la audiencia de medidas cautelares (también llamada "control de detención y/o formulación de cargos") como el acto por excelencia, donde efectivamente las partes concurrirán a defender sus posturas y enfrentarse argumentando cada una de sus solicitudes, materializándose de forma muy contundente los principios de bilateralidad y adversarialidad.

Esta es una audiencia, como dijimos, de naturaleza argumentativa, es decir, no se trata de producir la prueba que, eventualmente, se ventilará en un juicio oral –si es que el caso arriba a esa etapa–, sino que las partes expliquen y den las razones que sustenten cada una de sus posturas con las pruebas que posean en ese momento. Tan es así que no es posible la producción de prueba testimonial salvo supuestos excepcionales y para puntos neurálgicos de alguna postura de las partes que, por supuesto y como se señaló, está sujeta a admisibilidad judicial.

Como enseña Santiago Martínez, ella será el primer acto procesal que materializa el principio de inmediatez ya que el juez controlará la actividad policial y/o la del Ministerio Público Fiscal,[50] en tanto la fiscalía deberá brindar un relato preciso y detallado del desenvolvimiento del proceso y, luego, de sus argumentos que la llevan a solicitar el encierro del imputado. En este momento, el rol de juez demanda una extrema importancia pero también una extrema cautela pues pesará sobre él la carga de delimitar el actuar de las partes en pos de no desnaturalizar el carácter de la audiencia y que ella se transforme en un breve juicio. Por el contrario, de encontrarse provisoriamente acreditada la materialidad del suceso, el acto debe girar alrededor de la acreditación de los riesgos procesales y nada más. De allí que, una vez logrado el contradictorio, el juzgador, en ese mismo momento, deberá exponer las razones que lo lleven a tomar su decisión.

La inmediación acá entra a jugar con un rol preponderante ya que en un mismo acto y de manera oral, la fiscalía o la querella deberá for-

50. Martínez, Santiago, "El dictado de la prisión preventiva en Argentina", trabajo presentado en el marco de la Reunión de Expertos sobre Prisión Preventiva, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, mayo de 2013. Disponible en: https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Santiago-Mart%C3%ADnez-El-dictado-de-la-prisi%C3%B3n-preventiva-en-Argentina1.pdf [fecha de consulta: 15/04/2022].

mular la imputación que pesa sobre el acusado, explicar su teoría del caso y, no solo las razones y evidencias que sustentan su materialidad, sino también los motivos por los cuales ninguna de las demás medidas cautelares (arts. 185 y 187) resulta suficiente y conducente para neutralizar los riesgos procesales.

Allí también se centralizarán una serie de actos –como planteos de nulidades y excepciones o acuerdos de suspensión del proceso a prueba y avenimiento– que, de ser realizados mediante el vetusto procedimiento escrito, su resolución demandaría unos cuantos días más. De esa manera se garantizará seriamente el contradictorio, el juez escuchará cada versión que las partes tengan para exponer y, en ese mismo momento, las deberá analizar y resolver oralmente, de modo que su decisión también deberá ser expuesta en ese acto, y el acusado la oirá de su propia voz.

Ya no se trata de un sistema de citas y re-citas de conocida y repetida doctrina y jurisprudencia para explicar por qué existen o subsisten riesgos procesales, sino de hacerle conocer al imputado, y lograr que él comprenda, de manera clara y transparente, la decisión judicial por la que se le impone el encierro u otra medida cautelar, basada, esencialmente, en el caso concreto y el desarrollo del proceso. No se trata de un conjunto de papeles donde con tinta y cientos de renglones se pretenda fundar por qué se impone la prisión preventiva como ocurría en el sistema de la Ley Nº 23984, aquí de ningún modo debe decidirse sobre la vista de las constancias del expediente. Acá las partes, en carne y hueso, debatirán sus posturas y el juez, en persona, resolverá oralmente, todo lo cual no hace más que teñir de republicana la decisión que se adoptará, la cual estará precedida de una discusión sobre el análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas.

Sin embargo, el hecho de que el Código prevea que el juez resolverá de inmediato y por auto, como ya dijimos, no puede utilizarse como herramienta para escudarse detrás del expediente papel o de una resolución escrita por los empleados o funcionarios que trabajan en el juzgado a su cargo. Si bien es cierto que de todo lo actuado en la audiencia deberá dejarse constancia en un acta, ello no impide que la decisión deba ser tomada y exteriorizada de forma oral luego de la exposición que haga cada una de las partes. De hecho, el CPP prevé que la audiencia sea registrada por grabación, filmación u otro medio idóneo.

Esa situación podría traducirse en el debate "oralidad vs. falsa oralidad", es decir, no basta con que las decisiones se adopten en audiencia, sino que se requiere que ellas se adopten en una audiencia contradictoria sin que subsista el expediente. De allí que uno de los principales beneficios de la audiencia es que impone al juez el deber de resolver exclusivamente en base a la información presentada por las partes en ella. Si el expediente papel persiste, situación con la que hoy día se lucha –sobre todo en la etapa recursiva cuando a veces se exige documentación que no fue exhibida en el marco de esa audiencia argumentativa– los jueces de garantías llegarán a la audiencia con una preconcepción ya formada del temperamento que adoptarán y, justamente, desde esa preconcepción, analizarán los argumentos y pruebas que se presenten en la audiencia, esperando confirmar la hipótesis que ya se han formado leyendo el texto papel.

Justamente, la falsa oralidad se materializa en una mera formalidad, donde se leen documentos incorporados al expediente o donde las partes se remiten directamente a los planteos que realizaron por escrito.

Todo lo dicho no significa que también se anule el registro del procedimiento o que él se oculte del control judicial y de la defensa, sino que bastará con un asiento desformalizado de la investigación que desarrolla la acusación, la cual, necesariamente, debe ser accesible y controlable por la contraparte.

En palabras de Alberto Binder

> …la utilización de audiencias orales y públicas para resolver todos los litigios previos al juicio mismo es una de las mejores formas de introducir una práctica masiva totalmente contraria a la tradición inquisitorial, con gran beneficio para la celeridad y eficacia del proceso penal mismo. Esta forma de organizar el litigio, por otra parte, hace nacer verdaderamente la función jurisdiccional durante la etapa preparatoria, alejándola del paradigma del juez instructor y llevándola hacia sus verdaderas tareas de control y resolución, sin comprometerse en la investigación del caso.[51]

51. Binder, Alberto, "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República", ponencia presentada en el Seminario sobre reforma de la justicia penal celebrado en octubre de 2002, organizado por el Centro de Justicia de las Américas (CEJA), la Procuración General de la República y el INACIPE, México. Disponible en: https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30866-fuerza-inquisicion-y-debilidad-republica [fecha de consulta: 15/04/2022].

Cuando el artículo 185, CPP establece que esas decisiones serán apelables dentro del tercer día, cabe entender que se refiere a días hábiles para cualquier parte recurrente. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 46, última parte, aquí debemos destacar que el Código es claro en esta última norma que la tramitación de dichas medidas se consideran todos los días hábiles, mas no así a los efectos de la interposición de un recurso.

Misma lógica y principios deben ser aplicados para la audiencia prevista en el artículo 190, CPP.

En este supuesto, el plazo para fijarla y celebrarla es igualmente el de 48 horas a partir de su solicitud; no obstante, esta podrá ser prorrogada por 24 horas más si no se pudiere realizar por razones fundadas, siempre y cuando no exista riesgo grave en la demora para las personas o bienes.

Los requisitos para su procedencia son idénticos a los de la prisión preventiva al igual que el plazo para su recurribilidad.

Plazo de duración de la prisión preventiva

Siguiendo la letra del artículo 181, el principio general es que la prisión preventiva dure, al igual que las demás medidas cautelares, *el tiempo mínimo razonable* y dentro de los máximos previstos por la ley. Ahora bien, ¿cuáles son esos máximos y de dónde surgen? La respuesta parece obvia, sin embargo consideramos necesario partir de tres supuestos diferentes para su diferenciación:

a. prisión preventiva por peligro de fuga;
b. prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento del proceso por recolección de prueba;
c. prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento del proceso por amedrentamiento de testigos y/o víctima.

Como principio general, si el encarcelamiento preventivo se prolonga por un tiempo excesivo sin que medie el dictado de una condena, se volvería ilegítimo por el mero transcurso del tiempo. Es verdad que no existe al respecto una reglamentación universal establecida, no obstante en nuestro ordenamiento nacional la Ley Nº 24390 –modificada por Ley Nº 25430– reglamenta la cláusula constitucional del artículo 7.5 de la CADH y del 9.3 del PIDCyP –incorporados al artículo 75, inc. 22, CN–, estableciendo así que el máximo de duración del encarcelamiento cautelar

sea de dos años, sin perjuicio de la posibilidad de que existan prórrogas y de las interpretaciones jurisprudenciales que sobre ello se han hecho. Similar regulación tiene el CPPCABA en su artículo 200, inc. 6.

Prisión preventiva por peligro de fuga

Aquí pareciera que los plazos para el mantenimiento del encarcelamiento cautelar se encuentran definidos por el principio general apuntado en los párrafos anteriores. No obstante, esta medida en tanto se encuentra sujeta a control judicial permanente, puede ser revisada de oficio por el tribunal –e incluso por las partes en su carácter de garantes del debido proceso– en pos de reevaluar si aún se mantienen vigentes las razones que fundamentaron su imposición. Por lo demás, entrarán en juego los artículos 111 y 112, CPP en cuanto establecen los plazos de duración de la investigación penal preparatoria.[52]

Prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento del proceso por recolección de prueba

En este caso la cuestión de los plazos debería ser más restrictiva, dado que en la audiencia del artículo 185, CPP la acusación deberá explicar al tribunal que dispondrá la medida qué pruebas se encuentran pendientes de recolección según su teoría del caso y, de acuerdo con su experiencia y complejidad del asunto, tendrá la carga de fundamentar qué tiempo necesitaría para hacerse de ellas y por qué el imputado podría interferir con ello.

La razón de ser de esos requisitos tiene que ver, justamente, con evitar la imposición del encierro cautelar como pena anticipada y constreñirlos únicamente a cuestiones procesales previstas por la ley. Aquí el tribunal también tendrá la carga de indagar sobre la estrategia acusadora y de requerir explicaciones sobre las tareas o medidas pendientes de investigación a fin de poder fijar un plazo de duración. El CPP no establece esa posibilidad ni la regula, pero en aras de un respeto más estricto a las garantías constitucionales en juego, nada impide que el juez determine un término para volver a revisar la medida de coerción.

52. Ello, sin perjuicio de lo resuelto por la CSJN en el reciente precedente "Price" (Fallos: 344:1952), 12/08/2021. Remitimos en este sentido al comentario al Libro II, Título II, Capítulo 5.

Claro está que, frente al eventual vencimiento de la medida cautelar y en caso de no haberse hecho el/la fiscal de la evidencia que necesite cuya obtención se dificultaría con el imputado en libertad, podrá solicitar –también en audiencia– una prórroga de ella y será nuevamente el tribunal el que evalúe su admisibilidad respetando los criterios de excepcionalidad y subsidiariedad, y teniendo especialmente en cuenta la actividad desarrollada por la acusación en el período previo, es decir, desde que se dictó la prisión preventiva, lo cual podrá requerir al fiscal que lo demuestre con evidencias concretas.

Prisión preventiva por riesgo de entorpecimiento del proceso por amedrentamiento de testigos y/o víctima

Si bien este supuesto puede ser, de alguna manera, asimilable al anterior dado que en ambos se alude a una cuestión de índole probatoria, este difiere considerablemente del punto que antecede porque aquí se resguarda la integridad de algún testigo o de la propia víctima cuyo testimonio deberá ser prestado en el marco de la audiencia de juicio oral. Por ello, en cuanto al plazo la interpretación debería ser similar a la mencionada para el supuesto de prisión preventiva por peligro de fuga.

Debemos destacar que, más allá de que nos refiramos a los plazos previstos para la investigación penal preparatoria, como explica Maier,[53] ellos no deben confundirse con el establecimiento del plazo máximo de duración de la prisión preventiva. Ambos guardan una íntima relación hermenéutica entre sí, no obstante se trata de cuestiones completamente distintas.

53. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2011, T. III, p. 389. Por fuera de ello, es interesante recordar que dicho autor, en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, sugería un examen obligatorio tanto de la prisión como de la internación y, al respecto, en el artículo 219 se establece que "[c]ada tres meses, sin perjuicio de aquellas oportunidades en que la ley lo dispone expresamente, el tribunal competente, integrado por tres de sus miembros, examinará de oficio los presupuestos de la prisión o de la internación y, conforme al caso, ordenará su continuación, su sustitución por otra medida o la libertad del imputado. Durante el debate o una vez comenzada la audiencia preliminar, el examen de la prisión no los interrumpirá y se llevará a cabo por tres jueces distintos a aquellos que intervienen en esos procedimientos. El examen se producirá en audiencia oral, a la cual serán citados todos los intervinientes, con aquellos que concurran, y después de la audiencia el tribunal decidirá inmediatamente." Disponible en: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/textocodigoprocesalpenal.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 15/04/2022].

Capítulo 2
Otras medidas cautelares

Artículo 186. Medidas restrictivas

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 184 el/la Fiscal o la querella podrán solicitar al Tribunal la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación:

1. **La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que le fije.**
2. **La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine.**
3. **La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas siempre que no se afecte el derecho a la defensa.**
4. **La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas siempre que no se afecte el derecho a la defensa.**
5. **El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de agresiones y la víctima conviva con el/la imputado/a.**
6. **La suspensión en el ejercicio del cargo público o privado cuando se le atribuya un delito cometido en su ejercicio.**
7. **El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el Tribunal disponga.**
8. **La inhabilitación provisoria para conducir, cuando como consecuencia del uso de automotores se produzcan lesiones, reteniéndose a tal efecto la licencia habilitante y comunicando la resolución al Registro Nacional de Antecedentes del Tránsito y a la Secretaría de Transporte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.**

Esta medida cautelar durará como mínimo tres (3) meses y puede ser prorrogada por periodos no inferiores al mes, hasta el dictado de la sentencia. La medida y sus prórrogas pueden ser revocadas o apeladas.

El período efectivo de inhabilitación provisoria puede ser computado para el cumplimiento de la sanción de inhabilitación sólo si el/l imputado/a aprobare un curso de los contemplados en el artículo 83, inciso d) de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial.

Para el cumplimiento de las medidas restrictivas previstas se podrán utilizar los medios tecnológicos adecuados a cada caso.

Artículo 187. Medidas restrictivas. Delitos en contexto de violencia contra la mujer

Si los hechos denunciados se dieran en un contexto de violencia contra la mujer y, además, existieren razones objetivas para suponer que se encuentra en riesgo la salud o la integridad física o psíquica de la mujer víctima, el/la Fiscal, fundadamente podrá solicitar al/la Juez/a ordenar las medidas dispuestas en el artículo 186 o las medidas preventivas urgentes previstas en el artículo 26, inc. a) y b) de la Ley 26.485.

Artículo 188. Determinación de las medidas procedentes

Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para el/la imputado/a que la requerida por el/la Fiscal o la querella, el Tribunal deberá imponerle alguna de las previstas en el artículo precedente, en forma individual o combinada.

Artículo 189. Embargo

Al momento de disponer la prisión preventiva y otra restricción cautelar, a pedido del/de la Fiscal y/o de la querella en su caso, el Tribunal podrá disponer el embargo de bienes del/la imputado/a para garantizar las costas del proceso y en su caso el daño causado por el delito.

También podrá disponerse el embargo de bienes si no se adoptare otra medida cautelar, a pedido del/de la Fiscal y/o querella, quienes solicitarán audiencia al efecto.

Si el/la imputado/a o el/la civilmente demandado/a no tuviera bienes, o lo embargado fuera insuficiente, podrá decretar su inhibición.

Artículo 190. Audiencia

El Tribunal deberá celebrar la audiencia, para resolver el pedido de las medidas restrictivas y/o embargo de bienes, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, prorrogable por otras veinticuatro (24) horas si no pudiere por causas fundadas y no existiere grave riesgo para las personas o bienes por la demora, y después de

escuchar al/la Fiscal, a la querella si la hubiere y a la defensa, resolverá sin más trámite.

Si alguna de las partes quisiera presentar pruebas documentales o testimoniales deberá concurrir con ellas a la audiencia y el Tribunal resolverá sobre su procedencia sin más trámite ni recurso.

Para la imposición de alguna de las medidas mencionadas, deberá haberse intimado al/la imputado/a por el hecho y reunido elementos de convicción suficientes para sostener, provisoriamente, la materialidad del hecho y que el/la imputado/a resulte con probabilidad su autor o partícipe.

La resolución será apelable sin efecto suspensivo dentro del tercer día y podrá ser modificada de oficio o a pedido de parte en cualquier momento del proceso.

Medidas restrictivas en general

Tal como se advierte de la lectura del capítulo, se enumeran una serie de medidas coercitivas restrictivas de la libertad ambulatoria o de disposición sobre el patrimonio, que el juez de garantías se encuentra facultado a adoptar, siempre a pedido de la acusación, autorizando para ello tanto a la fiscalía como a la querella, y limitando la función jurisdiccional al control de su procedencia y razonabilidad, en consonancia con el principio acusatorio que rige el procedimiento de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si bien existieron sendas discusiones sobre la imposición de las medidas por parte de la acusación pública cuando media consentimiento del imputado/a y su defensa, aquellas han quedado zanjadas con la nueva redacción del artículo 184, que establece que en estos casos no será necesaria la convalidación judicial, a cuyo comentario nos remitimos al igual que respecto a su naturaleza jurídica, fundamento y presupuestos para su concesión.

Sin perjuicio de ello, vale aclarar que, en tanto la prisión preventiva debe ser la *ultima ratio* –la última vía a la que debería recurrirse–, la aplicación de estas medidas menos gravosas devienen obligatorias cuando sean suficientes para garantizar los efectos del proceso y evitar razonablemente el peligro de fuga o de entorpecimiento de la in-

vestigación, puesto que constituyen instrumentos efectivos en pos de respetar la libertad individual que rige en todo el proceso penal. En otras palabras, estas medidas se encuentran dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva y a garantizar su excepcionalidad, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, por lo que la aplicación de las medidas señaladas en esta sección resulta ser una prioridad.

No podemos perder de vista que la CIDH ha instado a los estados a aplicar estas medidas alternativas de manera racional, atendiendo a su finalidad y eficacia de acuerdo con las características de cada caso; considerar, en todo momento, una perspectiva de género y, cuando sea el caso, el interés superior del niño o la afectación particular que se pudiera ocasionar respecto a otras personas pertenecientes a grupo en situación especial de riesgo, con la observancia de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.[54]

Así, ha recomendado una serie de medidas, tales como: 1) promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación, 2) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, 3) la obligación de presentarse periódicamente ante quien se designe, 4) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine, 5) la retención de documentos de viaje, 6) el abandono del domicilio –sobre todo cuando se trate de hechos vinculados a la violencia de género–, 7) vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física, y 8) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, con la vigilancia que se disponga. Prácticamente todas ellas han sido receptadas por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la que adaptó su legislación a fin de ampliar el catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Como se mencionó en el comienzo del comentario al Título V, capítulo 1, es llamativo que tratándose de un Código Procesal moderno, la sistematización, dados los principios que envuelven el régimen general de las medidas de coerción, se encuentre invertida. A diferencia

54. CIDH, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas". Recomendación B "Aplicación de otra medidas cautelares distintas a la prisión preventiva".

del CPPF[55] y del CPP de Neuquén[56] que establecen un orden de progresividad coercitiva cuando enumera las medidas de coerción autorizadas en esos ordenamientos procesales, el CPPCABA optó por regular en primer lugar la prisión preventiva y luego el resto de las medidas restrictivas de la libertad.

55. Artículo 210: Medidas de coerción. El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. El control sobre el cumplimiento de las medidas indicadas en los incisos a) a j) del presente artículo estará a cargo de la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas, cuya creación, composición y funcionamiento será definida por una ley que se dicte a tal efecto.

56. Artículo 113: Medidas de coerción. El juez podrá imponer al imputado cualquiera de las medidas que se indican a continuación: 1) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que le fije. 2) La obligación de presentarse ante el juez o ante la autoridad que él designe. 3) La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 4) El abandono inmediato del domicilio cuando la víctima conviva con el imputado. 5) La prestación de una caución económica adecuada. 6) La detención domiciliaria en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el tribunal disponga; y 7) La prisión preventiva.

Medidas restrictivas en particular

El análisis que haremos en este apartado y su sistematización tiene que ver, principalmente con agrupar el estudio de las medidas que guarden algún tipo de características en común a fin de evitar comentarios a cuestiones obvias y triviales.

Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución. Obligación de comparecer (incs. 1 y 2)

Las medidas contempladas en estos incisos del artículo 186, CPP, aunque *a priori* no lo parezcan, constituyen una medida de coerción ya que limitan las posibilidades de decisión del imputado en relación con sus movimientos o su posibilidad de decidir dónde y cuándo, y si ir o no ir. A partir de ellas, se impone una obligación concreta de hacer, que impide cualquier otro tipo de movimiento o actividad en esa fecha y/u horario determinado, durante el plazo que se establezca.

Estas medidas, opina Julio Maier,[57] son ideales en un procedimiento judicial porque no consisten en el ejercicio directo de la fuerza física estatal que priva compulsivamente de toda o de casi toda libertad personal al sujeto. Más bien, lo amenaza con una consecuencia negativa derivada del incumplimiento de la orden. Por ejemplo, aquel que se encuentre obligado a comparecer a la fiscalía o al tribunal y no lo haga sin justificar debidamente su inasistencia y persista en su incumplimiento, podría generar una sospecha fundada de que podrá darse a la fuga, y todo ello, derivaría en una declaración de rebeldía y posterior orden de detención.

Cabe hacer la salvedad, como lo explica el autor precitado que, no procederá la detención del imputado cuando el delito que se le atribuye en el proceso no prevé pena privativa de la libertad, o si lo prevé que se presente como posible que la eventual condena será de ejecución condicional.

Por fuera de ello, para el caso del inciso 1 se requiere una detallada especificación de la persona o institución designada, mientras que el supuesto del inciso 2 parece útil, especialmente, a efectos de garanti-

57. Maier, Julio B., *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, 2011, T. III, pp. 401-402.

zar las notificaciones del tribunal y, principalmente, cuando se desconoce el lugar de residencia del imputado o ha sido excluido de ella. Sin embargo, exige un compromiso real del imputado para su efectividad y parece poco aplicable para casos en los que su comportamiento procesal no haya sido el adecuado.

Prohibición de salir de un territorio; de concurrir a ciertos lugares o de comunicarse con ciertas personas y abandono del domicilio (incs. 3, 4 y 5)

La idea de tratar el análisis de los incisos 3, 4 y 5 del artículo 186, CPPCABA de manera conjunta tiene que ver con el establecimiento de una lógica entre ellos que guarda relación con un espacio territorial específico.

Aquí la libertad del imputado se ve limitada por la prohibición de salir no solo del territorio argentino en general, sino que también puede darse de un determinado radio específico como puede ser de la CABA o de su provincia o localidad de residencia habitual e, incluso, del lugar donde tiene sede el tribunal.[58]

En cuanto a la obligación de no hacer que pesaría sobre el imputado en relación con el inciso 4, la restricción tiene que ver de alguna manera con evitar el entorpecimiento del proceso dado que, en caso contrario, el acusado podría de alguna manera intimidar a la víctima o testigos de los hechos para que no depongan en un eventual debate o no den la verdadera versión de hechos. El fundamento de esta medida tiene en común con la prisión preventiva el entorpecimiento del proceso; sin embargo, esta limitación a la locomoción es exponencialmente menor a aquella dada la necesidad de neutralizar ese riesgo y de acuerdo con las características y gravedad que rodearon a los hechos. De modo que se presenta como necesario establecer un balance, en términos de proporcionalidad, entre el hecho investigado y la reducción de locomoción a imponerse sobre el imputado. Imaginemos una situación en la que, por ejemplo, el imputado posea una prohibición de acercarse a menos de quinientos metros del domicilio de la víctima pero para acceder al estudio jurídico de su defensor debe, necesaria-

58. López, Patricia, "Comentario a los artículos 174 a 185", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. I, p. 485.

mente, acercarse a trescientos metros de ella. Consideramos que en ese caso, la restricción que pesaría sobre él deberá ser exceptuada.

Por último, la norma prevé "siempre que no se afecte el derecho a la defensa". Cabe destacar que el inciso 4 es el único que realiza esa salvedad y creemos que esa distinción tiene que ver con que no se prive al imputado de mantener un contacto fluido y dinámico con el defensor/a o el equipo de defensores/as.

El inciso 5 establece la posibilidad de excluir al imputado de su propio domicilio en caso de que medien agresiones y la víctima conviva con él/ella. Es decir que son dos los requisitos necesarios para que proceda el dictado de esta medida; no solo que imputado y víctima convivan, sino que también se hayan perpetrado agresiones contra ella.

El primero de ellos podría generar algún tipo de confusión en caso de que la víctima haya abandonado voluntariamente el domicilio para lograr su autoprotección. Pero hay que tener en cuenta que tolerar ese tipo de actitudes podría traducirse en convalidar la victimización de la persona que ha padecido el delito, de modo que en este caso se presenta la posibilidad no solo de ordenar al imputado que abandone el domicilio, sino también de que también la víctima regrese a él.

Pero también sobre este punto se planteó que "[e]l hecho de que el damnificado y el imputado no compartan habitación, no implica que no resulten convivientes, requisito exigido por la norma para la procedencia de la medida bajo análisi[s]".[59]

El segundo de los requisitos que exige la ley es que "se trate de agresiones". Entonces debemos preguntarnos ¿a qué tipo de agresiones se refiere el Código? ¿Solo agresiones penales? O también, ¿pueden presentarse agresiones contravencionales? Entendemos que la medida es procedente en uno u otro caso sin distinción. En el caso de delito no es discutible la cuestión ya que en ese supuesto no podría

59. "[E]n el caso, surgía de las constancias de la causa que tanto la imputada como las damnificadas cohabitaban en un hogar de tránsito provisto por el IVC, el cual, sin perjuicio de que las familias contaban con habitaciones individuales, se trata de una casa antigua que poseía espacios comune[s]" (CAPPJCyF, Sala I, "Cardozo, Carina", 09/10/2015). En el mismo sentido: CAPPJCyF, Sala I, "Olivera, Rodolfo Sebastián", 07/11/2014: "[d]ada la circunstancia en que si bien la vivienda cuenta con puertas independientes, se trataba de una misma estructura edilicia, por lo que la presencia del imputado podría poner en riesgo no solo a la denunciante sino al resto de las personas que allí habitaba[n]".

plantearse ningún tipo de agravio o planteo vinculado con el principio de legalidad constitucional.

Para la concurrencia de una contravención el planteo ya se torna un poco más pantanoso porque bien podría alegarse que el régimen procesal contravencional –por fuera de lo prescripto en la Ley Nº 26485– no prevé específicamente un sistema de medidas cautelares sobre el imputado en los términos aquí planteados. Sin embargo consideramos que por "agresiones" no necesariamente debe entenderse comisión de delito, sino que contravenciones como el hostigamiento, la intimidación o el maltrato hacia otro también pueden tener lugar, incluso, a partir de una interpretación armónica de estos preceptos con el artículo 6 de la Ley Nº 12, en cuanto prevé como aplicación supletoria del CPPCABA al régimen contravencional.

Establecidas esas precisiones, el abandono del domicilio se fundamenta ya no en el peligro de fuga o entorpecimiento del proceso como medidas cautelares, sino en otros intereses como la salud física o psíquica de las víctimas.

Por su parte, se ha dicho que su interpretación debe ser compatibilizada con el artículo 38, inc. c) –a cuyo comentario nos remitimos– y que implica un análisis global en cuanto, tanto en unas medidas como en las otras, no se exige para que proceda su imposición el fin de alcanzar los objetivos del proceso –averiguación de la verdad y neutralización de riesgos procesales–, sino que, por el contrario, lo que se busca y resulta aconsejable es velar por el aseguramiento de un interés superior como la tutela de la integridad de la víctima y la evitación de repetición de ese tipo de actos de violencia que se dan en el núcleo de la convivencia.[60]

Según Corbo "[p]ara que la obligación supere el control de constitucionalidad, parece poco discutible que la exclusión del lugar o la limitación del vínculo con determinadas personas debe aparecer ligada a los hechos de la caus[a]".[61] Este requisito no resulta exclusivo

60. López, Patricia, "Comentario a los artículos 174 a 185", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal..., op. cit.*, T. I, p. 487. Si bien se trataba de un caso un de violencia de género, se ha dicho que "[E]l fundamento de la adopción de las medidas de esta naturaleza es intentar evitar toda exposición de violencia durante el proceso y proteger a las víctimas (directas e indirectas) de esas situaciones perturbadoras.

61. Corbo, Pablo, "Comentario a los artículos 26 a 28", en D'Alessio, Andrés; Divito, Mauro (dir.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2011, T. I, p. 286.

de esta medida en particular, no obstante, imponer una prohibición de acercamiento a un domicilio o a una persona, o el abandono de un domicilio que nada tenga que ver con el hecho investigado parece absurdo, pues el objetivo de esta restricción no es otro que la protección de quien/es podría/n ser víctimas.

De más está decir que debe darse preeminencia al principio de subsidiariedad, el que sugiere que esta medida también será conducente cuando no existan otras menos lesivas que cumplan con la misma finalidad de protección a las víctimas y para ello, se sostuvo que "[l]a fiscalía debe lograr demostrar la existencia de un peligro actual para la denunciante que justifique la adopción de la medid[a]".[62]

Suspensión para detentar cargos e inhabilitación para conducir (incs. 6 y 8)

Por otro lado, respecto de los incisos 6 y 8, si bien se trata de dos restricciones distintas, ambas traen aparejado el mismo cuestionamiento: ¿es una restricción razonable para quien, en principio, ha sido imprudente en el ejercicio de su profesión o en el uso de un vehículo o, por el contrario, configura un anticipo de pena?

Previo a abocarnos sobre cada uno de ellos, adelantamos que cuando el inciso 6 menciona "suspensión" para detentar cargo público o privado, lo hace en el mismo sentido de la inhabilitación para conducir. Por ese motivo, el tratamiento de ambas cautelares será realizado de manera conjunta en este apartado.

Los supuestos que establecen estos incisos son similares a los previstos en los artículos 310[63] y 311 bis del CPPN,[64] respecto del cual

62. CAPPJCyF, Sala II, "González, Claudio Fabián", 05/09/2014.

63. CPPN, artículo 310. "Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se le señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad [...]"

64. Ibìdem,artículo 311 bis."En las causas por infracción a los arts. 84 y 94 del Código Penal, cuando las lesiones o muerte sean consecuencia del uso de automotores, el Juez podrá en el auto de procesamiento inhabilitar provisoriamente al procesado para conducir, reteniéndole a tal efecto la licencia habilitante y comunicando la resolución al Registro Nacional de Antecedentes del Tránsito. Esta medida cautelar durará como

se ha dicho en numerosas ocasiones que el principio de inocencia del que goza todo imputado sometido a un proceso solo se pierde una vez acreditada su culpabilidad mediante el dictado de una sentencia condenatoria.

Pero aquí, otra vez, nos encontramos ante dos supuestos diferentes. El primero de ellos tiene que ver con la inhabilitación que se impone, siempre como medida cautelar, para ejercer algún cargo público o privado.

El requisito para su procedencia, como con claridad establece la norma, es que el imputado haya cometido el delito en ejercicio de la función pública o privada, es decir, el presunto autor debió haberlo cometido durante el desempeño de sus labores o sus funciones. Asimismo, cuando habla de la función pública, entendemos que alude tanto a empleados como a funcionarios, sin distinción alguna.

Para D'Albora la constitucionalidad de estas medidas en general es cuestionable porque se impondrían como un adelantamiento de pena aún no impuesta y podría acarrear situaciones de imposible reparación ulterior como, por ejemplo, dice, el caso en que se imputa por homicidio culposo a un médico por mala praxis, se lo priva de ejercer su profesión y luego se lo absuelve.[65]

Vélez Mariconde,[66] por su parte, y sin entrar en el planteo constitucional, aduce que el juez es quien debe verificar la necesidad de la medida. Pero Chiara Díaz sostiene que debe ser adoptada como una medida cautelar, instrumental y asegurativa de los fines del proceso cuando fuera absolutamente indispensable a fin de averiguar la verdad sin entorpecimientos de parte del imputado o con el objeto de permitir el desarrollo secuencial del procedimiento, de modo que

mínimo tres meses y puede ser prorrogada por períodos no inferiores al mes, hasta el dictado de la sentencia. La medida y sus prórrogas pueden ser revocadas o apeladas. El período efectivo de inhabilitación provisoria puede ser computado para el cumplimiento de la sanción de inhabilitación solo si el imputado aprobare un curso de los contemplados en el artículo 83, inciso d), de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial". (Artículo incorporado por art. 93 de la Ley N° 24449).

65. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación comentado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 8ª ed., 2009, pp.536-537.

66. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, T. II, p. 547.

"[n]unca podrá asumir la calidad de anticipo de una eventual condena o ser en sí misma retributiva de la probabilidad delictua[l]".[67]

Navarro y Daray, en esa misma línea, explican que la jurisprudencia mayoritaria optó por convalidar su constitucionalidad de manera implícita al revocarla por falta de fundamentación y necesidad al igual que al momento de confirmar su imposición cuando … [s]e señaló que "tal decisión no implica una afectación al principio de inocencia… ya que si bien no es necesaria […] para alcanzar los objetivos del proceso […] sí es aconsejable para asegurar un interés superior […] constituye una prudente restricción […] No se trata de una pena anticipada, sino de una medida precautoria que, como el embargo o la prisión preventiva, restringe anticipadamente derechos reconocidos pero que pueden ser limitado[s]".[68]

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional optó por declarar la inconstitucionalidad de la inhabilitación para conducir prevista en el artículo 311 bis, CPPN[69] con el argumento de que no constituye una medida que asegure la averiguación de la verdad ni que vaya a impedir la fuga del imputado; fines que debe perseguir toda medida cautelar, además de resultar contraria a la CN por afectación al estado de inocencia.[70]

Divito, con un distintivo matiz, sostiene que el artículo 311 bis, CPPN faculta al juez a decretar la imposición, no impone su dictado, por lo que, a su entender,

67. Chiara Díaz, Carlos, "Las medidas de coerción en el proceso penal. A propósito de un fallo acertado", en *LL* 2001-D-735.

68. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Naciòn, anàlisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, 5ª ed., 2013, T. I., pp. 547-548.

69. Aludimos y nos referimos a esta norma en tanto equivalente con el art. 186, inc. 7, CPPCABA.

70. CNA.Crim y Correc., Sala I, "I., O. L. s/ Procesamiento-inhabilitación para conducir-restitución", 04/06/2021, votos de los jueces Rimondi y Lucero. En el mismo sentido: CNA.Crim y Correc, Sala I, "R., O. A.", 05/07/2012, votos de los jueces Rimondi y Bunge Campos, con disidencia del juez Barbarosch quien, al respecto señaló que "[n]o cabe censura a los efectos de disponer la inhabilitación provisoria para conducir vehículos aun cuando no fuera una sanción impuesta como resultado de una condena. Es una atribución del juez inhabilitar al imputado ejerciendo la función jurisdiccional que le corresponde, en salvaguarda del bien jurídico tutelado que está en consideración, es decir, delitos contra la vida".

> … aquella solo procederá si encuentra suficiente justificación a partir de las singularidades del caos, fundamentalmente porque importa una severa restricción para los derechos del imputado que, por imperio de lo establecido en el artículo 2 del código adjetivo, debe ser interpretada con criterio restrictivo.[71]

Frente al argumento de que la finalidad de dicha medida cautelar responde a razones preventivo-especiales y de evitar reiteración de conductas, se ha dicho que una restricción cautelar como esta no puede basarse en esos fines y que, en cuyo caso, "[s]u mantenimiento en el tiempo no haría más que convertirla, en todo caso, en una pena anticipad[a]". Además, allí también se dijo que en tanto el hecho fue calificado como lesiones leves dolosas, ese tipo penal no preveía la inhabilitación como sanción específica, sino únicamente, la de prisión y que, en virtud de ello –como ocurre con la prisión preventiva– esa medida de coerción requiere para su imposición que el tipo de restricción –inhabilitación– se encuentre prevista también como sanción penal en caso de una eventual condena.[72]

Disímil fue el criterio adoptado en un caso de lesiones imprudentes donde, si bien el Dr. Delgado votó tachando de inconstitucional el cuestionado inciso 8, la mayoría de los jueces consideraron que esta medida cautelar tiene como fin proteger un interés superior de la ciudadanía a circular por la vía pública con la existencia del menor riesgo posible, lo cual no conculca con el principio de inocencia, "[e]l cual puede ser solamente derribado a través de una sentencia condenatoria

71. Ibídem, Sala VI, "D., J. H. s/ inhabilitación", 23/10/2014. Allí el magistrado también agregó que al tratarse de una medida cautelar, de acuerdo con el principio de excepcionalidad, debe realizarse una interpretación restrictiva y acotar sus alcances a los supuestos en que "las circunstancias concretas de la causa tornan indispensable acudir a la interdicción, de modo que esta se encuentre justificada por razones cautelares y no parezca como un adelanto de la sanción… a falta de razones que demuestren la necesidad de limitar –a estas alturas– el derecho de conducir del que aún goza, no procede su aplicación preventiva." En ese mismo precedente, el juez Filozof dijo que la medida no guardaba proporcionalidad con el resultado producido por el accidente investigado y que, además, la inhabilitación afectaría el derecho a trabajar porque el imputado se dedicaba a conducir un vehículo de alquiler con el que supuestamente había cometido el evento.

72. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'Suffloni, Mario Jorge sobre 89 - Lesiones leves'", 15/03/2021.

firme, ya que solamente importa una restricción fáctico-jurídica en el marco del proces[o]".[73]

En definitiva, si bien, como hemos desarrollado, son muchas las voces que consideran que la imposición de esta medida cautelar implicaría la aplicación de una pena anticipada de inhabilitación, ya que los artículos 84 y 94 del CP prevén como pena la aplicación de tal sanción que es una de las enumeradas expresamente en el artículo 5 del Código Penal, y que dista mucho de ser una 'medida cautelar' porque se trata claramente de una pena,[74] hay otras opiniones que abogan por ser aún más cautelosos en evaluar su aplicación y que no siempre ella podrá ser tachada de inconstitucional.

En conclusión, no debe perderse de vista que, tratándose de una medida cautelar (o tratada como tal) rige el principio de excepcionalidad, el que necesariamente conduce a la interpretación restrictiva de su aplicación. Para quienes sostengan su constitucionalidad, se impondrá un alcance muy acotado a los supuestos en los que resultara necesaria la restricción.

El plazo mínimo que, en todo caso, debería durar esta medida cautelar es de tres meses, prorrogable por períodos no inferiores al mes, hasta el dictado de la sentencia. Es curioso que se haya escogido ese término y que, incluso, de los debates parlamentarios no surja discusión alguna al respecto, dado que el establecimiento de un plazo mínimo se da de bruces con toda la teoría general de cualquier medida de coerción. En particular, con el principio de necesidad. Mínimos se

73. Ibídem, Sala III, "Locatelli, Gabriel Alejandro s/ art. 94 bis, CP", causa N° 24674/2022, 13/06/2022.

74. CNA.Crim y Correc, Sala I declaró inconstitucional el artículo 311 bis del CPPN, que autoriza a los jueces a inhabilitar temporalmente para conducir a imputados en causas por hechos de tránsito mientras se sustancia el proceso hasta una eventual sentencia condenatoria, ("S. L. J. s/ Procesamiento e inhabilitación para conducir", causa N° 35702). Mismo criterio sostuvo en "Wasserman, Diego", causa N° 7299, 08/09/1997; "Castro, Maximiliano", causa N° 7519, 11/09/1997 y, en casos análogos en los que se imponían otro tipo de prohibiciones (como la de concurrencia a determinados lugares) en "Di Zeo, Fernando s/ procesamiento y prórroga de concurrir a estadios deportivos", causa N° 20865, 18/07/2003; "Ibáñez, Roberto Joaquín y otros s/ prohibición de concurrir a estadios deportivos", causa N° 23150, 23/03/2004 y "Fernández, Emilio Héctor s/ abstención", causa N° 23552, 04/06/2004, entre otras.

establecen para las penas. Una medida cautelar debe durar solo lo necesario para neutralizar el peligro de que se trate.[75]

Tan es así que, en el siguiente párrafo, la norma indica que el período de inhabilitación puede ser computado para el cumplimiento de la sanción de la misma naturaleza solo si el imputado aprobare un curso de los contemplados en el artículo 83, inc. d) de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial, es decir, un curso de capacitación y educación para el correcto uso de la vía pública. Adviértase en este caso que según la letra de la ley se podría imponer una medida que en los hechos es una inhabilitación la cual luego, en caso de condena, podría no llegar a computarse cuando dicha sanción se imponga.

Si se piensa el mismo caso reemplazando esta supuesta cautelar por la prisión, llegaríamos al absurdo de considerar que los días que alguien pase en prisión preventiva luego podrían no contar para una eventual pena de prisión, lo que sería francamente inconcebible.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho[76] que en el ámbito del Derecho vivo –en el campo del ser– las medidas cautelares tienden a perder su carácter meramente provisional y a caer ellas mismas presas del fenómeno que procuran remediar, esto es, que el paso del tiempo convierta en tardía e inútil la decisión final del pleito. Esto, a su criterio, borra su esencia misma y hace desaparecer su provisionalidad, dado que la cautelar agota o suple en buena parte el contenido mismo de la pretensión jurídica e impulsa a quien la solicitó a prolongar indefinidamente por todos los medios procesales a su alcance la decisión final, que llega cuando carece de toda importancia. Los ministros Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni advirtieron que si bien es cierto que en casos muy excepcionales –en función de la naturaleza de los bienes en juego– puede llegarse a sacrificar en buena medida dicha provisionalidad, ello no debe ser así en asuntos que versen sobre daños reparables, en que la vigencia de la medida cautelar no puede quedar librada a la extensión temporal de un juicio ordinario, cuya excesiva duración puede convertirla en los hechos en sentencia definitiva.

75. Aquí se observa una muestra clara del porqué de los cuestionamientos a la constitucionalidad de esta medida.

76. CSJN, Fallos: 334:259, "Radio y Televisión Trenque Lauquen SA", 15/03/2011.

Así las cosas, las cautelares deberían ser cuidadosamente limitadas en el tiempo, mediante plazos razonables, atendiendo al gravamen que la medida puede causar a futuro, a las características del proceso, y a su prolongación, entre otras circunstancias.

De este modo, si se ha entendido que estas medidas no deben ser ejercidas sin más y que es conveniente que se fije un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar, la imposición de un mínimo temporal, como dijimos, parece irrazonable e incompatible con su espíritu, máxime cuando, considerando la naturaleza excepcional y transitoria de esas restricciones, la Corte IDH ha señalado que los Estados tienen el deber de revisar periódicamente la vigencia de las circunstancias que motivaron la aplicación. Dicho de otro modo, ¿cuál sería la razón de mantener una medida cautelar si el riesgo procesal que motivó su imposición ya se desvaneció?

Arresto domiciliario (inc. 7)

El arresto del imputado en el propio domicilio o de un tercero, se trata de una medida de confinamiento fuera de un establecimiento carcelario. Quien se encuentra obligado a cumplirlo en tales condiciones no puede, salvo expresa autorización judicial o fiscal, ausentarse del domicilio designado para su cumplimiento. Nos referimos a la autorización judicial en caso de que la medida restrictiva haya sido impuesta por el tribunal, de modo que su control y supervisión estará bajo su cargo. En cambio, por autorización fiscal entendemos que tiene lugar cuando la medida fue acordada entre las partes; allí quedará a cargo de la fiscalía su ejecución, control, supervisión, y eventuales autorizaciones de salida.

Es facultativo para el magistrado que la disponga imponer o no vigilancia, ya sea a través de un dispositivo electrónico, una consigna policial o de cualquier otro mecanismo que resulte útil para el caso en concreto.

Esta restricción es de aquellas que ha requerido mayores esfuerzos para su implementación, principalmente debido a los mecanismos electrónicos de vigilancia puestos en marcha, que han traído numerosas complicaciones en la práctica diaria. Ello se ha dado especialmente por: a) su aplicación limitada por la falta de dispositivos, por su alto costo, que ha ocasionado largas listas de espera; b) la falta de efectivi-

dad en el control y monitoreo en algunas zonas, principalmente marginales, que implican obstáculos en el acceso a esta medida por parte de personas en situación de pobreza o con bajos ingresos; c) la demora en la noticia de los distintos "eventos" (posibles incumplimientos), lo que implica falta de inmediatez en la comunicación con el organismo que tiene a su cargo el control de la detención y por ende, la decisión y d) la inadecuada coordinación entre autoridades involucradas, en tanto no existen convenios entre las distintas jurisdicciones (sobre todo entre provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma) que permitan el control en extraña jurisdicción.

Un punto que necesita ser abordado es la cuestión sobre las prisiones domiciliarias acordadas entre las partes. La ley no es lo suficientemente clara, o al menos no lo deseable, sobre si esta restricción puede ser impuesta por el titular del Ministerio Público Fiscal.

A juzgar por la interpretación armónica de la ley, la respuesta parece ser afirmativa; particularmente, porque cuando el artículo 186 remite al 184, no realiza una diferenciación entre algunas medidas restrictivas y otras. Simplemente, la norma establece que en caso de conformidad de la defensa, no será necesaria la convalidación judicial. Nótese que, en la práctica judicial, es moneda corriente la aplicación de este tipo de medidas por parte de la acusación pública, mediando consentimiento del imputado/a y su defensa y, como se dijo, estas no requieren convalidación judicial. Sin embargo, y más allá del nombre que se le atribuya, no deja de ser una detención en la que los días sufridos bajo esta modalidad cuentan a los efectos de un eventual cómputo de pena. Es que la persona se encuentra encarcelada cautelarmente pero en un contexto menos riguroso que el de un complejo penitenciario.

Pareciera que, en este escenario donde no existe agravio, llevar adelante una audiencia para evaluar su procedencia cuando las partes se encuentran conformes con el acuerdo celebrado no resultaría necesario sino sobreabundante y dilatorio, pero es recomendable que el juzgado de garantías sea anoticiado y lleve un registro de aquellos para mantener un control, principalmente a los efectos de analizar su duración.

Cabe resaltar que el arresto domiciliario como medida cautelar se diferencia de la prisión domiciliaria en su carácter de pena –artículo 10, CP–, ya que el primero es más amplio respecto a las causales para su procedencia porque es aplicable en los mismos supuestos previstos

para los penados –artículo 11, Ley Nº24660– (porque el encierro cautelar no puede ser peor que el punitivo) pero, además, es aplicable "[e]n todos aquellos casos en que, sin encuadrar en las causales para condenados, baste para garantizar el cumplimiento de los fines del proceso sin que sea necesario recurrir a la cárcel".[77]

Como ya hemos señalado en el comentario al capítulo anterior, al arresto domiciliario como medida restrictiva se lo debe equiparar a la prisión preventiva con las características propias de ella y con sus mismos requisitos, o sea, acreditación de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso.[78]

Aquí cabe poner acento en que, al ser una medida idéntica –en cuanto a sus características– a la prisión preventiva, más allá del lugar donde se esté ejecutando, el hecho de que exista disociación de jurisdicciones entre juzgados nacionales y de la CABA, puede traer inconvenientes frente a una eventual condena y cómputo de pena por existir la posibilidad de que el arresto domiciliario sea dispuesto de manera consensuada entre las partes y no mediante decisión jurisdiccional. Lo que queremos remarcar en este punto es que, al existir la posibilidad de que el arresto domiciliario no sea impuesto por un juez y, tras ello, se disponga la incompetencia –por ejemplo– en favor de la justicia en lo criminal y correccional nacional, puede llegar a dudarse si esa medida cautelar acordada puede, luego, ser tenida en cuenta frente a un eventual cómputo de pena. Una situación análoga podría plantearse si la medida cautelar subsiste durante la investigación penal preparatoria y, tras celebrarse el juicio, se pretende que los días en arresto domiciliario –acordado– sean tenidos por compurgados como días sufridos en detención.

77. Hairabedián, Maximiliano, *Código Procesal Penal Federal comentado. Doctrina y jurisprudencia aplicables*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2021, p. 431. La jurisprudencia allí citada sostuvo que "[l]a procedencia de la medida debe contemplar la diferente naturaleza entre esa disposición y los arts. 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660 y los presupuestos fácticos contenidos en esas últimas normas-, en tanto la primera responde a un cambio de paradigma en materia de apreciación de la libertad como regla durante la sustanciación del proceso. La correcta inteligencia de la norma en trato es asignarle el sentido eminentemente procesal que tiene, por lo que no obstante no se verifiquen los supuestos previstos en los arts. 10 del CP ni 32 de la ley 24.660, si luego de ponderarse íntegramente los riesgos procesales es posible sostener que el arresto domiciliario resulta suficiente para que aquellos puedan ser neutralizados, la adopción de esa medida debe ser tomada en consideración". (CFCP, Sala I, "Minnicelli", 23/12/2019).

78. Obviamente, ello no se aplicará en caso de acuerdo entre las partes.

Desde nuestro punto de vista no existe la menor duda de que la respuesta a tales interrogantes debe ser afirmativa en el entendimiento de que el arresto domiciliario es equivalente a la prisión preventiva propiamente dicha, y como medida cautelar restrictiva de la libertad en su máxima expresión. Por lo tanto, los días sufridos en arresto domiciliario sean impuestos por el juez o por el fiscal con consentimiento del imputado y la defensa deben eventualmente ser considerados como tiempo sufrido en detención computables a los efectos de una eventual condena.

Medidas restrictivas impuestas en contexto de violencia de género

En otro orden es dable recordar, sobre las previsiones del Derecho Internacional en Argentina, que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará obliga a los Estados parte a perseguir todas formas de violencia contra la mujer y, para ello, nuestro país se comprometió a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Entre otros objetivos, enumera la necesidad de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer y, precisamente, encomienda la adopción de medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

En esa línea, mediante el artículo 1 de la Ley local Nº 4203, se determinó que "la Ciudad de Buenos Aires adhiere a la Ley Nacional Nº 26485 'de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales". Ello fue receptado por el Código Procesal en su artículo 187, autorizando al Ministerio Público Fiscal, cuando los hechos denunciados se dieran en un contexto de violencia contra la mujer y –aclara– existieran razones objetivas para suponer que se encuentra en riesgo la salud o la integridad física o psíquica de la mujer presuntamente víctima, a solicitar al juez la imposición de las distintas medidas restrictivas previamente enumeradas, ampliando el catá-

logo a aquellas preventivas urgentes previstas en el artículo 26 incs. a) y b) de la Ley Nº 26485.

Este artículo autoriza al juez/a interviniente a ordenar, durante cualquier etapa del proceso, una o más de las medidas que allí se enumeran, de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres. Es importante destacar que estas medidas, distintas a las enumeradas en el artículo 186 que solo pueden ser dispuestas a petición de la acusación, pueden ordenarse aun de oficio por el tribunal, en tanto su fundamento no es otro que resguardar a la presunta víctima y a su integridad. Ello es así en tanto el artículo 26, inc. a) de ese cuerpo normativo es claro al establecer que "el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte…". Es decir que la posibilidad que la ley otorga a los jueces frente a la adopción de medidas cautelares en un contexto de violencia de género es mucho más amplio que en otro sin estas características.

Ese criterio, aunque de manera un tanto implícita, fue convalidado por la jurisprudencia local[79] al evaluar que en el caso se presentaba una situación de vulnerabilidad de las víctimas, un contexto de violencia de género y que los hechos se encontraban probados con el grado de convicción necesario para esa etapa teniendo en cuenta lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia[80] al establecer

> … que el testimonio de la víctima sea el elemento de juicio determinante de la imputación dirigida no invalida sin más la condena, puesto que la

79. CAPPJCyF, Sala II, "Incidente de apelación en autos 'Z., G. R'", causa Nº 13597/2020-2, 11/05/2022. En este precedente, el Dr. Delgado emitió su voto en disidencia por sostener que ni el imputado ni el asesor de menor habían participado de la audiencia con la víctima y que el primero de ellos se había visto privado de ejercer su derecho de defensa. Además, el magistrado consideró que se vulneró el principio acusatorio porque la jueza de la instancia anterior dispuso las medidas sin petición fiscal y que, a su entender, "[e]l ministerio público fiscal en ningún momento peticionó la audiencia celebrada por la magistrada de grado, las medidas restrictivas o la cuota alimentaria impuesta. En consecuencia, la magistrada se subrogó en las facultades de la fiscalía en cuanto a que esta última es la titular de la potestad de solicitar medidas que restrinjan derechos del imputado; caso contrario, cuál es el objetivo de un juez de garantías, sino el de oficiar como moderador entre los intereses de las partes".

80. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 *bis* CP'", 11/09/2013.

contingencia de que el evento haya tenido lugar en solitario, justifica suficientemente que la fuente principal de comprobación remita a esa exposición.

En otra línea, hay quienes han entendido que este tipo de medidas no requieren, necesariamente, la existencia de un peligro de fuga o entorpecimiento del proceso, pues su procedencia se encuentra supeditada a otros intereses, como lo es la salud física o psíquica de las presuntas víctimas para intentar evitar que se repitan situaciones de violencia.[81] Otros, en cambio, han entendido que el hecho de que la víctima se encuentre inmersa en un contexto de violencia de género, en ciertos casos le impide analizar el riesgo y ponerse en resguardo, lo que implica que el denunciado pueda influir en ella. A su criterio, ello supone un peligro de entorpecimiento del proceso.[82]

De uno u otro modo, prima por sobre todo, la necesidad de neutralizar el peligro al que la denunciante se encontraría expuesta, a partir de la imposición de medidas expeditivas y eficaces, cuando existan razones suficientes para suponer que se encuentra en riesgo su salud o integridad física o psíquica, con el objetivo de resguardarla. Tanto es así, que el procedimiento para su aplicación es notablemente distinto al de las medidas genéricas enumeradas y analizadas previamente. Nótese que la decisión de imponer las medidas cautelares en cuestión no es producto del contradictorio entre las partes, sino que, por imperio de la propia Ley Nº 26485 y por su naturaleza, inicialmente se decretan de forma unilateral. Así, el artículo 28 de la ley precitada impone la fijación de una audiencia, la que debe ser llevada a cabo, bajo pena de nulidad, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de ordenadas las medidas del artículo 26, o si no se adoptara ninguna de ellas, desde el momento que tomó conocimiento de la denuncia. Recién allí se escuchará al presunto agresor,

81. CAPPJCyF, Sala III, "Núñez, José Luis", 24/06/2015.

82. Ibídem, Sala de Feria, "D. S., C.", causa N° 10602/2020, 24/06/2020. Allí el voto de la Dra. Marum y el Dr. Bosch sostuvo que "[s]in embargo, la víctima se encuentra inmersa en un contexto de violencia de género, y en atención al vínculo y el estado psicoemocional que posee que le impide visualizar el riesgo y ponerse a resguardo –conforme informe del Equipo de Atención a Víctimas de Violencia Familiar y Sexual–, el encausado podría influir en ella, e implicar un entorpecimiento del proceso. En efecto, cabe afirmar que en autos concurre el peligro de entorpecimiento del proceso, en los términos del artículo 171 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

quien podrá en ese momento cuestionarlas, respetando así su derecho de defensa y, en consecuencia, podrán ser revisadas.[83]

Además de ello, amén que el Código lo haya omitido mencionar de forma expresa, lo cierto es que tal artículo debe ser a la vez compatibilizado con la Ley Nº 26743 de identidad de género a fin de evitar adoptar criterios estereotipados al momento de analizar un caso de violencia de género, pues ya no es admisible entender al género desde el binomio masculino/femenino.

Es interesante mencionar que se ha discutido si, en caso de que las medidas de protección sean acordadas por las partes, resultaba necesario que el tribunal las volviera a imponer. Esa situación se originó a raíz de planteos de atipicidad del delito de desobediencia a la autoridad –artículo 239, CP– cuando el imputado incurría en algún incumplimiento de ellas.

En nuestra opinión, de sostenerse la atipicidad de la conducta se desnaturalizaría la idea de que las medidas de protección impuestas a la víctima puedan ser consentidas por la defensa.

En este mismo sentido explicaron los jueces Marum y Vázquez que

> … este tipo de conductas encuadran jurídicamente en las previsiones del artículo 239 del CP. Ello así, cabe distinguir este tipo de casos, de aquellos en los que el incumplimiento de la orden impartida tiene prevista una sanción especial. En efecto, un repaso por las diferentes normas penales de fondo y de forma demuestra que el no acatamiento de una serie de disposiciones legales ya tiene previstas consecuencias jurídicas. En este sentido se puede resaltar, a modo de ejemplo, que el incumplimiento de la libertad condicional tiene como consecuencia su revocatoria. Lo propio, surge del quebrantamiento de las condiciones impuestas en la suspensión del proceso a prueba con la consecuente celebración del debate (arts. 27 y 76 *ter* del CP). Sin embargo, el presente supuesto no puede asimilarse a dichas situaciones. En efecto, la medida cautelar constituye una orden manifiestamente legal emitida por un órgano competente para ello y mediante el mecanismo procesal previsto. Se trata de una medida instrumentada ante la constatación de sucesos con indicios de verosimilitud de que en el marco de una relación de pareja conflictiva existía un cierto peligro si no se adoptase. Estas medidas cautelares, en caso de que se verifiquen los extremos

83. En la práctica muchos/as jueces/zas no fijan la audiencia sino que le hacen saber al imputado que puede solicitarla si desea que las medidas sean revisadas.

> que justifican su dictado, se regulan por diferentes normas procesales y contemplan situaciones de urgencia que no pueden ser atendidas de otra manera y que no prevén una sanción específica en caso de incumplimiento. Nótese en este sentido que el artículo 32 de la Ley Nº 26485 tan solo establece que el incumplimiento de las medidas ordenadas le otorga al juez la facultad de evaluar la conveniencia de modificarlas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras y especificando que cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal. Es decir, carece de sanción jurídicamente relevante.[84]

En este mismo sentido se expidieron los jueces Bosch y Franza.[85]

Embargo

En cuanto a la aplicación del embargo –artículo 189, CPP–, cabe mencionar que se trata de una medida cautelar de tipo económico que tiene como destino asegurar la ejecución de la pena pecuniaria, la indemnización civil derivada del daño y las costas del proceso. Este artículo determina con qué fines puede disponerse el embargo y, a diferencia del CPPN, no es obligatoria su aplicación,[86] sino que es dejada a criterio del juez. Del mismo modo, nuestro ordenamiento procesal prevé que ella sea dispuesta a pedido del/de la fiscal y/o de la querella, de modo que únicamente será impuesta a pedido de una parte interesada en la medida.

Por otro lado, puede solicitarse esta medida aun cuando el actor civil no se haya constituido como tal porque, precisamente, su finalidad radica en proteger el eventual ejercicio de un derecho.[87]

Al respecto y, en un caso donde el juzgado de primera instancia rechazó la solicitud de embargo impetrada por la fiscalía y la querella, la sala II de la cámara de apelaciones consideró que la medida cautelar bajo análisis únicamente le corresponderá a quien promueva acción

84. Ibídem, Sala II, "O, A. H. y otros sobre 89 - lesiones leves", causa Nº 96965/2021-0, 07/06/2022.

85. Ibídem, Sala III, "Incidente de apelación en autos 'T., A. A. sobre 92 - agravantes (conductas descriptas en los artículos 89 / 90 y 91)'", causa Nº 47750/2019-1, 04/04/2022.

86. CPPN, art. 518.

87. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, 5ª ed., 2013, T. I., p. 518 y ss.

civil pero no al mero querellante. Además, los camaristas agregaron que si bien la damnificada había formulado denuncia y se había constituido en querellante, no había exteriorizado su voluntad de ejercer la acción civil en ese proceso, sino que, por el contrario, había expresado que la ejercería en la sede civil mediante la pertinente demanda.

Respecto al plazo para solicitarla indicaron lo siguiente: "Dado que esa facultad de la parte precluye con la formalización del requerimiento de juicio (art. 14 CPP) y que a la fecha no lo ha presentado, habiendo sido notificada en los términos del artículo 219 del citado cuerpo legal, el pasado 30/12/20,[88] no corresponde hacer lugar a una media cautelar que tenga por fin garantizar un derecho que la peticionante no quiere hacer valer en autos".[89]

Al tratarse de una medida cautelar, podrá ser solicitada en la medida en que sea necesario para impedir que la pretensión –o eventual pretensión– corra peligro y se den los demás presupuestos para su admisibilidad, de modo que también deberá probarse la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora de su aplicación.

Ahora bien, para que sea viable su concesión, distintos son los aspectos que deben tenerse en cuenta al momento de fijar su monto, los cuales deben consistir, especialmente, en la naturaleza del hecho investigado; si en el tipo penal en que se subsumió la acción concurre pena pecuniaria; y si se presentarán damnificados que puedan reclamar indemnización civil; además de las condiciones personales del imputado.

En este mismo sentido y en la jurisprudencia antes citada, se ha expedido la Cámara del fuero al indicar que

> … toda vez que el delito que se le imputa al Sr. Galindo no tiene prevista una pena pecuniaria, que no se han especificado los gastos que irrogaría el proceso, que no se ha ejercitado la acción civil en la presente causa penal sino que al contrario se ha expresado que se iniciará en el fuero civil y que la medida cautelar que aquí se peticiona sería para resguardar los fines de otro proceso, no corresponde disponer el embargo solicitado a efecto de garantizar la efectividad de las eventuales responsabilidades

88. Ver en sistema EJE Actuación N° 16878616/2020 y constancias adjuntas en la Actuación N° 138397/2021.

89. CAPPJCyF, Sala II, "Incidente de apelación en autos 'Galindo Rivas, Jorge Santiago sobre 94 bis - Lesiones por conducción imprudente", causa Nº 15468/2020-1, 17/02/2021.

> monetarias del encausado, inherentes a la comisión de la figura delictiva que se le achaca.[90]

Por fuera de ello, deberá valorarse distintas situaciones particulares, como por ejemplo, si se realizó alguna tarea pericial que incremente el valor de las costas del proceso o, incluso, si los imputados contaron con asistencia técnica particular o pública. En ese sentido se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal al tener en cuenta estas cuestiones para reducir el monto del embargo que se había dispuesto.[91] Contar con defensa oficial podrá ser un aspecto tenido en cuenta para solicitar la reducción del monto del embargo. Ese criterio fue sostenido por los integrantes de la sala V de la Cámara del crimen al establecer que

> Resulta adecuado trabar embargo por un monto superior al establecido por el juez de grado conforme reclama la querella en la causa en la que se debate la suma fijada, por cuanto luce insuficiente a los fines de cubrir los rubros pertinentes y demás gastos originados en virtud de la tramitación de la causa, máxime si se considera que las partes actuaron durante todo su desarrollo y en ambas instancias, con letrados particulares.[92]

Otra situación interesante a la hora de mensurar su monto, es evaluar el grado de participación del imputado con el hecho que se le atribuye[93] pues, como es sabido, distinta será la responsabilidad que le incumba al autor que a los partícipes y, en esa medida, deberá ser fijado el monto del embargo.

En definitiva, si bien la determinación del monto del embargo depende de un universo casuístico, existen ciertos parámetros como la concurrencia de pena pecuniaria, el daño causado por el hecho, la asistencia letrada oficial o particular, la presentación del actor civil, el número de damnificados, el grado de participación del imputado en el hecho y sus condiciones personales, que pueden tenerse en cuenta al momento de fijar su valor.

---

90. Ídem.

91. CNACrim. y Correc., Sala I, "F. K. y otro s/ legajo de apelación", causa N° 13706/2018/1/CA001, 04/11/2021.

92. Ibídem, Sala V, causa N° 25559/2020/2/CA4, 05/02/2021.

93. Ibídem, Sala VI, causa N° 7434/2014, 22/03/18.

Por último, adviértase que nuestro Código Procesal, a diferencia del CPPF, es un tanto más restringido en cuanto a los objetivos fijados por el embargo que se reducen a garantizar las costas del proceso y el daño causado por el delito, mientras que en el artículo 219 CPPF,[94] el embargo puede dictarse para garantizar el comiso de los bienes provenientes del delito, la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas.

94. CPPF, artículo 219: "Embargo y otras medidas cautelares. El juez podrá ordenar, a pedido de parte, el embargo de bienes, la inhibición del imputado o del civilmente demandado y las demás medidas cautelares necesarias para garantizar: a. El comiso de los bienes directamente provenientes del delito, de aquellos en los que estos se hubieren transformado y de los instrumentos de los que se hubiere valido el imputado para preparar, facilitar o cometer el hecho; b. La pena pecuniaria; c. La indemnización civil; d. Las costas".

TÍTULO VI
Cauciones

Capítulo 1

Artículo 191. Caución*

El Tribunal o el/la Fiscal podrán imponer caución juratoria, personal o real cuando hagan cesar la detención, la prisión preventiva u otra medida cautelar.

La caución tendrá por exclusivo objeto asegurar que el/la imputado/a cumplirá las obligaciones que se le impongan, no evadirá su comparecencia en el proceso y, en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria.

El Tribunal o el/la Fiscal determinarán la caución de modo que constituya un motivo para que el/la imputado/a se abstenga de infringir sus obligaciones.

Queda prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento para el/la imputado/a, teniendo en cuenta su situación personal y las características del hecho atribuido.

Artículo 192. Caución juratoria

La caución juratoria consiste en la promesa jurada del/la imputado/a de cumplir fielmente las condiciones impuestas por el Tribunal o el/la Fiscal.

Artículo 193. Caución personal

La caución personal consiste en la obligación que el/la imputado/a asuma junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el Tribunal o el/la Fiscal fije al conceder la excarcelación.

Artículo 194. Fiador personal

Podrá ser fiador quien tenga capacidad para contratar, acredite solvencia suficiente y no tenga otorgadas más de cinco (5) fianzas

* Comentario sobre los artículos 191 a 207 por Gonzalo Berecochea, Enzo Finocchiaro y María Antonela Mandolesi.

subsistentes, conforme el registro que el Consejo de la Magistratura llevará al efecto.

Artículo 195. Caución real. Procedencia

La caución real se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables, otorgando prendas o hipotecas o seguro de caución por la cantidad que el Tribunal o el/la Fiscal determine.

Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución.

Esta caución sólo será procedente cuando de las circunstancias de caso surja la ineficacia de los tipos de cauciones precedentemente previstas y que, por la naturaleza del delito atribuido y las circunstancias personales del/la imputado/a, resulte la más adecuada.

Artículo 196. Otorgamiento de cauciones

Las cauciones se otorgarán antes de ordenarse la libertad y/o al momento de imponerse otra medida cautelar, bajo constancia en acta que será suscrita ante el Secretario, en la que constarán las obligaciones asumidas por los obligados. En caso de gravamen hipotecario, se agregará al proceso el título de propiedad y previo informe de dominio, el Tribunal ordenará la inscripción de aquél en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Artículo 197. Cancelación de la caución

La caución se cancelará y las garantías serán restituidas:

1. **Cuando el/la imputado/a, revocada la excarcelación, fuere constituido/a en prisión dentro del término que se le acordó.**
2. **Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se disponga el archivo o se sobresea en la causa, se absuelva al/la acusado/a o se lo/la condene en forma condicional.**
3. **Cuando el/la condenado/a se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido/a dentro del término fijado.**

Artículo 198. Sustitución de fiador

Si el fiador no pudiere continuar como tal por motivos fundados, podrá pedir al Tribunal o al/la Fiscal que lo sustituya por otra persona. También podrá sustituirse la caución real.

Introducción

Son numerosos los autores españoles (recordemos que nuestro Derecho Penal viene desde aquellas latitudes y en esta temática no se da la excepción) que señalan como origen de la caución penal el sistema romano de cauciones en el Derecho Privado. Como antecedentes más remotos suelen citarse la "cautio muciana" del derecho hereditario y, sobre todo la "cautio de benevivendo".[1]

En principio, la caución se identifica con toda medida encaminada a asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación. Una definición en esta línea resulta válida para cualquier rama del derecho, pública o privada, sustantiva o adjetiva. Es decir que resulta ser una especial cautela que se adopta en pos de la incolumidad del proceso, imponiéndole determinada obligación a la persona imputada libre, a fin de conjurar los riesgos procesales.

En esta línea, Maier refiere que las cauciones son "... medios de asegurar la desaparición o, al menos, la aminoración de los peligros de fuga o entorpecimiento por parte del imputado...".[2]

En otra conceptualización, Clariá Olmedo sostiene que:

> ... la caución consiste en una promesa jurada, en una fianza personal o en una garantía real, y fortifica el imperativo de sometimiento del excarcelado a la autoridad del tribunal. El mayor o menor peligro que a este respecto se corra, justifica la graduación de las cauciones en cuanto a su intensidad. [...] Para ello el tribunal debe hacer estimaciones de diversa índole, objetivas y subjetivas, para ubicar el caso concreto conforme a la finalidad coercitiva. La libertad pues, debe quedar racionalmente con-

1. A modo de ejemplo, ver Díaz-Palos, Fernando, "Caución", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1951, T. 111, p. 778; Quintano Ripollés, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª ed., 1966, p. 336.

2. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, T. III, p. 424.

> dicionada, y la caución debe ser suficiente para asegurar el riesgo que racionalmente puede correrse con esa situación.[3]

Luego, sigue Clariá afirmando que

> [s]e trata de un derecho del imputado y no de la concesión de un beneficio; derecho a la libertad ambulatoria (artículo 14, CN) cuando no es indispensable el rigor del encarcelamiento, cuya consagración constitucional está en la última cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional. La coerción que este estado restrictivo significa supone un mérito incriminado inicial por un delito que da paso a la prisión preventiva, puesto que si así no fuera la libertad no sería caucionada sino meramente provisional. En realidad, la excarcelación se basa en la prisión preventiva dictada o a dictarse. En rigor de doctrina, sin embargo, pareciera que cuando el procesado puede estar fuera de la cárcel, no hay razón alguna para que se decrete en su contra la prisión preventiva.[4]

Así, la verdadera caución en sentido propio es la económica, consistente en la imposición de una responsabilidad que se determina en su monto, la que se concreta en el depósito de dinero o efectos en valores (real), en afectación de un bien con prenda o hipoteca (garantía real) o en la fianza solidaria de un tercero (personal). El valor procesal de estas cauciones surge de la subsidiariedad, por cuanto solo son exigibles si no se cumplen las condiciones impuestas. Solo deberían funcionar a los fines penales, por lo cual no son correctos los códigos que la extienden hasta garantizar también la responsabilidad civil. La caución se cancelará cuando desaparezca el imperativo de sometimiento al tribunal mantenido durante el estado de libertad caucionada; caduca y es ejecutable, cuando se viola alguna de las condiciones sin que el imputado pueda ser encarcelado.

En el CPPCABA se prevé la caución según fuera conceptualizada anteriormente, esto es, una obligación que se le impone al imputado al cesar la privación de libertad a la que estaba sometido, o a alguna otra medida cautelar menos gravosa (conf. artículo 191), cuyo norte es asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones que se le impongan, no evadirá su comparecencia en el proceso y, en su caso, que se someterá a la ejecución de la sentencia condenatoria.

3. Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, T. 2, p. 372 y ss.

4. Ibídem, p. 373.

Tipos de caución

Esa obligación puede ser de tres clases:

- Juratoria
- Personal
- Real

La caución juratoria, conforme lo expresa claramente el propio artículo 192, es la promesa jurada del imputado de cumplir fielmente las condiciones impuestas por el tribunal o el/la fiscal, o sea, que el imputado empeña solamente su propia palabra como sustento de su libertad o de la cesación de alguna medida cautelar que pesa sobre él, o para continuar la ejecución de la pena en la forma en la que se venía dando.

Por su parte la caución personal es la obligación que el imputado asume junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, una suma dineraria que previamente debe haber sido fijada por el Tribunal a la hora de concederle dicho beneficio (cfr. artículo 193). Esta figura presupone la presencia de un nuevo sujeto, que la ley procesal denomina "fiador" y que tiene consigo la misma idea que la existente en el derecho privado cuando se habla del "garante"; esto es, un tercero que le garantiza al Tribunal que la persona imputada en esa causa determinada cumplirá con la carga que se le imponga.

Naturalmente, no cualquiera puede ser fiador, sino solo aquella persona que tenga la capacidad suficiente, tanto a nivel económico como a nivel personal, de solventar la suma requerida. Es importante destacar que el fiador puede ser sustituido si no pudiera continuar con su garantía y puede pedirle al Tribunal que se designe a otra persona en su lugar (cfr. artículo 198).

Finalmente, la caución real es aquella promesa que se le hace al juez de estar a derecho, garantizándolo con un depósito dinerario, de títulos o valores, o mediante el otorgamiento de prendas o hipotecas o de seguros de caución por el monto que el juez haya determinado, conforme expusiéramos en el párrafo anterior. Aquí también se prevé la sustitución de los bienes dados en garantía, por otros de valores y materia similar.

En el CPPCABA se prevé un ordenamiento de menor a mayor, en cuanto a la sujeción que implican los tres tipos diferentes de cauciones que hemos mencionado, debiendo optarse siempre que se pueda por la primera posibilidad –la caución juratoria– y ante la imposibilidad

de pasar a la segunda –la caución personal– y ante una nueva imposibilidad, recién ahí pensar en una caución real (cfr. artículo 195 *in fine*).

Otorgamiento y cese

La caución –y en esto son contestes la mayoría de los códigos procesales penales que rigen en nuestro país– se otorga antes de ordenarse la libertad de la persona privada de la misma o al momento de la imposición de otra medida cautelar.

Respecto al cese, la caución se cancelará cuando el imputado sea privado de su libertad en forma definitiva, cuando se revoque la prisión preventiva, cuando se archive el caso, cuando se sobresea o se absuelva al imputado, cuando se lo condene en forma condicional o, finalmente, cuando se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado (cfr. artículo 197).

Parámetros para su imposición. Jurisprudencia

La jurisprudencia federal ha dicho que

> En el marco de un proceso penal, la caución a la que se sujeta la libertad de un imputado tiene por objeto asegurar que aquel cumpla con las obligaciones que eventualmente pudiera imponerle el tribunal. Esa finalidad, precisamente, determina el parámetro que debe tener en cuenta el Magistrado para escoger entre las tres modalidades previstas en la ley procesal penal –caución real, personal o juratoria– y, en caso de elegir una de carácter real, fijar el monto adecuado. Así, si bien no debe tornar ilusoria la liberación del incuso por resultar de imposible cumplimiento, la caución fijada debe constituir "un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones [...] Cabe resaltar que, al imponer una caución real, el tribunal no persigue ningún interés recaudatorio: lo relevante no es contar con ese dinero, sino asegurar que el imputado se mantenga a derecho. El compromiso asumido frente al juez de primera instancia de presentarse todas las ocasiones en las que así sea requerido, no puede reemplazarse por una obligación de carácter contractual que lo vincule con la empresa aseguradora".[5]

5. CCCF, Sala II, "Schoklender, Sergio Mauricio s/ sustitución de caución", causa N° 47445, 22/11/2012.

Asimismo, en un ejemplo de lo que hemos expuesto, a la hora de imponer una caución personal por una caución juratoria imposible, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, ha dicho que:

> En el caso, surge la necesidad de asegurar de manera más eficaz que por simple promesa jurada, el sometimiento del encausado a la autoridad judicial. En efecto, no puede dejar de valorarse la rebeldía decretada en las presentes actuaciones y los distintos lugares de residencia mencionados a lo largo de la tramitación de la causa. Frente a este panorama y a los fines de garantizar más efectivamente la futura comparecencia del incuso durante el desarrollo del proceso, se impone la adopción de una caución de tipo real, conforme a las previstas en el código adjetivo (artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación), de aplicación supletoria -artículo 6 de la Ley de Procedimiento Contravencional.[6]

En igual sentido, en un caso de usurpación se dejó sin efecto una caución real y se prefirió una caución juratoria, evidenciando que el espíritu de la norma es el cumplimiento efectivo, y no su frustración para así poder privar de libertad al incuso. Así, se dijo que

> … corresponde revocar la resolución de primera instancia que dispone provisionalmente, en el marco de una acción por usurpación, el inmediato reintegro del inmueble luego del depósito de una caución real de suma de dinero, y ordenar que el mismo sea efectuado bajo caución juratoria (artículo 180 del CPPCABA). En efecto, si la caución real establecida por la Juez de primera instancia es de imposible cumplimiento, tal como se aprecia en el presente expediente, dado que han transcurrido casi dos meses desde que la suma fuera decidida y la damnificada no ha abonado el monto dispuesto, resulta evidente la incapacidad económica para afrontar su pago. Por último, atento a la naturaleza del bien a reintegrar provisionalmente, la Juez de primera instancia deberá disponer el libramiento de una orden de allanamiento del inmueble con los alcances que permitan hacer efectivo el mentado reintegro.[7]

6. CAPPJCyF, Sala II, "Barbarán Guevara, Jorge Luis", causa N° 117-00-CC-2006, 06/10/2006.

7. Ibídem, Sala II, "Incidente de restitución de inmueble en autos Rojas, Adriana Isabel", causa N° 4181-01-CC-2009, 01/04/2009.

Finalmente, en un caso reciente, la Cámara de Apelaciones volvió a tomar partido por la caución como vía posible de obligar al imputado, mas no a cualquier precio. Así, se dijo que

> … corresponde confirmar la resolución de grado en cuanto dispuso conceder la excarcelación al imputado bajo caución juratoria […]. Para así resolver, la Jueza de grado consideró que atento al tiempo que el imputado llevaba detenido preventivamente, las circunstancias se habían modificado. Refiere que las escalas penales de los tipos que se le atribuyen al nombrado van de un mínimo de seis (6) meses (mínimo mayor) a cinco (5) años (suma aritmética de las penas máximas correspondientes a cada uno de los hechos, conforme artículo 55 CP). Así, al momento de la audiencia del artículo 186 del Código Procesal Penal de la Ciudad, el encartado llevaba detenido ocho (8) meses y cuatro (4) días. Por su parte, la querella consideró que, en caso de que no se revoque la libertad del imputado solicitada, corresponde que se le imponga una caución real por un millón de pesos ($1.000.000). Al respecto, la caución solicitada tiene, en cuanto interesa a este proceso, el aseguramiento de que el imputado esté a derecho. En ese sentido, no se advierte en el marco de estas actuaciones que el inculpado haya intentado eludir el accionar de la justicia mientras se encontraba con detención domiciliaria, ni tampoco surge que estableciera contacto alguno con la denunciante, por lo que resulta suficiente la imposición de la caución juratoria escogida por la Magistrada de grado.[8]

Capítulo 2
Cese de medidas cautelares

Artículo 199. Audiencia

En cualquier etapa del proceso, el/la imputado/a personalmente o por intermedio de su defensor, podrá solicitar al tribunal una audiencia para requerir su excarcelación o el cese de otra medida cautelar.

El tribunal fijará la audiencia dentro de las veinticuatro (24) horas con citación por cualquier medio a el/la Fiscal, si se hubiera pedido la excarcelación y tras escuchar a las partes resolverá. La audiencia podrá fijarse dentro de los tres (3) días si se hubiera solicitado para promover en cese de una medida restrictiva que no implique privación de libertad y se deberá citar también a la querella, por cualquier medio fehaciente, si la hubiere.

8. Ibídem, Sala de Turno, "G., G. R.", causa n° 43294-2019-10, 01/07/2020.

Si alguna de las partes quisiera presentar pruebas documentales o testimoniales deberá concurrir con ellas a la audiencia y el tribunal resolverá sobre su procedencia sin más trámite ni recurso.

Si hubieran cesado los motivos que justificaron la prisión preventiva, se dispondrá por auto su cese o la excarcelación del/la imputado/a bajo caución.

Si hubieran cesado los motivos que justificaron la adopción de cualquier otra medida cautelar o se justificara su atenuación, el tribunal dispondrá de inmediato por auto lo que corresponda. El cese o la atenuación podrán ser dispuestos bajo caución.

De lo actuado se dejará constancia en acta y se registra por grabación, filmación u otro medio idóneo. La resolución será apelable dentro del tercer día sin efecto suspensivo.

Artículo 200. Excarcelación. Procedencia

La excarcelación se concederá con o sin caución:

1. **Cuando hubieren cesado los motivos que justificaron la prisión preventiva.**
2. **Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyen.**
3. **Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal.**
4. **Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios.**
5. **Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme.**
6. **Cuando el imputado hubiera cumplido dos años en prisión preventiva.**

Artículo 201. Requisitos y obligaciones

El imputado y su fiador deberán fijar domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el acto de prestar la caución, denunciando el real y las circunstancias de trabajo que pudieren imponerle al imputado su ausencia de éste por más de veinticuatro (24) horas, lo

que no podrá ser alterado sin autorización del/la magistrado/a interviniente. El fiador será notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del excarcelado, y deberá comunicar inmediatamente al tribunal si temiere fundadamente la fuga del imputado.

Artículo 202. Intimación al imputado

Si el imputado no compareciera al ser citado o se sustrajere a la ejecución de la pena privativa de libertad, el/la Fiscal o el tribunal fijará un término no mayor de diez (10) días para que comparezca, sin perjuicio de ordenar la captura. La resolución será notificada al fiador y al imputado en sus domicilios constituidos y reales apercibiéndolos de que la caución se hará efectiva al vencimiento del plazo, si el segundo no compareciere o no justificare un caso de fuerza mayor que lo impida.

Artículo 203. Ejecución de la fianza

Al vencimiento del plazo previsto por el artículo anterior, el tribunal dispondrá, según el caso, la ejecución de la fianza o la transferencia de los bienes que se depositaron en caución y los fondos ingresarán al presupuesto del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Oralidad, principio rector

Una de las características más relevantes de este capítulo es la preeminencia que se le otorga a la oralidad como método esencial para dirimir cuestiones contradictorias entre las partes, y como instrumento que nos permite hacer ingresar al proceso un planteo, una prueba que podrá ser evaluada para obtener una decisión jurisdiccional.

Se efectúa una clara distinción entre el tratamiento temporal que debe dársele cuando lo que se intenta en el planteo es lograr obtener el cese de una medida restrictiva de la libertad absoluta (excarcelación y prisión preventiva) o parcial (medidas contempladas en el artículo 186 del CPPCABA). En unas su tratamiento puede diferirse a un plazo no mayor de 24 horas y en las otras al de 3 días.

Es destacable advertir que estas decisiones poseen un carácter recurrible sin efecto suspensivo, por lo que si el Tribunal optó porque el imputado transcurra el proceso en libertad o no, ello será materializado de manera inmediata, y cualquier recurso que se presentase ante tal resolutorio no impedirá la ejecución del fallo.

A diferencia de lo establecido en el Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, pese a ser uno de los códigos de forma con mayor sujeción al sistema acusatorio, adversarial y contradictorio dentro de nuestro país, no se encuentra habilitada la vía recursiva ante la imposición de otras medidas cautelares que no sean la excarcelación y la prisión preventiva.

Por otro lado, pareciera que este control de legalidad que versa en los fundamentos, tiempos y modos en los que se pueden imponer las medidas restrictivas de la libertad personal también pesa sobre el Tribunal interviniente; es decir, no sólo resulta excluyente de las partes. En ese sentido, de considerar el juez/a que los motivos que hubieron de justificar oportunamente el dictado de una medida restrictiva de la libertad han cesado, de oficio y mediante auto, podrá disponer lo que a su criterio corresponda, imponiéndose eventualmente en su lugar una caución.

Excarcelación. Supuestos. Libertad durante el proceso como principio rector

Las normas comprendidas en este capítulo dejan en claro que la libertad del imputado durante el proceso penal seguido en su contra debe ser la regla general, y que solo se permite la restricción provisoria de ese derecho como una excepción, para lo cual deberá cumplirse con determinadas exigencias previas a su detención, brindando en el caso de proceder determinadas condiciones durante la misma, las cuales deberán ser respetuosas de lo normado por los artículos 18 de la CN, 74 CADH y 9 PIDCP. La garantía del juicio previo y la presunción de inocencia impiden que se trate al imputado como culpable, regla que despliega sus efectos sobre el resto de los derechos de la persona.

Aclarado ello, nos adentramos en mencionar los seis supuestos donde el Tribunal interviniente puede –caución mediante o no– proceder a la inmediata soltura de una persona imputada por un delito y que

fuera objeto de la imposición de una medida restrictiva de su libertad personal, como lo es la prisión preventiva.

Cese de motivos

El inciso 1 del artículo 200 brinda la posibilidad de conceder la excarcelación cuando los peligros de fuga y/o supuestos de entorpecimiento del proceso que fueron valorados negativamente en su oportunidad para con la persona imputada, de un nuevo análisis de dicha situación, aquellos hayan variado de tal forma que se consideren inexistentes (o mucho más débiles) y de ese modo se pueda acceder a la libertad de la persona detenida hasta ese entonces.

Por supuesto que si esos mismos peligros se reavivaran o surgieren otros nuevos, podrá volver a solicitarse la imposición de la prisión preventiva. Lo que sí deberá tenerse en cuenta es el plazo que la persona imputada ya haya estado privada de su libertad.

Cumplimiento del máximo de la pena

Respecto del inciso 2, se impone un límite máximo al plazo de tiempo que una persona puede transcurrir en detención sin haber obtenido una sentencia firme, y se explica que aquel no puede ser superior al máximo de la pena prevista para el delito endilgado.

Más allá de la restricción que impone el inciso 6 (que veremos más abajo), resulta obvio que cualquier restricción cautelar a la libertad ambulatoria que se imponga en el proceso nunca podría superar el máximo de pena previsto para el delito que se le imputa a la persona afectada, dado que si ello fuera así aquella medida se convertiría en absolutamente ilegal.

Cumplimiento de pena solicitada por el Fiscal

Este inciso parece haber perdido operatividad, máxime si tenemos en cuenta que en nuestro régimen procesal penal el pedido de pena se efectúa por parte del fiscal al momento de realizar su alegato de cierre, en el marco de un debate. En síntesis, la persona privada de la libertad, bajo la lectura de este supuesto, obtendría su liberación para el caso de corresponder, el mismo día de la lectura de su senten-

cia, dado que como se sabe el tribunal no puede condenar a una sanción más alta que la requerida por la acusación.

Cumplimiento de tiempo que permitiría libertad condicional

El cuarto inciso permite la liberación cuando la persona privada de su libertad cumpla en prisión preventiva una cantidad de tiempo tal que, de haber recaído ya condena firme, le hubiera permitido acceder al instituto de la libertad condicional.

La situación parece bastante clara si el delito por el que se lo persigue tiene una pena máxima de tres años o menos de prisión o reclusión, dado que de acuerdo a los plazos estipulados en el artículo 13 del CP, cumplidos ocho meses[9] ya se hallaría en condiciones de acceder a aquel beneficio. Siendo ello así, la posibilidad de que se analice la viabilidad de esta causal debería presentarse a partir de ese momento, aun si no existiese condena (obviamente no firme) en el proceso.

Cuando el delito imputado supera en su máximo de pena los tres años de prisión, la posibilidad de aplicar este inciso sin que ya exista una condena no firme parece bastante complicada, dado que sería casi imposible poder establecer con claridad cuándo se cumpliría el requisito temporal que reclama la norma. De lo contrario, cuando exista dicha sentencia no firme, ella podrá ser tomada como un parámetro cierto por la defensa del imputado para calcular un tiempo preciso en el cual tendría la oportunidad de obtener la libertad condicional.

Aunado a esto, la persona detenida deberá haber cumplido con todos los reglamentos carcelarios que regulan su permanencia dentro de la esfera de custodia penitenciaria.

Cumplimiento de la pena impuesta en sentencia no firme

Este supuesto resulta ser el más respetuoso y garantista de los derechos de las personas imputadas de un delito y sujetas a una medida de restricción de la libertad personal, ya que contempla la obligación de proceder a la inmediata libertad del condenado para el supuesto de que

9. Si bien el mencionado artículo del Código Penal establece un mínimo de un año en caso de pena de reclusión, lo cierto es que hoy en día no existen diferencias entre las penas de reclusión y prisión, razón por la cual entendemos que correspondería estar al plazo más breve.

haya cumplido el tiempo de su condena impuesta, pese a no encontrarse firme. En este sentido es preciso advertir que el juez, en caso de demorar la soltura del individuo frente a esta constatación, podría incurrir en una de las figuras de prisión preventiva ilegal que prevé el Código Penal.

Cumplimiento de dos años en prisión preventiva

En general se ha interpretado que este tiempo máximo previsto por el legislador no es un término de excarcelación automática sino que debe evaluarse a la hora de decidir cuál ha sido el devenir del trámite del proceso. En particular deberá tenerse en cuenta si ya se ha dictado sentencia condenatoria (aunque no esté firme) y el devenir del trámite del proceso en general, si aún persisten los riesgos procesales y con qué intensidad, etcétera.

Lo que sí es imperioso es que periódicamente el tribunal realice esta clase de exámenes, en atención a la provisoriedad propia de cualquier medida de coerción y al principio de necesidad que gobierna su imposición y mantenimiento.

Conforme la doctrina emanada de la CSJN, el plazo que prevé el artículo 1 de la Ley Nº 24390 (que establece una regulación semejante a la que se comenta aquí) no instaura un plazo de caducidad de la prisión preventiva que acarrea, *ipso iure*, su cese. En efecto, el máximo tribunal ha dicho que

> … la validez del artículo 1° de la Ley 24.390 se halla supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.[10]

Con posterioridad a tal decisorio, el Máximo Tribunal, bajo la vigencia de la Ley Nº 24390 con las modificaciones introducidas por la Ley Nº 25430, ha señalado que el texto legal

> … restringe […] la aplicación del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Bayarri vs. Argentina", sentencia del 30/10/2008, en tanto introduce excepciones para oponerse al otorgamiento de la libertad

10. CSJN, Fallos: 319:1840, "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación causa N° 44.891", 12/09/1996, consid. 13.

> una vez cumplido el plazo estipulado en el artículo 1° que la vieja redacción no contenía, por lo que parecería que en los supuestos de peligros procesales, de gravedad del delito atribuido o de maniobras dilatorias defensivas, se admiten excepciones al plazo legal estipulado en unidades de tiempo fijas para la determinación de la razonabilidad del plazo de prisión preventiva, dejando librada a la decisión del juzgador su correspondiente fijación,...
>
> Para continuar luego sosteniendo que
>
> ... [d]e este modo, esta reforma normativa recepta expresamente el criterio de interpretación que, de la anterior redacción de la Ley 24.390, efectuara esta Corte en "Bramajo" (Fallos: 319:1840), doctrina que, además, ya en vigencia el texto reformado, fuera posteriormente ratificado en "Guerrieri" (Fallos: 330:5082), entre muchos otros.[11]

Ello implica que según la inteligencia que la Corte asignó al artículo 1 de la Ley Nº 24390, se impone al tribunal el deber de examinar caso por caso si se dan los requisitos necesarios para proceder a la liberación.

Requisitos y obligaciones

El artículo 201 regula el procedimiento para obtener la libertad bajo la imposición de alguna de las distintas modalidades de cauciones previstas en el artículo 191 y ss. Entre dichos requisitos se exige que tanto el fiador como el imputado fijen domicilio en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y hagan saber el real.

Cuando se advierte la necesidad de Tribunal de "autorizar" el cambio de un nuevo lugar de trabajo del imputado, una armoniosa y lógica interpretación deberá ser que sea la misma judicatura quien deba tomar conocimiento previo de la intención del imputado de modificar su lugar de trabajo, pero no podría oponerse a dicha decisión personal, a excepción de que se observe a las claras que el mismo luce inexistente, o sea, parte de un artilugio que tenga una finalidad evasiva.

Se impone la obligación al fiador de advertir al Tribunal para el caso de que tenga conocimiento de que exista real peligro de fuga por parte del imputado.

11. CSJN, Fallos: 335:533, "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación", 08/05/2012, consid. 17.

Intimación al imputado

Ante la contumacia del imputado, el Tribunal de manera simultánea puede intimar por el plazo máximo de diez días a que esté nuevamente a derecho y ordenar su detención. Hacerlo de este modo, no obstante, podría resultar contradictorio, ya que no queda claro si lo que se intenta en primer término es advertir al imputado de su inconducta para que se ponga a derecho haciéndole saber de las consecuencias de su actitud o simplemente se busca compulsivamente su presencia. Es claro que si lo que resta por cumplir es la pena ya firme, la persona de cualquier modo deberá ser privada de su libertad, pero de cualquier modo, ya sea en ese supuesto o en otra circunstancia, siempre será preferible aplicar, al menos en un primer momento, las medidas de menor contenido violento.

Es por ello que lo pertinente, a nuestro entender, sería una intimación para escuchar al fiador en sus razones si las tuviese, y de no obtenerse la presencia a derecho del imputado, disponerse sí la captura.

Ejecución de la fianza

Transcurrido el plazo previsto en el artículo 202, si el imputado no comparece, el tribunal podrá ejecutar la fianza impuesta, incorporándose el bien o efectos fiados, al acervo patrimonial del Poder Judicial local.

Capítulo 3
Exención de prisión

Artículo 204. Procedencia

Toda persona que se considere imputada de un delito o tuviera orden de captura pendiente, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre podrá, por sí o por terceros, solicitar al/la Fiscal interviniente su exención de prisión.

El/la Fiscal podrá concederla dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, en forma irrestricta o bajo caución, u otra medida restrictiva que no implique privación de libertad, con conformidad de la defensa.

Procederá siempre que no existan motivos bastantes para presumir, en el caso concreto, que el/la imputado/a intentará entorpecer

la marcha de la investigación o substraerse a los requerimientos del proceso o evadir sus consecuencias.

Si el/la Fiscal la denegara, el/la interesado/a podrá recurrir ante el Tribunal competente.

Si el órgano judicial competente fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al Juez o Jueza en turno, quien determinará el/la Juez/a que debe intervenir y le remitirá, si correspondiere, la solicitud.

Artículo 205. Trámite

El Tribunal resolverá en audiencia oral y pública, aplicándose en lo pertinente lo establecido en el artículo 199.

Artículo 206. Apelación

El auto que conceda o niegue la exención de prisión será apelable por el/la Fiscal, el/la defensor/a o el/la imputado/a, dentro del tercer día sin efecto suspensivo.

Artículo 207. Revocación

El auto de exención de prisión será revocable a petición del Ministerio Público Fiscal. Deberá revocarse cuando el/la imputado/a no cumpla las obligaciones impuestas o no comparezca a las citaciones sin excusa bastante o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan su detención.

Generalidades

En tanto el artículo 204, tercer párrafo, CPPCABA supedita la procedencia de la exención de prisión a los casos en que "... no existan motivos bastantes para presumir, en el caso concreto, que el/la imputado/a intentará entorpecer la marcha de la investigación o substraerse a los requerimientos del proceso o evadir sus consecuencias", cabe remitirse, en orden al estándar requerido para que se configuren los riesgos procesales aludidos por la norma, al examen de las disposiciones de los artículos 182 (peligro de fuga) y 183 CPPCABA (riesgo de entorpecimiento de la investigación).

Sin perjuicio de la ambigüedad del estándar utilizado para la regulación del instituto, que alude a la constatación de la existencia de

"motivos bastantes" que permitan presumir la existencia de los referidos riesgos procesales, la inevitable remisión al juego de normas que regulan el instituto de la detención y de la prisión preventiva, permite equiparar ese estándar al de "sospecha fundada" allí aludido.

Esta sospecha (o su inexistencia), en cualquiera de los dos casos, debe ser construida en base a elementos objetivos, tomando como parámetros las circunstancias enunciadas por los artículos 182 y 183 CPPCABA. La configuración del peligro procesal no se presume, por lo que la construcción de estos riesgos debe verificarse en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.[12]

Además, el análisis del mérito sustantivo para la decisión sobre la viabilidad de la exención debe ser realizado en el marco de lo dispuesto por el artículo 181 CPPCABA que, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 1 CPPCABA, consagra la excepcionalidad de las medidas de coerción que impliquen una afectación de la libertad ambulatoria de la persona imputada y prevé como regla la libertad durante el proceso (artículos 18 y 75 inc. 22 CN; 13 CCABA; 7 CADH; 9.3 PIDCyP).

Desde ya que, además de la discusión relativa a los peligros procesales, será relevante en el análisis de procedencia de la exención de prisión la acreditación del mérito sustantivo de la acusación, lo que inevitablemente irá mutando con el devenir del proceso; y no resulta suficiente la mera sospecha de la posible participación de una persona en un delito, sino que se requiere la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona, y que deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas.[13]

Concepto y regulación

A diferencia del instituto de la excarcelación (artículo 200 CPPCABA), la exención de prisión permite a la persona acusada que

12. Corte IDH, "J. vs. Perú". (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", 27/11/2013, consid. 159.

13. Al respecto, Corte IDH, "Hernández vs. Argentina", (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/11/2019, consid. 104; "Rosadio Villavicencio vs. Perú". (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 14/10/2019, consid. 200, entre muchas otras.

no se encuentra privada de su libertad evitar el riesgo del encarcelamiento preventivo.

De este modo, el instituto de la excarcelación se integra con el de la prisión preventiva, en la medida en que es el medio procesal para evitar o hacer cesar una detención cautelar; en tanto que la exención de prisión puede ser leída como una modalidad de excarcelación, tendiente a evitar que se prive a una persona de su libertad cuando fuese posible recuperarla posteriormente por vía de la excarcelación.

La doctrina procesal explica que

> ... la eximición de prisión es el instituto procesal destinado a regularizar la contumacia de una persona acusada de un delito. En efecto el instrumento procesal en cuestión tiene por objeto evitar la privación inútil de la libertad de una persona que, en caso de ser detenida, se encuentre en situación de obtener su excarcelación.[14]

La regulación local privilegió un procedimiento que relega la intervención jurisdiccional para los casos en que la fiscalía, en su carácter de titular del ejercicio de la acción penal pública, denegara el pedido efectuado por la persona acusada, personalmente o a través de una tercera persona.

El pedido resulta procedente cuando es realizado en el marco de una causa penal determinada, puesto que de lo contrario el remedio procesal pertinente frente a la existencia de una amenaza de privación de libertad sería el *hábeas corpus preventivo* (artículo 3 inc. 1 Ley Nº 23098).

Las partes pueden de común acuerdo imponer restrictivas sin intervención del/la juez/a, y en este punto es coherente con el artículo 184 CPPCABA, referido a la detención, cuyo penúltimo párrafo supedita la intervención judicial para la imposición y determinación de medidas restrictivas a los casos en que no se da un acuerdo entre la fiscalía, la defensa y la persona acusada.

Este sistema guarda correlato con la vigencia del principio acusatorio (artículo 13.3 CCABA) y con el necesario requerimiento de parte que debe mediar para que pueda darse lugar a la aplicación de cualquier medida cautelar contra la persona sometida a proceso. Por ende, si el pedido fuese presentado directamente ante el juzgado, no corresponderá su

14. La Rosa, Mariano; Rizzi, Aníbal, *Código Procesal Penal Federal Comentado*, Buenos Aires, La Ley, p. 859.

sustanciación, sino que deberá ser remitido directamente a conocimiento de la fiscalía, o bien declarado inadmisible a fin de que sea la propia interesada quien lo articule ante el organismo que corresponda.

Una vez recibido, la fiscalía cuenta con un plazo de 48 horas para resolver la solicitud. Se trata de un plazo exiguo, lo que guarda correlato con la naturaleza del pedido, que tiende a garantizar la libertad ambulatoria de la persona sometida a investigación.

La norma no contempla la intervención de la querella en el trámite de la exención de prisión, lo que emparenta esta regulación con la de la detención, que también únicamente coloca al Ministerio Público Fiscal como único órgano acusador, sin referencia al querellante (artículo 184 CPPCABA).

En el esquema de intervenciones que regula el código en el Libro II, Título V, Capítulo 1, entendemos que la inexistencia de referencia a la querella se explica a partir de que se está ordenando un trámite procesal que tiene en miras principalmente los casos de flagrancia, donde la figura de la querella suele estar ausente, y es el Ministerio Público Fiscal quien ratifica la detención (artículo 164 CPPCABA), determina los hechos y lleva a cabo el acto de intimación respectivo (artículo 184, segundo párrafo, CPPCABA).

En esos contextos, la detención sólo puede ser ratificada por la fiscalía (artículo 164 CPPCABA), y una correcta articulación entre esas normas y lo dispuesto por el artículo 11, tercer párrafo, cuando dispone que "[l]a participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al Ministerio Público Fiscal…", permite concluir que es razonable la exclusión de la querella en este esquema, en tanto únicamente está a cargo de la fiscalía la intimación de los hechos de la persona detenida, y quedará a su cargo, una vez materializado el acto, decidir sobre su libertad en forma irrestricta, bajo caución, u otra medida restrictiva que no implique privación de libertad, o de lo contrario solicitar audiencia de prisión preventiva al/la juez/a.

Resulta objetable que no se haya regulado el alcance de la intervención que le corresponde en la tramitación del instituto de la exención de prisión, ya que da lugar a interpretaciones y tramitaciones poco uniformes.

Entendemos que, en caso de que se haya constituido parte querellante en el proceso, es razonable que tanto la fiscalía como el juzgado

garanticen su derecho de intervención en el trámite respectivo, a la luz de la tendencia moderna en la que se inscribe el CPPCABA de admitir la actuación autónoma de la querella en el proceso penal. Más aún, cuando el mismo ordenamiento contempla el derecho de la querella de requerir directamente otras medidas restrictivas (artículo 186 CPPCABA) ha admitido, incluso, la posibilidad de que el tribunal ordene la prisión preventiva del querellado, a instancias de la querella exclusivamente.[15]

En la lógica que propone el CPPCABA, que se inscribe en el movimiento de restablecimiento del rol del querellante (ver, al respecto, comentario al Libro I, Título I, Capítulo 3), resultaría difícil concluir que la falta de referencia de la querella en este articulado pueda ser interpretada en un sentido contrario a la legitimidad de su intervención.

Pese a la falta de claridad de la norma, la práctica judicial no ha presentado, al menos hasta el momento de redacción de este comentario, casos que permitan resolver el interrogante planteado, pero podría darse el supuesto de hecho, por hipótesis, de que el Ministerio Público decidiera conceder la exención de prisión, con la oposición de la querella; o bien, que esta última pretendiera solicitar la prisión preventiva de la persona acusada sin la anuencia de la fiscalía.

Audiencia ante el juzgado

En caso de que la fiscalía deniegue el pedido de exención de prisión, el artículo 204 CPPCABA indica que el peticionario podrá *recurrir* ante el Tribunal competente. Más allá del término utilizado por la norma, es claro que el remedio procesal para cuestionar la denegatoria no es un *recurso* en sentido estricto, en la medida que no se deduce contra una decisión jurisdiccional (artículo 280 CPPCABA).

La norma no dispone que la fiscalía tenga el deber de remitir de oficio la denegatoria de la exención a conocimiento del juzgado interviniente, sino que la activación de la instancia de intervención jurisdiccional depende del impulso de la persona interesada, por lo que no corresponde que el Tribunal sustancie el trámite respectivo si no se da este último requisito.

15. CPPCABA, art.275, referido al trámite de los juicios por delitos de acción privada.

No obstante esto último, en atención a la naturaleza de los derechos involucrados, resulta aconsejable que la fiscalía notifique inmediatamente su decisión a la persona interesada y que se indague en dicho acto sobre la pretensión de que se remitan las actuaciones a conocimiento del juzgado.

Al tratarse de decisiones referidas a medidas de carácter cautelar, su esencia es eminentemente provisoria, por lo que podría darse el caso de que la persona interesada pretenda, eventualmente, subsanar las causales que derivaron en la denegatoria expresa por el titular de la acción para requerir nuevamente la exención ante la fiscalía, antes que judicializar su pedido.

Ahora bien, en el caso de que la persona interesada solicite efectivamente la intervención del/la juez/a, se aplicarán las disposiciones del artículo 199 CPPCABA que regula la audiencia frente al pedido de cese de medidas cautelares.

El plazo con el que cuenta el Tribunal para fijar audiencia es el de veinticuatro horas que prevé la norma en el primer tramo de su segundo párrafo, en razón de lo emparentado que está el instituto con la excarcelación. El plazo se computará desde la hora en que se formuló el pedido de eximición ante el juzgado, tras la denegatoria expresada por la fiscalía.

Nos remitimos, en este punto, al comentario del artículo respectivo, reiterando que corresponde garantizar la intervención de la querella en dicha audiencia, si estuviera formalmente constituida como tal, en razón de que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos, está amparado por la garantía del debido proceso legal (artículo 18 CN), por lo que debe asegurarse su intervención en todas las instancias del proceso, a fin de que pueda ejercer adecuadamente su derecho de peticionar ante las autoridades y de ser oída con las debidas garantías.

Contra la decisión judicial que conceda o deniegue la exención, las partes tienen derecho a recurrir dentro del tercer día. No obstante, al tratarse de una decisión relativa a una medida de naturaleza cautelar, la decisión se ejecutará inmediatamente, dado que el recurso no tiene efecto suspensivo (artículo 283, en sentido contrario, CPPCABA).

A pesar de que el artículo 205 CPPCABA remite a las disposiciones del artículo 199 y esta última norma reconoce el derecho a recurrir en idéntico plazo, no es posible dejar de advertir una diferencia en la re-

dacción de ambas normas, que podría tener incidencia en el derecho al recurso de la querella, en razón de que el artículo 280 CPPCABA dispone que el derecho de recurrir corresponderá a quien le sea expresamente acordado, siempre que tuviera un interés directo y que cuando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir.

Ahora bien, mientras que el artículo 199 CPPCABA no realiza distingos entre las partes legitimadas para interponer recursos, el artículo 205 CPPCABA prevé que el derecho a recurrir incumbe al/la fiscal, al/la defensor/a o al/la imputado/a.

Una vez más, reiteramos nuestra lectura de que hay razones de naturaleza constitucional para sostener que la falta de referencia de la querella no puede ser interpretada en un sentido que la prive de su derecho de recurrir. Para evitar reiteraciones sobre aspectos que ya hemos desarrollado ampliamente, nos remitimos aquí al comentario al Libro I, Título I, Capítulo 3 (artículos 11 a 16 CPPCABA); en particular, a los lineamientos establecidos por la CSJN a partir del precedente "Juri", donde se reconoció el derecho de recurrir de la víctima del delito o de su representante en las previsiones de los artículos 8.1 y 25 CADH. [16]

En caso de que se desconozca la fiscalía y/o juzgado interviniente, de acuerdo con la regulación legal, el pedido puede ser presentado ante la dependencia que se encuentre de turno, por lo que debería ser ingresado directamente a través de cualquiera de los canales de ingreso de denuncias disponibles.[17]

El instituto de la exención de prisión, así planteado, guarda similitud con el *hábeas corpus* preventivo regulado por la Ley Nº 23098, en virtud de la finalidad preventiva de ambos institutos. La diferencia radica en que la exención es el remedio procesal que procede cuando se encuentre vigente una orden de detención determinada, o bien, cuando exista una amenaza concreta contra la libertad ambulatoria frente a la inminente emisión de dicha orden en el marco de una causa penal determinada. En caso de que la amenaza de limitación de la libertad ambulatoria no se vincule con una imputación y/o causa penal

16. CSJN, Fallos: 329:5994, "Juri", cit.

17. Disponible en: https://mpfciudad.gob.ar/denuncias/guia-util-para-denunciar o a través del correo electrónico de la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones del fuero iniciospcyf@jusbaires.gob.ar

determinada, en principio procedería el *hábeas corpus* preventivo y no el pedido de exención de prisión.

La experiencia da cuenta de que es un remedio procesal de escasa aplicación y operatividad práctica. Como es natural, al tratarse de una decisión que versa sobre materia cautelar, no causa estado y puede ser revisada y dejada sin efecto en cualquier estado del proceso, en tanto se acredite una variación de las circunstancias que motivaron la decisión, en caso de haber sido favorable a los intereses de la persona acusada.

Las defensas utilizan esta herramienta procesal, principalmente, para obtener el levantamiento de las declaraciones de rebeldía con captura vigente, cuando la persona acusada que permanece en libertad, retoma el contacto con la defensa y explica los motivos de su falta de sujeción al proceso.

En tales casos, las partes pueden acompañar al juzgado un acta ratificada por ambas partes con el pedido de levantamiento de la declaración de rebeldía y captura, lo que en los hechos implica un trámite similar al que regula el artículo 204 CPP, a pesar de que no suele ser sustanciado en dichos términos.

En efecto, a través de esa acta, la fiscalía expresa que no le interesa pedir la prisión preventiva de la persona que se encuentra en situación de rebeldía, por lo que, más allá de la denominación que se le dé al trámite del levantamiento de la declaración de la rebeldía, en los hechos se trata de una exención de prisión otorgada por el titular de la acción.

En el supuesto de que la fiscalía no esté dispuesta a concederla, la defensa debería presentar su pedido ante el juzgado a fin de que se sustancie la audiencia prevista por el artículo 205 CPP con intervención de la fiscalía y de la defensa. En caso de que se haga lugar a la exención, deberá disponerse el levantamiento de la rebeldía y de la orden de captura vigentes.

La jurisprudencia relevada tiende a considerar negativamente la petición de eximición de prisión formulada a través de terceras personas, tomándola como indicio de voluntad de la persona acusada de no comparecer al proceso, a pesar de que la ley permite articular de esta forma el pedido de eximición.[18]

18. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos Maciel, Ezequiel s/ infr. art. 189 bis CP", causa N° 10402-03/12, 14/08/2015 y de la misma Sala, "R., L. J. y otros s/ art. 189 bis (2) CP", causa N° 14.653/2017, 29/11/2018.

TÍTULO VII
Excepciones

Capítulo Único

Artículo 208. Excepciones*

En las audiencias previstas en los artículos 185, 190, 199 y 223 se podrán interponer ante el/la Juez/a las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

a. Falta de jurisdicción o de competencia.
b. Falta de acción.
c. Manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho o falta de participación criminal del/la imputado/a respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio.
d. Cosa juzgada sobre los mismos hechos que dan origen al procedimiento.
e. Amnistía.
f. Litispendencia.
g. Prescripción.

Si concurrieren dos (2) o más excepciones, deberán interponerse conjuntamente.

Artículo 209. Interposición

Las excepciones se interpondrán por escrito ante el/la Juez/a, debiendo ofrecerse, en su caso y bajo consecuencia de inadmisibilidad, las pruebas que justifiquen los hechos en que se basen.

Del escrito en que se deduzcan excepciones se correrá vista a las otras partes, quienes podrán ofrecer las pruebas pertinentes.

Artículo 210. Audiencia. Resolución

Las excepciones se sustanciarán y resolverán en las audiencias de los artículos 185, 190, 199 y 223, sin perjuicio de continuarse la investigación preparatoria.

---

* Comentario sobre los artículos 208 a 216 por Juan Pablo Chiappe, Soledad Diez, Santiago Erdozain y Sebastián Ferrares.

En la audiencia se recibirá la prueba y a continuación resolverá por auto. De lo actuado se dejará constancia en acta.

Al resolverse favorablemente una excepción que implique la extinción de la acción se dictará auto de sobreseimiento, con la aclaración de que la formación del sumario no afecta el buen nombre y honor de el/la imputado/a.

Artículo 211. Apelación

El auto que resuelva la excepción será apelable dentro del término de tres (3) días.

Cuestiones preliminares

En primer lugar, resulta menester definir el concepto de excepción. Según D'Albora: "Se trata de arbitrios a través de los cuales no se afronta la refutación de los hechos constitutivos del objeto procesal ni se aducen razones fácticas y jurídicas que neutralicen o disminuyan la entidad de las imputaciones".[1]

Por su parte, Binder refiere que "la excepción es el modo procesal de introducir en la discusión una defensa parcial o circunscripta, de modo de provocar una decisión directa sobre esa defensa".[2] En este sentido, el término "excepciones" remite a la actividad que está a cargo de la parte que se cree vulnerada en sus derechos.

Asimismo, el Código establece que el remedio interpuesto es de previo y especial pronunciamiento, lo que significa que el juez interviniente debe resolverlas mediante un temperamento conclusivo sin necesidad de inmiscuirse en el fondo de la cuestión.

En términos similares, lo explica Clariá Olmedo: "El Código regula el trámite de la excepción como incidente de previo y especial pronunciamiento, por lo que el tribunal debe atenderlas enseguida de interpuestas y decidir sobre ellas dictando pronunciamiento".[3]

1. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 1993, p. 327.

2. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 1999, p.248.

3. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, T. IV, pp. 550-551.

Sin embargo, esta característica ha quedado parcialmente desvirtuada en el CPPCABA, dado que el Legislador local ha optado por circunscribir su tratamiento a momentos determinados del proceso. Ello, creemos, con la salvedad de la excepción de incompetencia, que por tratarse de una cuestión de orden público y que atañe directamente a la regulación de la garantía constitucional de juez natural, debe sí ser tratada en cualquier momento del proceso en que se interponga.

El Código Procesal Penal, en su artículo 210, no deja librado al arbitrio de cada juez interviniente la forma en la que debe resolverse una excepción de previo y especial pronunciamiento. Claramente, la regla general es que la decisión debe ser oral e inmediatamente luego de que ella haya sido planteada en audiencia.

Es indudable que debe resolverse rápido garantizando y fortaleciendo dos principios fundamentales: oralidad e inmediación. En efecto, la oralidad resulta el principio rector natural para la toma de decisiones, propiciando la concreción de varios principios del proceso penal, como el de contradicción, en orden a que las partes pueden controvertir la información brindada por la parte restante. De esta manera, también se fortalece la inmediación de la información presentada en la sala de audiencias.

> Esto significa que la audiencia de juicio debe desarrollarse de principio a fin en una sola unidad continua. Los jueces deben ver la prueba de una sola vez, toda en su conjunto y fallar con la mente fresca de lo percibido directamente en la audiencia.[4]

Por otra parte, el precepto comentado establece que si la excepción se resuelve en forma favorable y es de carácter perentoria, debe dictarse el auto de sobreseimiento con la aclaración de que la formación del sumario no afecta el buen nombre y honor del imputado.

Con respecto a la parte legitimada para promover el remedio impugnativo, la doctrina discute si corresponde exclusivamente a la defensa o no. Por nuestra parte, si bien entendemos que el sistema de excepciones obedece al intento de equilibrar a las partes y con ello garantizar la paridad de armas, arribamos a la conclusión que no solo la defensa podrá interponer excepciones.

4. Duce, Mauricio; Marín, Felipe ;Riego, Cristián, *Justicia civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2008, p. 51.

Ello, toda vez que el Fiscal, atendiendo su deber de objetividad funcional puede interponer excepciones. Tampoco hay motivos para negar la interposición de excepciones al imputado por derecho propio (como por ejemplo cuando, no estando a derecho, pide que se declare la prescripción de la acción penal).[5] Asimismo, el querellante o actor civil pueden articular este remedio procesal.

Sin embargo, más allá que las partes mencionadas pueden interponer excepciones, insistimos y coincidimos con Clariá Olmedo, cuando afirma que las excepciones se refieren a un concreto acto de defensa.[6]

Excepciones dilatorias y perentorias

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha distinguido las excepciones en dilatorias o perentorias, categoría esta que no es utilizada por el CPPCABA.

El primer supuesto refiere a las excepciones dilatorias, las cuales se definen como aquellas que cuando proceden no paralizan el ejercicio de la actividad persecutoria y decisoria, sino que suspenden el curso del trámite del caso. Es decir, se continuará con la causa una vez que se salve el obstáculo formal al ejercicio de la acción.[7] Son ejemplos de esta clasificación la excepción de incompetencia o la de litispendencia.

En el segundo supuesto se encuentran las excepciones perentorias, las cuales tienen como característica fundamental que en caso de proceder tienen como consecuencia la imposibilidad de obtener otro pronunciamiento sobre la misma cuestión y persona. En otras palabras, concluyen definitivamente el proceso, cuya implicancia resulta la imposibilidad de continuar persiguiendo al imputado por ese hecho. Son ejemplos de esta categoría las excepciones de atipicidad, inexistencia del hecho o falta de participación, como así también la de prescripción o la de amnistía.

5. CAPPJCyF, Sala II, "Díaz", 12/11/2007.

6. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado…*, *op. cit.*, 2008, T. IV, p. 543.

7. Escrich, Luisa, "Comentario a artículos 195 a 198", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autònoma de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017, T. I, p. 519.

Interposición. Oportunidad

Como ya hemos adelantado, con la reforma de la Ley N° 6020 se derogó la audiencia prevista en el antiguo artículo 198, concentrando el tratamiento de esta clase de planteos en las audiencias que el Código prevé en los artículos 185,190, 199 y 223.

Se considera que la reforma ha sido un acierto claro, puesto que además de fortalecer la oralidad como metodología de debate de los planteos, fortalece mucho más el principio de concentración. A la disposición legal que ya existía y que estipulaba que cuando existieran dos o más excepciones para interponer estas deberían ser planteadas en conjunto, se le suma la referida regla de que solo se les dará tratamiento en las mencionadas audiencias.

Antes de la mencionada reforma, de la excepción interpuesta por una de las partes se corría traslado y una vez evacuada la vista, se fijaba audiencia dentro de los diez días, en la cual solo se trataba y se resolvía el planteo de excepción.[8]

La reforma legal se introdujo toda vez que en la práctica judicial se había observado cómo la reiteración de planteos de nulidad y de excepciones generaba una demora innecesaria en la sustanciación de la investigación penal preparatoria, con los consiguientes planteos, audiencias y recursos posteriores.

Ahora, independientemente de cuándo sean interpuestas, las excepciones son debatidas y resueltas en las eventuales audiencias de prisión preventiva (artículo 185), imposición de otras medidas restrictivas (artículo 190), cese de medidas cautelares (artículo 199) y en la obligatoria audiencia de etapa intermedia (artículo 223). Ello, toda vez que a partir de ahí adquiere relevancia y necesidad efectuar un planteo.

Son dos los momentos en los cuales un fiscal pretende utilizar un medio probatorio. Es decir, en oportunidad de solicitar y cesar la aplicación de una medida cautelar y luego de requerir la elevación a juicio, a la hora de evaluar su admisibilidad para el debate. Fuera de estos supuestos, y salvo que por su extensión temporal se generara una afectación a la garantía de toda persona a ser juzgada en un plazo razonable, el proceso pe-

8. Antiguo artículo 197 (texto según Ley N° 2303). "Audiencia. Resolución. Las excepciones se sustanciarán y resolverán en audiencia, sin perjuicio de continuarse la investigación preparatoria. Evacuada la vista dispuesta par el artículo anterior, el/la Juez/a llamará a audiencia dentro de los diez (10) días…".

nal en sí no causa ningún agravio al imputado. De este modo, un planteo de la defensa, ya sea nulificante o de excepción, devendría improcedente hasta tanto el fiscal no demuestre su intención de utilizar esa evidencia.[9]

En conclusión, solo en esos momentos la fiscalía o la acusación privada pueden utilizar medios de prueba para argumentar sobre la aplicación de medidas cautelares o solicitar la admisión de esos medios de prueba a juicio oral. Es por ello que concentrar las excepciones en esos dos estadios implica un progreso en el sistema procesal penal, garantizando asimismo, la economía y la celeridad de las actuaciones.

Finalmente, con respecto al artículo 209 del Código Procesal Penal, entendemos que podría interpretarse que los requisitos estipulados (interposición por escrito junto a la prueba que pretenda hacerse valer para justificarla bajo consecuencia de inadmisibilidad) han perdido vigencia con motivo del análisis armónico con otro de los preceptos de este Código, concretamente el previsto en el artículo 223, en el cual se establece que en la audiencia se resuelven las nulidades y excepciones planteadas o que fueron diferidas para este momento. En este sentido, se ha dicho que

> … el Juez debe dar tratamiento a toda excepción que sea planteada por las partes en audiencia, con prescindencia de si la formuló o no oportunamente por escrito. Deberá evitar el tratamiento de las excepciones con un formato rígido de vistas y traslados.[10]

No obstante, hay quienes consideran que dichas exigencias –y en especial la de la sustanciación previa– deben permanecer a efectos de evitar que el planteo efectuado sea sorpresivo para la parte contraria.

De las excepciones en particular

a) Falta de jurisdicción o competencia

Se trata, como dijimos, de una excepción dilatoria; en consecuencia, si procede el planteo no implica la extinción de la acción penal

9. Nuevamente volvemos a aclarar que esto es así para todas las excepciones, salvo para la de incompetencia.

10. Rua, Gonzalo; González Postigo, Leonel, "El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias", en *Revista Sistemas Judiciales*, N° 21, Buenos Aires, CEJA e INECIP, 2018, p. 98.

sino únicamente la suspensión de la investigación para que se remita el caso al tribunal al que le corresponda entender.

A los fines de la explicación de esta excepción, las acepciones de "jurisdicción" o "competencia" no tienen diferencias, sin perjuicio de las atribuidas en la teoría por la doctrina, que deben ser mencionadas.

Se ha dicho que la jurisdicción "se trata de una potestad para resolver, mediante la decisión motivada, el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado de conformidad con la norma penal."[11] Por otra parte, competencia, "es el ámbito lícito dentro del cual los órganos judiciales pueden cumplir con su específica función de desplegar la tarea jurisdiccional."[12]

Específicamente, en un plano procesal la falta de jurisdicción o competencia es la facultad que tienen las partes de plantear la incompetencia al juez interviniente en la causa por el procedimiento de declinatoria. Así, comprende el planteo acerca de que la causa no corresponde al ámbito jurisdiccional donde se está tramitando y sobre la falta de competencia por razón de materia, territorio o conexidad.

En primer lugar, con respecto a la competencia en razón de la materia, podemos coincidir en que analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del Tribunal Superior de Justicia y de la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF, los criterios fueron modificándose de un extremo al otro a lo largo de los años. Y actualmente nos encontramos en una etapa harto amplia, en la cual se acepta competencia en razón de la materia sobre delitos que no se encuentran receptados en los Convenios de Transferencia.

Sin perjuicio de remitir a lo ya comentado en el Libro I, Título II de esta obra, recordemos brevemente que en el año 2000 se firmó el primer convenio de transferencia de competencias penales desde la justicia nacional en lo criminal y correccional a la justicia local,[13] que entró en vigencia a fines de 2003. Luego, en 2004, se suscribió el segundo convenio, que tras el dictado de la Ley N° 2257 (CABA) y Ley Nacional N° 26357, empezó a regir a mediados del año 2008. Con posterioridad, en el año 2011, se sancionó la Ley Nacional N° 26702, que implicaba una tercera transferencia

11. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, 1993, p. 34.

12. Ibídem, p. 35.

13. Ley N° 597 (CABA) y Ley Nacional N° 25752.

de competencias que comenzó a regir parcialmente en marzo de 2018 y en su totalidad el 1 de enero de 2019.[14]

Además de ello, a partir del Fallo "Neves Cánepa" del Tribunal Superior de Justicia CABA,[15] se estableció el primer hito para continuar ampliando la competencia, ya que se dijo que la justicia local debería intervenir en todo delito creado con posterioridad a la promulgación de la Ley de garantía de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 24588, del año 1995).

La CSJN, en un principio y por varios años, mantuvo una posición restrictiva en torno a la amplitud de la competencia penal ordinaria de la justicia de la CABA (vgr. precedentes "Longhi"[16] y Cazón[17] entre varios).

La Cámara de Apelaciones también parecía seguir esa misma vía. Ejemplo de ello es el caso "Grispo Crespo, Ariel Alexandro",[18] del registro de la Sala II de la Cámara de Apelaciones, el cual recogió el criterio sostenido por la CSJN y dispuso que en supuestos de estrecha vinculación entre los hechos investigados resultaba conveniente, desde el punto de vista de una mejor administración de justicia, que la pesquisa quede a cargo de un único juzgado. Cuando uno de los delitos no se ha transferido a la órbita judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en esa oportunidad el delito de lesiones previsto en el artículo 89 del CP), correspondía que el caso en su conjunto fuera juzgado por el entonces denominado fuero correccional, que en definitiva, poseía la más amplia competencia para su conocimiento.

Ahora bien, ello se modificó tajantemente a partir del año 2015, con el fallo de la CSJN "Corrales",[19] donde se dijo que

> … el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación

14. Para un detalle de los delitos incluidos en cada etapa de transferencia, véase el referido comentario al capítulo de "Competencia" de esta obra (artículos 17 a 21).

15. TSJCABA, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Neves Cánepa, Álvaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/ infr. art.(s) 193 *bis* CP'", causa Nº 7312/10, 21/12/2010.

16. CSJN Fallos: 328:867, "Longhi, Viviana Graciela s/lesiones dolosas", 02/06/2009.

17. CSJN, "Cazón, Adella Claudia s/ art. 149 *bis*", C. 475. XLVIII. COM, 27/12/2012.

18. CAPPJCyF, Sala II, "Grispo Crespo, Ariel Alexandro", causa Nº 15141/12, 09/12/2013.

19. CSJN Fallos: 338:1517, "Corrales", 09/12/2015.

> fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local.

Esa línea argumental se mantuvo indemne desde aquel momento y se afianzó con el caso "Bazán"[20], cuando se estableció que de allí en más sería el Tribunal Superior de Justicia local "el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten –como en el caso– entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad. "Así, el Tribunal Superior de Justicia ha modificado la jurisprudencia que había consolidado con el precedente "Longhi", por lo que con el fallo "Giordano"[21] sentó la postura opuesta y estableció que

> … los órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad de distinta naturaleza (unos nacionales, otros locales) tienen potencialmente la misma competencia, pero coyunturalmente esta se halla dividida en función de los convenios vigentes de transferencias. No obstante, en caso de que se deba resolver un conflicto como el del sub lite y que sea necesario atribuir el conocimiento de la causa a un solo magistrado, este deberá decidir sobre la totalidad de los delitos imputados de competencia ordinaria, con independencia de la delimitación trazada por los convenios. Razones de mejor y más eficiente administración de justicia exigen evitar que, una vez determinada la competencia por este Tribunal, se susciten nuevos conflictos de este tipo a medida que avance el proceso. Esta regla rige, entonces, tanto para los jueces locales respecto de los delitos aún no transferidos, como para los jueces nacionales con relación a los ya transferidos.[22]

En conclusión, en la actualidad y por vía jurisprudencial se ha posibilitado que el fuero PPJCyF intervenga no solo en casos en los que se investigan y juzgan delitos transferidos o creados con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588 sino también en aquellos casos que ya

20. CSJN, Fallos: 342:509, "Bazán", 04/04/2019.

21. TSJCABA, "Incidente de competencia en autos Giordano, Hugo Orlando y otros s/ infr. art. 89, CP, lesiones leves s/ conflicto de competencia", causa N° 16368/19, 25/10/2019.

22. Conf. Consid. 3 del voto del juez Otamendi y de las juezas De Langhe y Weinberg.

existían con anterioridad y no fueron contemplados en las sucesivas transferencias de competencias.

b) Falta de acción

Según Clariá Olmedo, "por falta de acción ha de entenderse pues, ausencia temporal o definitiva del poder de ejercicio de acción penal con relación al proceso de que se trata".[23] Se ha dicho también que es la carencia de potestad o facultad para perseguir penalmente el delito.[24]

En este sentido, comprende causales impeditivas, obstáculos a la promoción del proceso o a su continuación; ilegalidad o extinción de los poderes de acción y jurisdicción frente al caso concreto.[25]

Es una falla en el ejercicio de la acción penal, y ello se puede deber a que quien persigue la misma no está legitimado a hacerlo (por ejemplo, el caso de una querella ejercida con poder general y no especial; o alguien que querella sin estar facultado legalmente para ello por no encuadrar en los requisitos del artículo 11, porque la persecución penal está sometida a una condición que no se cumplió (por ejemplo la instancia de la acción que prevé el artículo 73, CP) o porque se argumenta que concurre en el caso una excusa absolutoria (por ejemplo, la del artículo 185, CP). Puede tratarse también de impedimentos relacionados con la persona imputada (por ejemplo, porque tenga fueros o porque se argumenta o determina que es inimputable).

Los casos más comunes de utilización de esta excepción tienen que ver con las situaciones de falta de instancia (ya que en muchos casos de violencia de género se procede de oficio invocándose un interés público) y los planteos de vencimiento del plazo de la investigación penal preparatoria.[26]

23. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado…*, *op. cit.*, 2008, T. IV, pp. 557-558.

24. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, 1993, p. 329.

25. Escrich, Luisa, "Comentario a artículos 195 a 198", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dir.), *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, T. 1, p. 521.

26. Sobre la discusión en torno al establecimiento de plazos perentorios para la duración del proceso penal y las implicancias del fallo "Price" de la CSJN, remitimos al comentario del Libro II, Título II, Capítulo 5 de esta obra.

c) Manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho o falta de participación criminal del imputado respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio

El inciso c del artículo que se analiza contempla tres supuestos: 1) que la conducta no se encuentra tipificada en el ordenamiento legal; 2) que el hecho investigado no existió y 3) que el encausado no ha participado en él. Ello, teniendo como marco común la descripción del suceso realizada por el fiscal de primera instancia, ya sea en dos actos procesales relevantes, el decreto de determinación del hecho y/o el requerimiento de elevación a juicio.

Debemos tener en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en sostener que la excepción de atipicidad debe surgir de forma palmaria, por lo que para argumentar la excepción no resulta posible remitirse a cuestiones probatorias controvertidas, ya que si se da ese caso, en el que se requiere de profusa producción probatoria, el ámbito donde ello deberá debatirse es el juicio oral y público.

Ello no significa que no pueda producirse prueba alguna, solo que la atipicidad del hecho, o su inexistencia o la falta de participación del imputado deben surgir de manera manifiesta o requerir únicamente de evidencias de simple y rápida producción. No pueden quedar dudas de que el supuesto planteado por la Defensa se da en el caso, ya que la duda no conducirá a la desvinculación de la persona perseguida sino al juicio.[27]

Así, el Tribunal Superior de Justicia ha dicho que

> … si para sostener la excepción se acude a consideraciones anticipadas de naturaleza probatoria o a especulaciones de corte subjetivo, el defecto de la pretensión no es manifiestamente atípico y por lo tanto el tribunal carece de la facultad legal para pronunciarse anticipadamente en él.[28]

Por su parte la Cámara de Apelaciones del Fuero, en todas sus salas ha sostenido reiteradamente que: "es que la aplicación del instituto de excepción se restringe a aquellos casos en los que la atipicidad surja

27. CAPPJCyF, Sala II, "González, Nicolás y otros", Causa Nº 16909/14, 22/12/2015.

28. TJSCABA, "Ucha, Sebastián Alberto", Causa Nº 9166/12, 12/12/2014, voto de la Dra. Conde.

de forma patente, es decir, que el hecho por el cual el fiscal lleva adelante el proceso debe resultar palmariamente atípico".[29]

En definitiva, el alcance de esta excepción será siempre bastante limitado en lo que hace al análisis del mérito de la acusación.

De otro lado, si bien, como veremos después, para algunas posturas que sostienen la necesidad de evaluar dicho mérito en la etapa intermedia esto puede ser un punto negativo, si se lo piensa desde la lógica de la celeridad del proceso, la eficiencia del sistema de justicia y la lógica de la litigación, consideramos que esta regulación resulta lógica. Es que no puede permitirse que las audiencias en donde las excepciones pueden ser planteadas se transformen en un mini juicio, toda vez que son audiencias predominantemente argumentativas. Es imprescindible reducir la prueba al mínimo, en especial la testimonial.

Será fundamental el desempeño del juez, quien debe tener un rol activo e intervenir constantemente para generar un genuino contradictorio sobre cada información aportada por las partes.

Consideramos que las audiencias deben ser ágiles, evitándose la presentación de prueba testimonial que al demorar demasiado, puede implicar un verdadero anticipo del juicio. También, debe impedirse que las partes hagan alusiones genéricas, citas jurisprudenciales conocidas, etcétera, y el tiempo debe ser empleado en centrar la atención en los hechos controvertidos.

Lo hasta aquí anotado sin duda sería diferente si, al igual que lo que ocurre, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, en el procedimiento de CABA existiera un análisis del mérito sustantivo de la imputación en la etapa intermedia.

Esto incluso ha sido puesto de manifiesto en algunos precedentes donde se sostuvo que

> … en tal sentido, antes de celebrar un juicio oral y público, resulta necesario que el órgano jurisdiccional controle el mérito de la acusación pública o privada, en beneficio del derecho de defensa en juicio y de los principios de celeridad y economía procesal. A tales fines en nuestro ordenamiento procesal, el momento oportuno para cumplir con ese

29. CAPPJCyF, Sala I, "De Mare, Jesica Romina", Causa Nº 163181/14, 02/06/2015; Sala II, "Hulstkamp, Tommy", Causa N° 12358-01/15, 21/12/2015; Sala III, "Justel, Eduardo", Causa Nº 13431-01/14, 05/02/2016.

cometido, esto es el juicio o control sobre la acusación, consisten en la audiencia regulada por el artículo 210 (actual 223) del CPPCABA.[30]

Ante la ausencia de este mecanismo y siendo el criterio jurisprudencial referenciado una opinión minoritaria, en la práctica judicial las defensas utilizan cualquiera de los tres supuestos previstos en el inciso "c" a fin de que los jueces analicen y controlen el mérito sustantivo de la acusación. Así, muchas veces en casos en que el representante del Ministerio Público Fiscal no colecta prueba sólida y sin embargo requiere la elevación a juicio, la defensa interpone la excepción planteada, y solicita se sobresea al asistido, en virtud del artículo 210 del CPP.

Tres son los modelos de regulación de la etapa intermedia: el negativo, el facultativo y el imperativo.

En primer lugar, en el modelo de la elevación directa a juicio o negativo, la mera interposición del requerimiento de elevación a juicio fiscal provoca la celebración del juicio; así, tenemos el Código de Procedimientos de Bolivia sancionado en 1999, que mediante la Ley N° 586 del 2014 eliminó la audiencia de etapa intermedia, ello, a efectos de acelerar los procedimientos penales.

El segundo de los modelos, el facultativo, es aquel mediante el cual el control jurisdiccional se ejerce en oportunidad de que exista oposición del imputado. Caso contrario se remite directamente a juicio. Aquí se encuentra el CPPN (Ley N° 23984), ordenamiento por el cual la defensa en orden a lo previsto en el artículo 349 puede oponerse a la pretensión fiscal. De este modo, en los términos del artículo 350, el Juez dicta auto de elevación a juicio o sobreseimiento.

En tercer lugar contamos con el sistema imperativo; es el que establece que sin resultar requisito la oposición del imputado, se controla la pieza acusatoria. Ejemplos de este modelo son el Código Procesal Penal de Italia y el de la República Oriental del Uruguay.[31]

De acuerdo a la clasificación indicada, es claro que el CPPCABA se inscribe en el primero de los modelos, puesto que si bien –a diferencia de Bolivia– aquí sí existe una audiencia de admisibilidad de prueba

30. Ibìdem, Sala II, "Ale, Jessica s/ art. 149 bis, CP", Causa Nº 4111-02/2009, 18/03/2011. De la misma Sala, véase también "Machi Félix s/ art. 149 *bis*, CP", Causa Nº 26511/2010, 27/04/2011 y "Masino Claudio s / art. 181, inc. 1, CP", 29/05/2014.

31. Álvarez, Alejandro, "El control de la acusación", en *Revista Penal y Estado*, Nº 2, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 17.

para el debate, frente a la acusación la Defensa solo puede invocar hechos paralizadores o extintivos de la acción penal, mas no puede discutir si la prueba aportada por el fiscal es suficiente para ir a juicio.

Bertelotti, al analizar los institutos en comentario, entiende que el sistema de excepciones resulta muy limitado como para impedir el intento fiscal de elevar el proceso a juicio. Así, sostiene que

> … tampoco se regula el sobreseimiento –tan solo se alude a su dictado como consecuencia de la procedencia de una excepción perentoria– por lo que si la defensa quiere cuestionar el mérito sustantivo de la investigación fiscal solo podrá acudir a la excepción en cuestión.[32]

El autor reconoce que mediante la interposición de esos planteos no se logra un control jurisdiccional del mérito sustantivo: "no se provoca el examen del hecho imputado sino que, en virtud de otro hecho jurídico *(lato sensu)*, se trata de evitarlo", por lo que, en su opinión, "tal regulación de la única posibilidad en esta etapa de cuestionar el mérito sustantivo de la investigación fiscal deviene, ya desde el inicio, jurídicamente inapropiado".[33]

En su opinión, en el régimen del CPPCABA

> … la situación de un imputado será peor que si fuera juzgado bajo las reglas del Código de Levene (h.). En este último, de raigambre inquisitiva reformada, con seguridad dos personas (el juez de instrucción al procesar y el fiscal al requerir), y eventualmente cinco (los jueces de cámara que conozcan del recurso de apelación contra el auto de procesamiento) deberán estar de acuerdo en el que caso presenta elementos como para ir a juicio. En cambio en los códigos que hemos criticado, supuestamente inscriptos en un modelo acusatorio, será una sola persona, que para peor interesada, el fiscal, quien tendrá en exclusividad la posesión de la llave para abrir la puerta del debate. Nos parece que tal situación resulta inadmisible a la luz del sistema de pesos y contrapesos propios de un modelo republicano en estado de derecho.[34]

32. Bertelotti, Mariano, "El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación", en *La cultura penal: Homenaje al profesor Edmundo Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p. 107.

33. Ídem.

34. Ídem.

El Tribunal Superior, por su parte, ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión y ha dicho que

> … no cabe a los jueces subrogarse en el rol del acusador a los efectos de revisar las razones por las que este desechó prueba en el contexto de esa acusación o aquellas otras sobre cuya base intentará demostrar su caso en la etapa de juicio; es decir, no pueden revisar la estrategia procesal de quien insta la acción […] pretender fiscalizar en el *sub lite* la acusación del modo y en la etapa en que ello ocurre supone ejercer un control sobre el criterio de oportunidad con que se ejerce la acción incompatible con la función del juez. En otros términos, el control que ejerció el *a quo* sobre la acusación es equivalente a decidir acerca de cuándo el ejercicio de la acción penal (en el caso, pública) queda justificado; es decir, es equivalente a definir qué política criminal o estimaciones deben guiar la acusación; aún más, importa conducir el ejercicio de la acción penal y, eventualmente, limitarlo sin apoyo legal alguno.[35]

De lo hasta aquí expresado, queda claro que la excepción que se anota es insuficiente para poder revisar el mérito sustantivo del requerimiento acusatorio. Ahora bien, ¿es ello necesario?

Los códigos procesales penales, más allá de sus fuentes y diseños, son cuerpos normativos donde confluyen normas de diverso origen. A pesar de que el ordenamiento procesal de la CABA tiene una clara raíz adversarial, es frecuente observar normas que tienen su génesis en diseños mixtos o escritos. Ello se debe a que se trata de uno de los primeros códigos acusatorios del país y tomó como una de sus fuentes el Código Procesal Penal de la Nación, de clara raíz mixta o inquisitiva.[36]

Es que los códigos procesales como el local deben ser analizados desde la perspectiva del progreso en la aplicación de garantías y principios del proceso penal que implicó el abandono del sistema mixto, con resabios de la tradición inquisitiva. En este sentido, Leonel González Postigo ha dicho que

> … los sistemas procesales penales latinoamericanos adolecen de una discusión profunda sobre las implicancias de la etapa intermedia como una instancia de control sustantivo de la acusación […] lentamente

35. TSJCABA, "Escobar Neris", Causa Nº 9439/12, 27/12/2013.

36. Rua, Gonzalo, "La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina", en Rua, Gonzalo, *Estudios sobre el sistema penal adversarial*, ediciones Didot, p. 30.

> comienza a visualizar que se trata de una audiencia central del modelo acusatorio.[37]

En igual sentido Binder[38] afirma una de las funciones relevantes de la etapa intermedia: "muchas de las grandes decisiones de política procesal que le dan carácter al proceso penal pasan por esta fase intermedia y por el modo concreto como se controla el resultado de la instrucción". Desde esta perspectiva, la audiencia intermedia cobra protagonismo para dar respuesta a la discusión generada respecto al control del mérito sustantivo.

En nuestro Código Procesal, dicha audiencia es compleja toda vez que tiene varios hitos: a) presentación de la acusación y discusión de vicios formales; b) presentación de excepciones; c) acuerdos tardíos; y d) discusión de admisión de pruebas para juicio.

Brevemente, describiremos el último de los puntos, la regulación de los criterios de admisibilidad como filtros probatorios (ello, toda vez que en el comentario al capítulo correspondiente a la clausura de la IPP se abordan minuciosamente todas las cuestiones atinentes a este momento del proceso).

Así, la perspectiva adversarial comprende la idea de que los criterios probatorios son límites que el acusador debe superar para pasar a la etapa de juicio oral. En este sentido, las partes pueden oponerse a la admisión de la prueba testimonial por distintos supuestos: impertinencia, sobreabundancia, prueba dilatoria o ilícita.

Rua y González Postigo desarrollaron unas guías útiles que relatan paso a paso el rol del juez en la audiencia de etapa intermedia al analizar la admisibilidad probatoria:

> Los jueces deben analizar la pertinencia de la prueba bajo dos supuestos: cuando la misma no guarda relación con el objeto del juicio (irrelevancia material), o cuando la prueba si bien guarda pertinencia con la *litis*, su inclusión tiende a generar más un prejuicio en el juzgador que en prueba de alta calidad (irrelevancia lógica) [...] Los jueces deben analizar la admisión de prueba, aun en los casos en que la contraparte no efectúe oposición alguna, debiendo excluir aun de oficio prueba obteni-

37. González Postigo, Leonel, "La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación", en González Postigo, Leonel: Martínez, Santiago, *Investigación y acusación*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2018, p. 148.

38. Binder, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 231.

> da por medios ilícitos, que resulte sobreabundante o dilatoria (control sobre la calidad de la información que se pretende introducir y sobre los tiempos que demanda obtenerla). Asimismo el juez podrá resolver exclusiones temáticas, referidas a ciertos hechos de los que un testigo admitido en juicio no podrá declarar, ya sea por prohibiciones legales o por ilicitud probatoria.[39]

Continúan explicando los dos autores cómo resolver sobre la admisibilidad de la prueba, en este caso la prueba material, informativa y documental:

> Tras fijar el punto contradictorio, el juez resolverá teniendo en consideración que la prueba documental podrá ser incorporada solamente si se trata de prueba material independiente, descartando toda evidencia que solo resulte ser la manifestación de un testigo (por ejemplo, declaraciones previas, actas, etc.). Asimismo a los fines de su incorporación por lectura, se tendrá especialmente en cuenta que se trate de documentos debidamente estandarizados y que su acreditación de ese modo no afecte el contradictorio. Después hará lo propio con la prueba de la defensa.[40]

De este modo, mediante la utilización al máximo de los criterios de admisibilidad de prueba, sumado a los otros tres puntos que versan la audiencia de etapa intermedia: presentación de la acusación y discusión de vicios formales, presentación de excepciones, y acuerdos tardíos; todo ello resulta suficiente como filtro de casos con prueba deficiente en la acusación fiscal.

Concretamente, el caso con prueba insuficiente generalmente va a pasar a la etapa de juicio, toda vez que es difícil que el juez pueda analizar el mérito sustantivo. Sin embargo, el acusador se va a encontrar desprovisto de prueba y no le va a quedar otra alternativa que desistir del juicio oral.

Otra de las razones que podrían esgrimirse para fundar la ausencia del control jurisdiccional sobre el requerimiento acusatorio fiscal en el CPPCABA es que, de acuerdo a las bases mismas del sistema adversarial, previo al juicio oral no debe valorarse la prueba.[41] Es decir,

39. Rua, Gonzalo; González Postigo, Leonel, "El rol del juez…", *op. cit.*, p. 99.

40. Ídem.

41. Ello con la obvia salvedad de cuando es necesario evaluar la imposición de medidas de coerción.

la audiencia de etapa intermedia es preparatoria del juicio, así resulta argumentativa sobre el contenido de la información recolectada por las partes.

Bajo esta lógica adversarial en pugna con la tradición inquisitiva, Binder es claro con la errada importancia de la etapa preparatoria y su perspectiva hacia el juicio oral como la etapa fundamental por excelencia:

> La investigación que se ha llevado a cabo a lo largo de la instrucción o investigación preliminar consiste en la acumulación de un conjunto de información [...] la fuerza es tan grande, que tiende a ocupar el centro de la escena procesal; esta es una perspectiva profundamente errada y, por supuesto, no es la perspectiva constitucional [...] se debe destacar su importancia: esta es la etapa plena y principal del proceso penal: en realidad todo el sistema procesal pivotea sobre la idea y organización del juicio. Asimismo solo es posible comprender cabalmente un sistema procesal si se lo mira desde la perspectiva o desde la atalaya del juicio penal.[42]

Por último, en consonancia con la idea de prescindir de un control sustantivo de la requisitoria fiscal, la doctrina chilena, en oportunidad de analizar el Código Procesal Penal de ese país, entiende que no corresponde en la etapa intermedia un control sustancial de la acusación fiscal, toda vez que, el fin de esta etapa no es pronunciarse sobre el fundamento y seriedad de la mentada requisitoria.[43]

En la misma línea argumental, Horvitz Lennon y López Masle consideran que el control de la acusación es meramente formal y no sobre su mérito.

> Se contempla en forma expresa, en el Código Procesal Penal, una fase intermedia que separa la investigación preparatoria de la realización del juicio. Dicha etapa comienza con la formulación de la acusación y culmina con la resolución jurisdiccional de apertura del juicio oral. Pero a diferencia de la gran mayoría de los sistemas del mismo ámbito jurídico-cultural, la etapa intermedia no cumple con la función de control negativo de la acusación que habitualmente se le asigna en la legislación comparada. En efecto, el control de la acusación es mera-

42. Binder, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, pp. 245-255.

43. Carocca Pérez, Alex, "Etapa intermedia o de preparación del juicio oral en el nuevo proceso penal chileno", en Carocca Pérez, Alex; Riego, Cristián; Baytelman, Andrés; Vargas, Juan E., *Nuevo Proceso Penal*, Santiago, Jurídica Conosur, 2000, pp. 119-120.

> mente formal y no sobre su mérito. Solo abarca la corrección de los vicios formales de que ella pudiera adolecer, así como la resolución de todas aquellas incidencias que pudieran dilatar la realización ininterrumpida del juicio.[44]

A ello, agregan que

> … las razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjeros, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y con cautelar la independencia judicial, por la otra, reafirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces.[45]

Finaliza diciendo que

> … la justificación para omitir el control judicial negativo de la acusación, fundado en la suficiencia del mérito de la misma, radicaría pues en la necesidad de erradicar, para evitar cualquier rebrote inquisitivo, toda posibilidad de intervención de los jueces en la decisión de acusar.[46]

Para analizar la cuestión debatida, se establece que los filtros probatorios existentes (y, lo que es más importante, los que en la práctica se aplican) son insuficientes para controlar los casos que la acusación quiere llevar a la etapa del juicio oral. Sin embargo, consideramos que la solución no radica en la instauración de un control jurisdiccional del mérito acusatorio, ya que eso sería un regreso a la tradición inquisitiva que todavía está latente. La instalación de las nuevas prácticas del sistema acusatorio resulta dificultosa como en cualquier proceso reformado. Coincidimos con González Postigo en que

> … la comprensión y litigación de la audiencia de etapa intermedia es una de las áreas más sensibles en donde se dará el enfrentamiento entre el paradigma acusatorio que se quiere instalar y el inquisitivo que se busca dejar atrás".[47]

---

44. Horvitz Lennon, María I.; López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, T. 1, p. 15.

45. Ibídem, p. 16.

46. Ibídem, p. 17.

47. González Postigo, Leonel, "La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control sustancial de la acusación", en González Postigo, Leonel; Martínez, Santiago, *Investigación…*, *op. cit.*, p. 169.

El desafío central es construir estándares de admisibilidad que contribuyan a la obtención de información de alta calidad y con ello, reducir al máximo los márgenes de error de los sistemas, siendo la audiencia oral el ámbito en donde todas las partes deben aportar su cuota de responsabilidad.

d) Cosa juzgada

Indefectiblemente es una excepción perentoria, en efecto, si procede la interposición del presente remedio, el trámite de la causa culmina.

En primer lugar, a efectos de aproximarnos al concepto de la mentada excepción, inequívocamente podemos afirmar que procede de cuando luego de una sentencia condenatoria o absolutoria firme (o también un sobreseimiento o un caso cerrado por aplicación de alguna salida alternativa), se intenta una acción penal contra la misma persona por el mismo hecho.

La excepción de cosa juzgada tiene como objetivo la plena operatividad y vigencia de la garantía contra el doble juzgamiento y la persecución múltiple.

Así, la CSJN ha caracterizado la cosa juzgada en estos términos:

> Que cabe finalmente recordar que la autoridad de la cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y debe respetarse salvo los casos en que no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial, puesto que aquélla supone la existencia de un juicio regular donde se haya garantizado el contradictorio y fallado libremente por los jueces.[48]

Asimismo, se ha consolidado la idea tanto en jurisprudencia como en doctrina que la cosa juzgada constituye una aplicación del principio *ne bis in idem*. Sobre este punto, sí debemos recordar que no son necesariamente lo mismo. Dicho de otro modo, el principio mencionado puede ser garantizado constitucionalmente mediante otras defensas u oposiciones, por ejemplo, la excepción de litispendencia.

Por último y sin perjuicio de este matiz en la diferencia teórica, la procedencia de la excepción por cosa juzgada opera en oportunidad a

48. CSJN, Fallos: 308:84, "Plaza", 11/02/1986.

que se haya producido una vulneración al *ne bis in idem*, cuyos requisitos se traducen en tres identidades: referidos al sujeto, objeto y causa de la pretensión.

En la misma línea, se ha expedido la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF en los precedentes: "Claros Gamboa, Richard";[49] "Amozaín, Fabián Alberto"[50] y "Rodríguez, Alejandra Marcela".[51]

e) Amnistía

La amnistía es una atribución legislativa según lo establecido por el artículo 75, inciso 20 de la Constitución Nacional. Corresponde al Congreso conceder amnistías generales, por lo que el carácter debe ser general, descartándose el individual.

D'Albora afirma que "Aunque, en principio, obedece a razones políticas, nada obsta a que comprenda también delitos comunes. Aun de haber mediado condena, el hecho amnistiado no se puede tomar en cuenta a los fines de la reincidencia, a diferencia de lo que sucede con el indulto".[52]

En efecto, de las definiciones aludidas, entendemos que la amnistía no es una excepción de previo y especial pronunciamiento en sentido estricto, sino más bien una causal extintiva de la acción fundada en un perdón excepcional dictado por el Estado para determinados hechos delictivos.

> Es una ley de olvido, que trae aparejada la amnesia total de una o varias acciones penadas, como si no hubiera existido y lo actuado no hubiera sido punible, de ahí que se diga con razón, que borra la acción penal y si hubiera dictado sentencia, también a esta.[53]

49. CAPPJCyF, Sala I, "Claros Gamboa, Richard", Causa N° 16699/15, 28/12/2015.
50. Ibídem, Sala II, "Amozaín, Fabián Alberto", Causa N° 12103/12, 10/03/2015.
51. Ibídem, Sala III, "Rodríguez, Alejandra Marcela", Causa N° 4590- 02/14, 26/02/2016.
52. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal…*, *op. cit.*, 1993, p. 336.
53. Lazzarini, José, "Indulto presidencial durante el proceso", en *LL* 1989-D-1116-1117.

Procede desde el momento del hecho y hasta después de dictada la condena, y su aplicación puede ser dispuesta de oficio por el juez.[54]

No procede ante casos de graves violaciones a derechos humanos.[55]

f) Litispendencia

Cabe señalar que la excepción de litispendencia procede cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto.

Como bien señala D'Albora, la excepción de litispendencia

> ... procura evitar la simultaneidad del trámite en dos procesos diferentes, aunque con idéntico objeto procesal y la conmoción que podrían producir eventuales pronunciamientos contradictorios. El planteamiento se subordina al análisis del requisito extrínseco de admisibilidad de la pretensión, consistente en la simultánea consideración de su sujeto, objeto y causa, al igual que en el caso de la cosa juzgada [...] la forma de solucionarla consiste en la remisión al tribunal del primer proceso o en el archivo de las actuaciones del posterior; aunque el segundo proceso concluye, estimamos anodino dictar un sobreseimiento en este mientras aquel continúa. Si se dan aquellas identidades, la consecuencia es que, por el momento, el tribunal no puede pronunciarse sobre el derecho del actor; la pretensión pierde eficacia pero puede replantearse.[56]

En esta línea, se impone la necesidad de evitar que una misma pretensión sea, simultánea o sucesivamente, juzgada dos veces, con la consiguiente violación a la garantía contra el doble juzgamiento. Con respecto a sus efectos, la excepción es considerada como dilatoria.

Con exactitud Maier señala que

> Dos objetos procesales son idénticos, y no permiten persecuciones penales distintas simultáneas o sucesivas, cuando la imputación consiste en la

54. Escrich, Luisa, "Comentario a artículos 195 a 198", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, T. 1, p. 528.

55. Corte IDH, "Barrios Altos vs Perú", 07/12/2012. Allí se dispuso que: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párr.41).

56. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal...*, *op. cit.*, 7ª ed., 2005, p. 734.

> misma acción u omisión concreta aun cuando solo afirmadas hipotéticamente. [...] Se debe tratar, así de la misma acción u omisión, imputada dos o más veces. Se explica, acertadamente, que ello sucede cuando permanece la misma idea básica tras la múltiple imputación, una fórmula sintética y sencilla para resolver casos posibles conflictos. Ella hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque en alguno de ellos se prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en el otro.[57]

Por otra parte, la litispendencia al igual que la cosa juzgada, también constituye una aplicación del principio *ne bis in idem*. Es decir que a efectos de que se haga lugar a esta excepción, es requisito que conjuguen las tres identidades, tal como fuera explicitado en el acápite de excepción de cosa juzgada.

El riesgo a una doble condena como también a temperamentos contradictorios es lo que vuelve operativa la excepción de litispendencia, sin que se requiera un temperamento firme en ninguno de los dos procesos. Y ese riesgo ocurre en oportunidad de dos procesos diferentes con idéntico objeto procesal, causa y sujeto.

En este sentido, resulta sustancial el aporte de Binder sobre la revisión de la sentencia condenatoria y cuál es el riesgo concretamente:

> ... sin embargo, si puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución. Lo inadmisible es pues, no la repetición del proceso sino una doble condena o el riesgo de afrontarla.[58]

g) Prescripción

En primer lugar, no podemos definir la prescripción como una excepción de previo y especial pronunciamiento en sentido estricto, ya que es una causal extintiva de la acción penal. Sin perjuicio de ello, las partes pueden utilizar esta vía a efectos de plantear la prescripción de la acción penal.

57. Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996, pp. 608-609.

58. Binder, Alberto, *Introducción...*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 167.

Puede ser interpuesta por cualquiera de las partes o ser resuelta por el juez de oficio, en cualquier estado del proceso.

La prescripción es un instituto de orden público que se produce de pleno derecho por el transcurso del plazo legal sin que se verifiquen circunstancias que la suspendan o interrumpan, y su posible concurrencia debe ser analizada y en su caso declarada en forma previa a toda decisión sobre el fondo del asunto. Así lo ha entendido la CSJN.[59]

El máximo tribunal ha entendido también en varias oportunidades que la prescripción opera como un especie de sanción a la ineficacia del Estado y, en situaciones particulares, funciona como un instrumento para el cumplimiento de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable,[60] aun si en el caso concreto no hubiera transcurrido el plazo legal contemplado en el CP.[61]

Apelación

La decisión que se adopte respecto de la procedencia o no del planteo de excepción será apelable dentro del tercer día, término más acotado que el principio general de cinco días.

TÍTULO VIII
Archivo

Capítulo Único

Artículo 212. Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión

El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando:

a. A criterio del Ministerio Público Fiscal el hecho resulte atípico.

59. CSJN, Fallos: 318:2491, 225:179, 311:2205 y 186:396, entre otros.

60. CSJN, Fallos: 344:378, "Escudero, Maximiliano Daniel s/ recurso de casación", 23/03/2021 y las citas allí explicitadas.

61. Este criterio se ve reforzado aún más luego del ya mencionado precedente "Price", que declaró la inconstitucionalidad de una norma provincial que establecía plazos perentorios para la duración del proceso penal (muchos más breves, obviamente, que los de prescripción), bajo consecuencia de archivo y efecto de cosa juzgada.

b. A criterio del Ministerio Público Fiscal la acción esté prescripta o extinguida. Esta decisión deberá ser convalidada por el/la Juez/a.

c. El/la autor/a sea inimputable o se encuentre amparado/a en alguna causa de justificación o exención de pena. Esta decisión deberá ser convalidada por el/la Juez/a.

d. De la objetiva valoración de los elementos acompañados surja claramente que no hay posibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho.

e. La naturaleza e importancia del hecho no justifiquen la persecución, cuando la decisión no contraríe un criterio general de actuación.

f. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún/a imputado/a para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél/la hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El/la imputado/a beneficiado/a quedará obligado/a a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado/a y deberá ser informado/a fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo.

g. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, respecto de algunos de los hechos investigados, cuando contra una o varias personas se investiguen varios hechos y por el concurso real de delitos se hubiera arribado con sólo algunos de ellos a la máxima escala de pena posible y/o resulte innecesaria la persecución por todos para arribar al resultado condenatorio adecuado.

h. Se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el artículo 217 inciso 2. También se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto. Para que proceda el archivo por esta causal en caso de pluralidad de víctimas, deberá existir acuerdo con la totalidad de ellas.

i. Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara en los delitos culposos, cuando el/la imputado/a hubiera sufrido, a

consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.

Artículo 213. Archivo por proceso injustificado

Cuando el/la Fiscal disponga el archivo por considerar que por la naturaleza e importancia del hecho no se justifica la persecución, la víctima podrá plantear la revisión de la medida ante el/la Fiscal de Cámara dentro del tercer día.

Si el/la Fiscal de Cámara confirmara la decisión del/la Fiscal de Primera Instancia, esta se mantendrá. Si el/la Fiscal de Cámara considerase que los elementos reunidos son suficientes para promover la investigación preparatoria, designará al/la Fiscal que deberá proceder en consecuencia.

Artículo 214. Archivo por autor desconocido

Cuando el/la Fiscal disponga el archivo de las actuaciones por no haber podido individualizar al/la imputado/a, deberá notificar a la víctima de domicilio conocido que al formular la denuncia haya pedido ser informada, quien dentro del tercer día podrá oponerse al archivo ante el/la Fiscal de Cámara indicando las pruebas que permitan efectuar la individualización.

Si el/la Fiscal de Cámara aceptara la oposición planteada, deberá ordenar la prosecución de la investigación con el cumplimiento de las medidas propuestas.

El archivo dispuesto por esta causa no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecen datos que permitan identificar al/la imputado/a.

Artículo 215. Archivo por falta de pruebas

Cuando el/la Fiscal disponga el archivo por no haber podido acreditar que el hecho efectivamente ocurrió, o individualizar al/la imputado/a o por el supuesto contemplado en el inciso a) del artículo 212, debe notificar al/la damnificado/a, a la víctima, al/la denunciante, quien dentro del tercer día podrá oponerse al archivo ante el/la Fiscal de Cámara indicando las pruebas que permitan acreditar la materialidad del hecho.

Si el/la Fiscal de Cámara aceptara la oposición planteada, deberá ordenar la prosecución de la investigación con el cumplimiento de las medidas propuestas.

El archivo dispuesto por esta causa no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecen datos que permitan probar la materialidad del hecho.

Artículo 216. Efectos del archivo

Si el archivo se hubiera dispuesto por las causas previstas en los incisos a), b), c), f) e i) del artículo 212, la resolución del/la Fiscal o en su caso del/la Fiscal de Cámara será definitiva y el Ministerio Público Fiscal no podrá promover nuevamente la acción por ese hecho.

En los casos previstos en el inciso f), la víctima no podrá ejercer la acción penal contra el/la imputado/a respecto del/la cual se dispuso el archivo. Si el archivo se hubiera dispuesto por las otras causales previstas en el artículo mencionado, se podrá reabrir el proceso cuando se individualice a un/a posible autor/a, cómplice o encubridor/a del hecho, aparecieran circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución y cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación.

Introducción

El artículo 71 del Código Penal dispone el inicio de oficio de todas las acciones penales, lo cual implica el deber del Ministerio Público Fiscal de promover la acción ante la comisión de todo delito,[62] fijando a su vez la prohibición de suspenderla una vez iniciada. Dicho deber estatal resume en pocas palabras el principio de legalidad adoptado por nuestra legislación.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que existe una sociedad altamente conflictiva, que pone cotidianamente a prueba la capacidad del sistema penal. En efecto, esta visión "conflictivista", interpreta al injusto como una realidad que dinamiza lo social y que está presente en todos los aspectos de la vida en comunidad. Esto enfrenta la existencia

62. Ello, con las excepciones previstas en los artículos 72 y 73 del mismo cuerpo legal.

de un número inabarcable de sucesos relevantes para el derecho penal, y visibiliza la imposibilidad estructural de perseguir la comisión de toda conducta disvaliosa.

Por otro lado, debe señalarse que el paradigma del principio de legalidad, mantiene bajo las sombras la selectividad natural del sistema,[63] trabaja sobre un círculo de casos, sin reflexionar sobre el criterio de elección, sin un razonamiento crítico sobre el conflicto abordado, sin un control predeterminado y sin un desarrollo sobre los criterios teóricos que determinan que una conducta deba ser perseguida con mayor ahínco por sobre otra.

Ante dicho panorama, el operador jurídico tiene la tarea de hacerse cargo de la naturaleza seleccionadora del sistema y de reflexionar al momento de poner en marcha la maquinaria penal, a fin de organizar de un modo eficiente los escasos recursos con los que cuenta el Estado.

Es así que, ante los inconvenientes prácticos y la crisis del paradigma de la legalidad, el movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina ha comenzado a flexibilizar esta estructura rígida de la obligatoriedad del ejercicio del poder punitivo por medio del principio de oportunidad, el cual establece un norte hacia el cual debe orientarse el funcionamiento del sistema, otorgando una serie de facultades al órgano acusador que le permiten no seguir adelante con el castigo de ciertos ilícitos.

Dicho principio puede conceptualizarse como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia aun cuando concurran las condiciones ordinarias para perseguir y castigar. [64]

63. Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 6. "Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (Estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforma el sistema penal".

64. Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 32-33.

Cabe indicar que el paradigma de la oportunidad lleva a formalizar los mecanismos de selección de casos y ello torna menos ilegítima y arbitraria la realidad de la justicia, en tanto establece parámetros para trabajar sobre un número determinado de conductas criminales, sabiendo que ello no conlleva el tratamiento de la totalidad de delitos cometidos.[65]

Los beneficios de este modelo van más allá de lograr una mayor eficiencia burocrática,[66] pues, si bien aporta herramientas que permiten descongestionar el sistema judicial, a su vez, combate la desigualdad que sufren los más débiles (*ajustando la selección de la persecución penal a criterios racionales e imponiendo controles*); sortea total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando el imputado ayuda en la investigación de ilícitos graves (*figura del "arrepentido"*); nos habilita a convenir (*bajo ciertas condiciones*) la menor extensión de la pena por acuerdo entre el acusador y el acusado, acelerando y bajando los costos de un proceso ordinario, accediendo a una rápida resolución del conflicto; o priorizando otros intereses por sobre la pena, por ejemplo teniendo en cuenta la reparación del daño a la víctima.

Ahora bien, como un ejemplo extremo del principio de oportunidad, puede mencionarse el sistema penal norteamericano, el cual desconoce por completo el principio de legalidad. En él, la oportunidad constituye la regla sobre la cual descansa todo el funcionamiento del sistema y es el fiscal quien domina por completo el procedimiento.

Estas facultades no se limitan a la posibilidad de desistir libremente de la acusación, sino que también cubren un amplio espectro de actos "intermedios", por así decirlo, como es la potestad del fiscal de plantear una reducción de cargos sobre los cuales se ha basado la acusación o que constan en el sumario policial; inclusive, el ministerio público puede conferir inmunidad, en compensación por haber colaborado con el gobierno en la investigación.

---

65. Aquí aparece el concepto conocido como "cifra negra", el cual se refiere a la diferencia existente entre los hechos punibles efectivamente perpetrados y los que han llegado a conocimiento oficialmente. Ver en este sentido Maier, Julio, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1996, p. 386.

66. Neumann, Juan M., "Algunos puntos de partida para lograr una investigación penal garantista y eficaz", en García Yomha, Diego; Martínez, Santiago (coords.), *El proceso penal adversarial: Lineamientos para la reforma del sistema judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 196 y ss.

Al respecto, cabe destacar la existencia del instituto del *plea bargaining*, el cual implica una verdadera negociación de la acción penal mediante la cual el fiscal puede concertar con el imputado condiciones más favorables para este último (como ser una reducción de los cargos) a cambio de una declaración de culpabilidad (*guilty plea*).[67]

A diferencia del sistema judicial estadounidense, en la República Argentina se ha adoptado el sistema de oportunidad reglada, propio del derecho continental-europeo y esta posibilidad de disponer de la acción por parte del órgano acusador constituye una excepción, donde la discrecionalidad del Fiscal se limita a las situaciones taxativamente estipuladas por la ley, es decir no promoviendo la acción o desistiendo de su ejercicio, cuando esto le sea permitido, sujetándolo incluso, en algunos supuestos, a la convalidación del juez.[68]

De este modo, puede decirse que las políticas públicas que regulan la persecución del delito otorgan al Ministerio Público Fiscal una serie de criterios racionales a fin de imponer controles para ajustar los criterios de selección de casos y, a su vez, permiten organizar los recursos del Estado de un modo eficiente, a fin de destinarlos a perseguir hechos que revistan un verdadero interés social.[69]

En definitiva, los distintos incisos contenidos en el artículo 212 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –en adelante CPPCABA–, se nos presentan como una serie de instrumentos que habilitan al operador judicial a desestimar un caso –a través

67. Maier, Julio; Roxin, Claus; Rusconi, Maximiliano; Bertoni, Eduardo; Guariglia, Fabricio; Cerletti, Marco; Folgueiro, Hernán; Bruzzone, Gustavo, *El Ministerio Público en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, pp. 90-91.

68. Cafferata Nores, José, *Cuestiones actuales…*, *op. cit.*, p. 34.

69. Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 58-59. "La gestión eficiente de riesgos y recursos ha producido un sistema que es crecientemente selectivo en sus respuestas frente al delito. Existe actualmente una práctica bien desarrollada de focalizar los recursos (en las zonas urbanas con tasas altas de delito, en los delincuentes reincidentes, en las víctimas repetidas y en los delincuentes de alto riesgo); de controlar los casos que ingresan para excluir aquellos triviales o de bajo riesgo (salvo cuando se considera que están vinculados a asuntos más serios de seguridad pública); y una generalizada conciencia de los costos en la asignación de los recursos de la justicia penal, incluyendo los fondos para la investigación, los cronogramas de juicios, la supervisión de la *probation* y las plazas de las prisiones […] conservar los recursos costosos del control del delito para los delitos más serios y los individuos más peligrosos…".

del archivo de la denuncia– limitando de este modo los conflictos que oportunamente serán llevados a juicio, abandonando la persecución de comportamientos delictivos menores[70] –como así también a aquellos que debido a su naturaleza deben ser descartados– y concentrando los esfuerzos para aquellas situaciones cuya única solución radica en la intervención del sistema penal.[71]

Mecanismos de control sobre el ejercicio de la acción penal

Llegados a esta altura, puede decirse que apartarnos del principio de legalidad constituye un gran avance en el camino que lleva hacia un sistema penal más racional, transparente, eficiente e igualitario. Sin embargo, el enraizamiento de la cultura inquisitorial en las prácticas judiciales en nuestro país se exhibe por medio de la inclusión de una serie de mecanismos de control implementados luego del archivo de la denuncia, en algunos de los supuestos que a continuación se detallarán.

Así, el artículo 212, CPPCABA, en sus incisos b) *–prescripción o extinción–* y c) *–causa de justificación o exención de pena–*, le otorga la potestad al Juez de controlar la decisión del Fiscal de primera instancia; mientras que en los incisos f) *–arrepentido–*, g) *–condena por el delito más grave–* e i) *–pena natural–*, dicha potestad se deposita en el Fiscal de Cámara.

70. Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 221. En el ámbito del principio de oportunidad el concepto de insignificancia implica que es menos relevante que otros casos o que su importancia no es suficiente con relación a los costos de la persecución penal.

71. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5° sesión ordinaria, Despacho N° 1245, 29/03/2007. El legislador porteño consideró que: "al mismo tiempo, la investigación de manera desformalizada permitirá una celeridad real en la pesquisa que, por consecuencia de las facultades otorgadas a la fiscalía para disponer de la acción, permitirá concentrar los esfuerzos en los aspectos relevantes para el juicio y en los sujetos cuya persecución realmente importa a la sociedad".

Supuestos de archivo	Convalidación jurisdiccional	Conformidad Fiscal de Cámara
Inc. a) atipicidad	No	No
Inc. b) prescripción o extinción	Sí	No
Inc. c) causa de justificación o exención de pena	Sí	No
Inc. d) imposibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho	No	No
Inc. e) la importancia del hecho no justifique la persecución	No	No
Inc. f) Arrepentido	No	Sí
Inc. g) Condena por el delito más grave	No	Sí
Inc. h) Mediación	No	No
Inc. i) Pena natural	No	Sí

Vale recordar que el Ministerio Público Fiscal se organiza vertical y jerárquicamente,[72] a diferencia de la estructura jurisdiccional, la cual se rige por una cierta "horizontalidad" (más allá de las instancias), ya que un juez no tiene mayor jurisdicción que otro, sino que se diferencian por tener una competencia funcional diferente.

En tal sentido, la posibilidad de controlar el accionar del Fiscal de primera instancia por parte de su superior jerárquico (Fiscal de Cámara) puede verse como una posibilidad para corroborar la adecuada aplicación de los criterios de política criminal dispuestos por el Fiscal General.

72. Ley N° 1903, art. 5: "Organización jerárquica: La organización jerárquica dentro de cada ámbito del Ministerio Público, y en los respectivos fueros, constituye el fundamento de las facultades y responsabilidades disciplinarias que en esta ley se reconocen a los distintos magistrados o funcionarios que lo integran y determina que cada uno de sus miembros controle el correcto desempeño de sus funciones por parte de los/as magistrados/as o los/as funcionarios/as de menor nivel jerárquico y quienes los/las asisten. Los titulares de cada uno de los tres organismos que componen el Ministerio Público elaboran criterios generales de actuación de sus integrantes, los que deben ser públicos y comunicados por escrito a cada uno de ellos/as y simultáneamente a la Legislatura y al Consejo de la Magistratura de la CABA Estos criterios no pueden referirse a causas o asuntos particulares ni ser contradictorios con la misión de cada integrante del Ministerio Público de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad…".

Por su parte, la convalidación jurisdiccional resulta de dificultosa justificación. ¿Por qué si la acción pública es detentada e impulsada exclusivamente por el Ministerio Público es un juez quien decide, en última instancia, sobre el archivo?

Uno de los argumentos que pueden esgrimirse al respecto es el del juego de pesos y contrapesos que existe entre los poderes de un Estado republicano. Concretamente, las nuevas facultades reconocidas al acusador público lo ubican en un sistema de poder concentrado y, de este modo, resultaría válido pensar que el hecho de depositar de manera total la carga de la acción en un órgano, cuya ubicación funcional dentro de la estructura estatal configura un problema,[73] podría significar una desnaturalización de la administración de justicia.

Sin perjuicio de ello, es complicado describir esta desconfianza del legislador respecto del MPF, pues ¿cuál sería el argumento racional que explique por qué se desconfía del Ministerio Público y no se cuestiona lo que ocurre con los jueces?

Al respecto, no existe contradicción alguna con que sea el mismo Ministerio Público el que se autocontrole ante los supuestos de los incisos b) y c) del artículo 212 (por ejemplo, a través de un dictamen del Fiscal de Cámara), así como son los jueces quienes controlan las decisiones de otros jueces.

En efecto, la redacción del mentado artículo puede derivar en algunos inconvenientes prácticos al momento de archivar un caso por las causales previstas en los incisos inc. "b" y "c" (donde se incluye el control jurisdiccional como requisito para el archivo), pues ¿qué sucede si el Fiscal dictamina el archivo de una denuncia y el juez no está de acuerdo?

A este respecto, vale traer a colación lo resuelto por la Cámara de Apelaciones del fuero PPJCyF en el caso "Marchetti". Allí se resolvió

73. El problema de la ubicación funcional del Ministerio Público, constituye una discusión doctrinaria que ha dado lugar a tres grupos de soluciones: 1) quienes afirman que la actividad requirente es similar a la jurisdiccional; 2) otros consideran que se trata de una actividad distinta a la jurisdiccional, pero que, en última instancia, influye enormemente en la administración de justicia (para estas dos corrientes el Ministerio Público debe formar parte del Poder Judicial); y 3) se sostiene que el Ministerio Público es quien canaliza la política criminal de un Estado y que, por lo tanto, debe permanecer en la órbita del Poder Ejecutivo, que es el poder administrador de políticas por excelencia. Véase Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 324.

declarar la inconstitucionalidad del artículo 199 –actual artículo 212–, inc. c) del CPPCABA, toda vez que dadas

> … las características del sistema acusatorio, la acción penal se encuentra en cabeza del Ministerio Público Fiscal, y atento a la independencia funcional de este, se torna inconstitucional cualquier ley o acto que pretendiera sujetar al titular de esa acción a otra autoridad, invalidando cualquier instrucción o directiva vinculada a su competencia procesal. Que dicha independencia tiene rango constitucional por ser una directa derivación del artículo 13 de la Constitución de la Ciudad y se asimila dicho supuesto al previsto en el artículo 348 del CPPN, que fuera declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Quiroga". En razón de ello corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 199 inc. c) del CPPCABA, y en consecuencia revocar lo dispuesto.[74]

Sobre los supuestos de archivo en particular

En tal sentido, de las distintas causales para proceder al archivo que fueran mencionadas por el legislador en la redacción del artículo 212, nos abocaremos al análisis de algunas de ellas, destacando aquellos supuestos que ameritan un estudio pormenorizado.

A) Acción penal extinguida

De este modo, en el inciso b ("A criterio del Ministerio Público Fiscal la acción este prescripta o extinguida. Esta decisión deberá ser convalidada por el Juez"), el legislador se ajustó a un nuevo paradigma del control del tiempo judicial, intentando restaurar la idea de perentoriedad, que en la práctica cotidiana no solía generar consecuencias graves para los funcionarios públicos.

En esta perspectiva, debe señalarse que para la inquisición la sentencia siempre fue un fracaso. En efecto, esta vieja concepción hoy sobrevive oculta en nuevas y complejas prácticas de postergación permanente de las decisiones de fondo y en la idea general de que el verdadero ejercicio de poder radica en el trámite del proceso y no en la

74. CAPPJCyF, Sala III, "Marchetti Octavio s/ art. 149 bis parr. 1 CP", Causa N° 10501-00/13, 21/04/2014. En el mismo sentido resolvió la aludida Sala en "M. V., J. J. s/ art. 149 bis, Amenazas –CP", Causa N° 14206/2016-0.

resolución final. De este modo, al volver estricto y más rígido el control temporal, se afectan prácticas centrales de la tradición inquisitorial.[75]

Así, el proceso de reforma de la justicia penal en América Latina ha impuesto una serie de mecanismos de control de la duración del proceso, los cuales obligan al Estado a ejercer la persecución penal en un tiempo determinado y a su vez, dicho poder estatal también se encuentra supeditado a la ocurrencia de determinadas situaciones de hecho, como ser la muerte del imputado; la amnistía; por medio de la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada; por aplicación de un criterio de oportunidad; por conciliación o reparación integral del perjuicio; por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba.

A su vez, la imposición de mecanismos de control de la duración del proceso se ve refrendada por otros límites temporales impuestos al acusador, en función de los cuales debe finalizar la investigación en plazos muchos más breves que el de prescripción de la acción.[76]

B) Persecución injustificada

El legislador porteño, en el inciso "e" del artículo 212, incluyó otra excepción a la obligación de perseguir todas las acciones penales, atenuando este principio de oficiosidad dispuesto por el artículo 71 del Código Penal para los casos en que el daño ocasionado por el autor fuera considerado insignificante o no existiese una afectación considerable al interés público.

En efecto, el concepto de insignificancia es distinto al utilizado en el ámbito del Derecho Penal, donde se utiliza a fin de determinar que una acción no es típica; aquí, el desinterés estatal en la persecución de la conducta se funda en la escasa relevancia penal del comportamiento, es decir, el conflicto es menos relevante que otros o que, sencillamente, su importancia no justifica el costo del proceso.

75. Binder, Alberto, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, p. 36.

76. No desconocemos, por supuesto, la reciente jurisprudencia de la CSJN en el precedente "Price" (Fallos: 344:1952, 12/08/2021). Sin embargo, consideramos que existen buenas razones para criticar la doctrina allí sentada por el Alto Tribunal. Para un mayor desarrollo de estos temas, remitimos al comentario del Libro II, Título II, Capítulo 5 de esta obra.

Por ejemplo, puede citarse el ejemplo del caso iniciado en razón de un daño provocado a una ventana de un automóvil cuya reparación fue cubierta por el seguro del vehículo o el supuesto de un incendio de pequeñas dimensiones que fuera extinguido sin intervención de las fuerzas de seguridad y que no puso en riesgo la integridad física de persona alguna, como así también la resistencia a la autoridad en el marco de un procedimiento de detención, donde a pesar de la desobediencia del imputado el arresto se concreta, pues se entiende que dicho comportamiento puede ser el producto de la inquietud y el nerviosismo que generan este tipo de escenarios. Si bien en estas situaciones se trata de acciones típicas cuyos autores podrían ser llevados a juicio, estos casos pueden ser archivados conforme lo dispuesto por la norma en comentario.

Así, se torna relevante lo sostenido por el reconocido profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien expresa que

> … si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales.[77]

En este sentido, como ha destacado tanto la CSJN como la Corte IDH, ante el pedido de habilitación de poder punitivo no se puede prescindir de tener en cuenta los principios de lesividad, proporcionalidad y de utilización de la vía punitiva exclusivamente como el último recurso frente a los conflictos más graves.

En esa línea, la CSJN ha señalado que "el derecho penal debe ser la *ultima ratio* del orden jurídico y el *principio pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derecho acuerde al ser humano frente al poder estatal",[78] mientras que la Corte IDH sostuvo que

> …la tipificación de delitos no debe resultar contraria al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario condu-

77. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, 2ª ed., 1997, p. 479.

78. CSJN, Fallos: 331:858, "Acosta", 23/04/2008.

> ciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado [...] el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido.[79]

Coincidiendo con Binder, un esquema de política criminal democrático debe regirse por la aplicación de los siguientes principios: 1) de *ultima ratio* –el cual obliga al Estado a utilizar sus instrumentos violentos solo como última instancia, como último recurso, como la última posibilidad que tiene de intervenir como reacción al daño causado– 2) de mínima intervención –no se debe introducir violencia allí donde no existe–; 3) de no naturalización –la utilización de la violencia no se corresponde "naturalmente" a un tipo de conflicto–; 4) economía de la violencia –la autorización del uso de violencia no puede ser rígida–; 5) de utilidad –no se puede utilizar violencia ineficaz o inoperante o que produzca resultados mínimos–; y 6) de respaldo –la política criminal "ayuda" siempre a otra política, no tiene finalidades propias–.[80]

En definitiva, el inciso bajo análisis invita al operador jurídico a no perder de vista la gravedad en la afectación de derechos que implica la respuesta punitiva y, en especial, a la inconcebible desproporción entre la insignificante o nula afectación de bienes jurídicos y los recursos económicos que el Estado destina al proceso judicial.

C) La inclusión de la figura del arrepentido

La inclusión de la figura del arrepentido se exhibe, en principio, como otra de las muestras que alinean el esquema procesal porteño con el paradigma de la oportunidad, pues habilita al Fiscal a abandonar o suspender el ejercicio de la acción penal ante la ayuda brindada por el delator.

Así, se instaura en el proceso penal porteño la figura del "arrepentido"[81] –o también llamado "delator"– como una herramienta

79. Corte IDH, "Kimel vs. Argentina", 02/05/2008, párrs. 76 y 77.

80. Binder, Alberto, *La implementación...*, *op. cit.*, pp. 106-109.

81. Ver Riquert, Marcelo, "El delator (¿arrepentido?) en el derecho penal argentino", 2010, p. 2. Disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100831_01.pdf [Fecha de consulta: 08/04/2023].El cual debe diferenciarse del mero informante o confidente policial, cuya utilización por parte de las fuerzas de seguridad se desarrolla sin apoyatura legal -más allá de que se podría eventualmente inten-

más para proceder al archivo del caso, premiando así al imputado que colabora aportando información relevante con la finalidad de esclarecer el hecho que configura el objeto de la investigación, individualizar a los autores –*y/o partícipes*– y/o recuperar bienes que fueren provecho del ilícito.

El arrepentido encuentra cierto parecido con las llamadas "técnicas especiales de investigación" o "medios extraordinarios de prueba", las cuales comprenden una serie de institutos mediante los cuales se flexibilizan algunos principios que rigen en materia de prueba, en pos de lograr una mayor eficacia en la investigación de un conflicto determinado. Dentro de estas técnicas, encontramos las figuras del agente encubierto, revelador o informante, entrega vigilada, denunciante anónimo o intromisiones domiciliarias a distancia, que contemplan el llamado "ciberpatrullaje".[82]

Si bien toda modificación legal que proponga una mejora de eficacia en el proceso penal nos lleva a preguntarnos si se menoscabarán garantías, la aplicación del arrepentido dispara una gran cantidad de dudas sobre su utilización. Entre las críticas que se le realizan se puede mencionar la desigualdad inmanente que existe entre el Estado y el individuo al momento de efectuarse la negociación, la crítica moral[83] que conlleva perdonar un delito a quien, sin arrepentirse, traiciona a sus secuaces, como así también el hecho de que su inclusión podría derivar en el hecho de focalizar los recursos estatales en la búsqueda de algún coimputado arrepentido, abandonando los caminos tradicionales para reconstruir el hecho penalmente relevante.

Dentro de estas críticas y si bien la causal de archivo prevista en el inc. f) del artículo 212 brinda un mayor poder de manejo de la acción al acusador público –circunstancia que permitiría incluir este institu-

tar darle un encuadre normativo, garantizando entre otras cosas la estricta reserva de su identidad-, y donde por lo tanto predomina la informalidad; extremo que muchas veces trae problemas respecto de la forma en que puede o no introducirse al plexo probatorio y valorarse su aporte en un trámite que siga los lineamientos del "debido proceso legal".

82. Esta última medida no se encuentra contemplada en el CPPCABA.

83. Garland, David, *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Ciudad de México, Siglo XXI, 1999, pp. 41-44. Cabe recordar la teoría esgrimida por Durkheim sobre la función social del castigo, quien ve en el proceso un ritual ceremonial, realizado para reafirmar la solidaridad del grupo y restaurar el orden moral violado por el criminal, lo cual se encuentra seriamente alterado en caso de premiar la conducta del sujeto que delata a otro, dejando impune su accionar.

to dentro del paradigma de la oportunidad–, llama la atención que la utilización del arrepentido como causal para poner fin al proceso menoscaba el nuevo rol asignado a la víctima.

No puede negarse el choque entre los intereses del damnificado y la necesidad del Estado de lograr una mayor eficacia en la investigación. Por lo tanto, debemos preguntarnos si los derechos de la víctima pueden ser dejados de lado, simplemente, por la utilidad social, o si por el contrario, como toda expropiación, debe ser reparada y debe estar claramente establecida la utilidad pública.[84]

Por otra parte y sin perjuicio de que para algunos la inclusión del instituto del arrepentido en el proceso penal constituye uno de los pilares del principio de oportunidad, puede cuestionarse su similitud con los métodos aplicados durante la inquisición. Pues se advierte a simple vista que el Estado y el imputado no se encuentran en igualdad de armas, toda vez que el Ministerio Público Fiscal –quien lleva adelante la acusación– tiene a su servicio la totalidad de la maquinaria punitiva del Estado y ello, indudablemente, influye en la libre decisión del imputado.

En efecto, la aplicación de la figura bajo estudio podría ser comparada con los interrogatorios efectuados durante dicha etapa histórica, cuya finalidad era lograr la confesión del acusado a cualquier precio.

Si bien los patrones culturales cambian con el tiempo, no son monolíticos y el desarrollo cultural tiende a ejercer una influencia directa sobre los patrones de castigo y los medios de investigación; la utilización de la figura del arrepentido se presenta como un medio del que el operador judicial se sirve, a fin de obtener un resultado que lleva al límite los valores éticos de la sociedad[85] (justificando la utilización de un medio controversial para lograr un fin), los derechos fundamen-

84. Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 222.

85. Garland, David, *Castigo…*, *op. cit.*, p. 234 y las citas allí mencionadas. Puntualmente, la objeción moral que conlleva la puesta en marcha de este instituto radica en que nos hallamos ante una persona responsable de una conducta ilícita que, además de no arrepentirse de su comportamiento, resulta beneficiaria de una mejora de su situación procesal, a cambio de traicionar la confianza de sus copartícipes. Para algunos esta circunstancia animaría a una cultura de la traición dentro de la sociedad.
A su vez, puede traerse a colación lo sostenido por la teoría de la afinidad cultural del castigo, mediante la cual se propone que las políticas penales que adopta una sociedad tienden a imitar o reflejar las formas culturales vigentes en ella. Semejanzas, paralelos y afinidades vinculan los castigos con una cultura más vasta, y las formas específicas de penalidad se entienden como una expresión o incluso un efecto de las formas genera-

tales del acusado. Concretamente, nos referimos a las garantías constitucionales de defensa en juicio y el derecho del imputado a declarar libremente sin autoincriminarse[86] y los principios correspondientes al Estado social y democrático de derecho (libertad e igualdad).

En tal sentido, resulta lógico que la posibilidad de aplicar esta herramienta se ciña a un criterio excepcional, limitando su uso a determinados supuestos de suma complejidad y gravedad, taxativamente estipulados. En concreto, inicialmente se contempló para perseguir organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico,[87] al terrorismo,[88] al secuestro extorsivo,[89] a la trata de personas.[90] Luego, con la sanción de la Ley N° 27304, este abanico de conductas se amplió considerablemente.[91]

---

les de cultura. Ello configura una situación preocupante, pues la traición exhibida por el arrepentido implicaría la aceptación implícita de esta actitud como un valor social.

86. Este aspecto, no obstante, resulta opinable ya que la figura de la que hablamos se materializa en el proceso a través de un acuerdo. De todas maneras, en caso de optar por su utilización, deberán extremarse los recaudos para verificar que la decisión de quien adoptará el rol de "arrepentido" ha sido tomada libremente.

87. Ley Nº 23737, art. 29 *ter*, conf. modificación de la Ley N° 24424, luego derogado por Ley N° 27304.

88. Ley N° 25241, art. 2.

89. Ley N° 25742, que tuvo lugar luego de un secuestro extorsivo seguido de muerte de gran repercusión mediática (caso "Blumberg"). Ese caso generó entre los años 2003 y 2006, veintisiete modificaciones al Código Penal. Entre estas modificaciones se halla la del art. 142 bis CP *in fine* "[…] La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad." y art. 170, *in fine* "[…] La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad".

90. Ley N° 26364, modificación que luego fue también derogada por la Ley N° 27304.

91. La mencionada Ley modificó el artículo 41 ter del CP, el que quedó redactado del siguiente modo: Artículo 41 ter: "Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la Ley N° 23737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142

Pues, como venimos sosteniendo, debe considerarse que nos hallamos ante una figura que genera una indudable tensión entre los derechos fundamentales del imputado –como así también de la víctima– y la eficacia de la investigación.

Ahora bien, es cierto que el sistema procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta la última transferencia de competencias,[92] no se encontraba atravesado por delitos que impliquen el accionar de redes criminales complejas. En la actualidad, dicha situación cambió radicalmente y el Ministerio Público Fiscal porteño se enfrenta a algunas investigaciones de mayor complejidad, como pueden llegar a ser las de delitos contra la administración pública, defraudación a la administración pública y los previstos en la Ley N° 23737 que son de competencia ordinaria. Ellos, en ocasiones, pueden llegar a implicar a imputados inmersos en una estructura criminal que avale dicho accionar.

Sin embargo y más allá de estar de acuerdo o no con la implementación del arrepentido, el desarrollo efectuado deja en claro que se trata de una figura cuya utilización debe provenir del estudio pormenorizado del caso y con un criterio sumamente restrictivo, reservado para casos de gran relevancia institucional y de compleja investiga-

ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal; g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal; i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal. Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena solo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa". Asimismo, dicha ley introdujo –entre otras cosas– precisiones acerca de los criterios para aplicar los beneficios y fijó reglas procesales sobre los requisitos del llamado "acuerdo de colaboración".

92. Como ya se ha dicho en otra parte de esta obra, acaecida entre marzo de 2018 y enero de 2019.

ción, toda vez que su aplicación resulta controversial desde un punto de vista ético y de las garantías del imputado.

No se debe perder de vista que utilizar esta herramienta puede derivar en la condonación de conductas ilícitas, como así también que la obtención de la confesión del delito se da por medio de la seducción que constituye la mejora de la situación procesal para el acusado.

El nuevo rol de la víctima

En la actualidad, la figura de la víctima ha venido recorriendo un camino que la separa cada vez más del sitio que supo ocupar hace apenas unas décadas atrás. Pues ha dejado de ser aquel ciudadano desafortunado que llevaba a cuestas las consecuencias del delito y cuyo interés se hallaba subsumido al interés público estatal.

Hoy en día, es común la difusión en los medios de comunicación de temas vinculados al interés y los sentimientos de las víctimas, las familias de las víctimas y las víctimas potenciales. Ello obedece a un cambio de paradigma, mediante el cual se procura que estas dejen de ocupar aquel exclusivo rol de denunciantes y testigos y sean efectivamente protegidas, sus voces escuchadas, se honre su memoria y tengan, de alguna manera, la posibilidad de expresar su ira.

En efecto, el papel de la víctima ha sufrido cambios en los últimos siglos, pues debe recordarse que en las civilizaciones antiguas, donde regía el principio acusatorio, su rol era imprescindible. Sin ella el proceso no tenía lugar. En estas comunidades el debate era una confrontación entre partes cuya única finalidad era solucionar el problema que aquellas mantenían.

Luego, en la Edad Media, ese modelo de solución de conflictos se reemplazó por un modelo de decisión vertical, lo que provocó que la víctima fuera desplazada del núcleo del proceso, dando lugar a la persecución penal pública, donde la ofensa ya no era contra el propio damnificado del hecho delictivo, sino contra el mismo Estado.

A partir de allí, las víctimas dejaron de influir en el curso del proceso, se vieron totalmente desprotegidas frente a la absorción de su pretensión por parte del Estado y padecieron en forma plena las consecuencias económicas, psicológicas y sociales provocadas por el delito.

En efecto, el sistema penal prestó atención a los padecimientos de las víctimas luego de la Segunda Guerra Mundial y a partir de allí, se intentó compensar este compromiso histórico que el sistema de enjuiciamiento penal mantenía con este actor procesal.

Desde entonces, comenzó a tomarse consciencia sobre la situación de la víctima ante el delito y se fueron implementando distintas políticas de protección, en el ámbito universal, en el europeo y en el americano, pero de más está decir que ello ocurrió con una velocidad de implementación diversa y con un alcance distinto.

Ahora bien, puede decirse que el Estado tiene el monopolio de la acción penal, pues tiene el poder de investigar (por medio del Ministerio Público Fiscal) y de juzgar (ejercida a través de los jueces, quienes son también funcionarios estatales), reservándole a la víctima, únicamente, la facultad de denunciar.

Sin embargo, la facultad otorgada al órgano encargado de llevar adelante la persecución penal para poner fin a la investigación por medio del archivo de las actuaciones, se vio influenciada por la actual revalorización de la figura de la víctima, la cual ha recobrado su importancia original en el proceso, en razón de la influencia ejercida desde el sistema interamericano de derechos humanos en la República Argentina.[93]

Esto hizo que el diseño rígido de acción pública que caracterizó tanto al país, como a América Latina históricamente, comience un proceso de flexibilización, marcado por algunas normas que aumentaron el control de la víctima sobre el caso, dotándola de facultades

93. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos constituye un entramado normativo que se caracteriza por la progresividad en la tutela de los derechos de la persona humana. En efecto, los derechos de las víctimas aparecen reconocidos en diversos instrumentos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que: "… toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente […] para la determinación de sus derechos…" (art. 8, párr. 1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "… toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial […] para la determinación de sus derechos…" (art. 14, párr. 1). A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que la víctima tiene derecho de presentar cargos en una acción penal, y tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales, reconociendo incluso que ese derecho es esencial para impulsar el proceso y llevarlo adelante (Conf. Resolución N° 34/96 de la CIDH).

vinculadas a la posibilidad de revisar el accionar del Ministerio Público –entre otras–.[94]

Pues bien, la legislación procesal ha reconocido amplias potestades a las víctimas que han marcado un cambio de paradigma al respecto, pues, de considerarla un actor negativo, pasó a comprender su situación, revalorizando su búsqueda de reparación y justicia.

Así, ante la potestad del acusador de archivar el caso, el legislador otorgó al damnificado la posibilidad de expresar su desacuerdo, en caso de no compartir el criterio de archivo esgrimido por el Fiscal de primera instancia y, en consecuencia, la víctima puede solicitar que el Fiscal de Cámara revise dicho dictamen (artículo 40 inc. f) "a requerir la revisión del archivo dispuesto por el/la fiscal, aun cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante, en los casos previstos por este Código y a ser notificada de las resoluciones que pueda requerir su revisión".

De este modo, el Fiscal de Cámara es quien, ante el pedido de la víctima, analizará el accionar del Fiscal de primera instancia y determinará si la solicitud del denunciante de continuar con la investigación debe proceder, dictaminando el desarchivo del caso o si, por el contrario, convalida el archivo oportunamente dispuesto, poniéndole un cierre definitivo a la pretensión del damnificado.

En tal sentido, las herramientas que el principio de oportunidad otorga al Ministerio Público se ven limitadas por el nuevo rol preponderante de la víctima y, de este modo, se activan los frenos y contrapesos que, además de satisfacer el anhelo de dar una mayor participación a la ciudadanía en la persecución penal, inclinan la balanza de la tolerancia social ante la comisión de determinados delitos.

Por otra parte, la revisión de archivo solicitada por la víctima constituye una oportunidad para el Fiscal de Cámara de controlar el trabajo realizado a lo largo de la investigación por el Fiscal de primera instancia, así como de corroborar la adecuada aplicación de los criterios de política

94. Los derechos de la víctima se encuentran previstos en el art. 40 del CPPCABA, el cual reivindica a dicho actor procesal, respetando los lineamientos del Sistema Interamericano. El principal antecedente legislativo a nivel local es la Ley N° 6115, de 2018, mediante el cual se modificó la redacción del art. 37, CPPCABA –actual art. 40–.

criminal,[95] dispuestos por el Fiscal General, asegurándose que los recursos materiales y humanos del Estado sean destinados a la persecución de las conductas criminales que efectivamente importen a la sociedad.

Asimismo, en los casos archivados por falta de prueba (artículo 212, inc. d, del CPPCABA) el denunciante, sin tener la obligación de constituirse en querellante, puede incluir en el pedido de revisión la evidencia que no había incluido en un inicio, o a su vez, el Fiscal de Cámara, basándose en el deber de obediencia del Fiscal de grado, puede ordenar la realización de nuevas medidas de prueba a efectos de esclarecer el hecho a investigar.

En resumidas cuentas, en la actualidad el sistema acusatorio se organiza alrededor del reconocimiento del poder individual de la víctima como dueña natural de la acción y, tal como señala Alberto Binder, lo que debe justificarse es la participación del Estado a través del Ministerio Público ya sea porque la víctima es débil en sí misma, ya sea porque se trata de una víctima comunitaria con una debilidad de gestión, o porque se trata de una víctima que es la más indefensa de todas como lo es la sociedad en su conjunto.[96]

Archivo por proceso injustificado

De acuerdo con lo previsto en el artículo 213, en las denuncias que traten sobre hechos donde la afectación al bien jurídico protegido por la norma penal resulte vulnerado de manera ínfima, el fiscal podrá no seguir con la investigación de dichos casos mediante su archivo, poniéndole fin a la acción promovida y consiguiendo, de este modo, los beneficios mencionados al momento de tratar el principio de oportunidad.

Conforme expresa Binder y ya hemos explicado, en el ámbito del aludido principio, el concepto de insignificancia implica establecer que un caso es menos relevante que otros o que su importancia no es suficiente en relación a los costos de la persecución penal.[97]

95. Entendida como "… el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal…". Véase Binder, Alberto, *Introducción…*, *op. cit.*, 2ª ed., 1999, p. 45.

96. Ibídem, p. 215.

97. Ibídem, p. 221.

Aquí, el legislador porteño fijó un punto de equilibrio entre los beneficios de archivar un caso por criterio de insignificancia y la importancia del nuevo rol de la víctima en el proceso penal (en consonancia con lo dispuesto en los artículos 11 y 38 del CPPCABA).

Sin perjuicio de ello, ante este supuesto, donde la denuncia es archivada por considerarse que la importancia del hecho no justifica la puesta en marcha del sistema penal, se otorgó a la víctima (entendiéndose como tal tanto al mero denunciante como al querellante) la facultad de solicitar su revisión, con el objeto de que el superior jerárquico del Fiscal de primera instancia revea el dictamen cuestionado y, eventualmente, determine la reapertura de la investigación o la confirmación del archivo.

En este sentido, si la Fiscalía de Cámara hace lugar a lo solicitado por el denunciante, el fiscal de grado, a pesar de los fundamentos dados para archivar el caso y del hecho de poder dejar plasmada su disidencia al respecto, debe acatar lo dispuesto en el dictamen de reapertura (conforme el principio de organización jerárquica previsto en el artículo 5, de la Ley N° 1903) y de este modo, llevar a cabo las diligencias necesarias para continuar con el trámite de la pesquisa (las cuales pueden ser sugeridas desde la Fiscalía de Cámara).

> A este respecto, vale hacer mención de lo manifestado durante el tratamiento parlamentario que antecedió a la sanción de la norma, en cuanto se refirió que: … la participación activa de la víctima, como parte querellante con pleno ejercicio de la acción o como mero denunciante con derecho a ser informado y facultades para promover la revisión jerárquica del archivo, constituye un elemento esencial para el adecuado control de las facultades otorgadas al Ministerio Público Fiscal (artículos 10 y 37/39). Que también, cuando se considere que el caso excede el interés general y el Ministerio Público Fiscal desista de su persecución, la víctima querellante podrá ejercer la acción para obtener la resolución del conflicto.[98]

Por otro lado, si el fundamento del archivo se encuentra en los otros apartados (es decir, atipicidad –inc. a–, extinción de la acción –inc. b–, inimputabilidad –inc. c–, por aplicación de la figura del arrepentido –inc. f –, o pena natural –inc. i-), el dictamen tendrá efecto de cosa juzgada material, motivo por el cual, la investigación no podrá reabrirse.

98. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5° Sesión Ordinaria, 29/03/2007, despacho 1245.

En definitiva, el dictamen mediante el cual se archiva una denuncia de acuerdo con lo previsto en el artículo 212, inciso e, del CPPCABA, no da fuerza de cosa juzgada material, pues el caso puede reabrirse ante el supuesto de que existan circunstancias que habiliten un cambio de criterio que permita su reapertura.

Ante dicho panorama, se habilita a la defensa a solicitar el sobreseimiento y el cierre definitivo del proceso ante el juez interviniente.

Archivo por autor desconocido

La situación advertida por el legislador tiene lugar ante los supuestos donde, luego de haberse recibido la denuncia y efectuado las tareas de investigación necesarias para dar con el imputado, su identidad no pudo ser revelada. Así, el archivo vuelve a presentarse como una herramienta que permite cerrar un caso cuya prosecución implicaría un dispendio infructuoso de recursos estatales.

Sin embargo, se impone la obligación de notificar a la víctima que lo hubiera requerido la cual, en caso de poseer algún indicio que permita establecer la identidad del autor, podrá plantear la revisión del caso ante el Fiscal de Cámara –ya sea facilitando datos a tal fin o proponiendo tareas de investigación–, quien, en caso de acceder a tal pedido, en función de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley N° 1903, ordenará al Fiscal de grado que materialice las medidas presentadas.

De este modo, el archivo así dispuesto –independientemente de la postura tomada por la víctima luego de ser notificada al respecto– permite su reapertura ante el eventual surgimiento de nuevos elementos que permitan identificar al autor del delito denunciado. En tal sentido, dicha decisión no produce un efecto abstracto de cosa juzgada, sino que se trata, simplemente, de la no prosecución del trámite de una denuncia, que puede ser admitida nuevamente si se modifican las condiciones que motivaron la decisión de cesar su trámite.[99]

99. Solimine, Marcelo, "Desestimación por inexistencia de delito en el Código Procesal Penal de la Nación ¿hace cosa juzgada material?", en Bertolino, Pedro; Bruzzone, Gustavo (comps.), *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D'Albora*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2005, p. 482 y ss.

Archivo por falta de pruebas

El artículo 215 aplica a supuestos donde no exista evidencia que respalde el testimonio del denunciante (o los hechos relatados en el sumario policial si se hubiera iniciado por prevención policial) que permita tener por suficientemente acreditados los extremos expuestos al momento de dar inicio a la investigación, lo que se traduce en una imposibilidad de efectuar una imputación concreta contra algún sujeto.

En tal sentido, se otorga al Fiscal de grado un momento de evaluación preliminar de la investigación, para el caso en que los impedimentos que surgieron durante la pesquisa, al momento de obtener la evidencia necesaria que permita sostener la tesis acusatoria formulada en el decreto de determinación de los hechos, no resulten suficientes para endilgar la comisión de un hecho a un sujeto.

Así, el legislador porteño, dándole nuevamente un marco legal al principio de oportunidad, aporta una herramienta que permite evitar el dispendio infructuoso de recursos estatales.

Por otra parte, resulta importante señalar que los casos archivados por esta causal solo adquieren fuerza de cosa juzgada formal, pues se permite la reapertura del caso cuando, luego de ser notificada, la víctima solicita la reapertura de la investigación ante el Fiscal de Cámara, quien puede convalidar u ordenar la realización de las medidas de prueba que no fueran oportunamente materializadas.

Sin embargo, cabe destacar una aparente inconsistencia en la norma, si la comparamos con lo estipulado por el artículo siguiente. En efecto, el artículo 215 parece remitir al supuesto de archivo regulado por el inciso "d" del artículo 212[100] pero también –y esta vez sí de modo expreso– al supuesto de archivo por atipicidad. Cuando se refiere a las consecuencias de esa decisión, señala que el caso podrá reabrirse si aparecieren nuevas pruebas.

En el artículo 216, no obstante, dispone –a nuestro criterio correctamente– que entre otros, el supuesto de archivo contemplado en el inciso "a" del artículo 212 tendrá efecto de cosa juzgada. Creemos que

100. Decimos "parece" porque no lo menciona expresamente y, en rigor, el art. 212 no hace ninguna mención a un "archivo por falta de pruebas". No obstante, consideramos que la opción más acorde es la que indicamos.

este aparente error no es tal ya que la consecuencia evidente del archivo de un caso por no encuadrar en tipo penal alguno debe ser, sin duda, la cosa juzgada material, dado que frente a un supuesto fáctico que no tiene relevancia penal carece de importancia que en el futuro aparezcan nuevos elementos para probarlo.

Lo que sí es dable esperar en una futura reforma al texto del CPP, es que se mejore la técnica legislativa a efectos de evitar equívocos.

Efectos del archivo

Como se analizó anteriormente, existen distintos modos de finalizar la investigación de manera previa a requerir el caso a juicio. A su vez, cabe destacar que el archivo de las actuaciones puede ser total o parcial cuando se imputen múltiples sucesos o existan diferentes imputados. Por su parte, será total cuando la investigación se cierre respecto de todos los hechos objeto del proceso y en favor de todos los acusados, mientras que será parcial cuando se archive el caso dejando activa la investigación, al menos, respecto de un hecho.

Ahora bien, puede que el Fiscal no dé con elementos suficientes para formalizar la acusación, ya sea porque se demostró que el suceso no ocurrió o incluso, si este ocurrió, existe una imposibilidad de encuadrarlo en alguna norma penal –entre otros supuestos– y de este modo, se pone fin a la pesquisa, dando lugar a la desvinculación del imputado de manera anticipada a la realización del debate.

Visto de esta forma, debe aclararse que la causal de archivo escogida para dar fin al caso implicará su cierre definitivo o permitirá que en un futuro la investigación se reabra. Es decir, las distintas formas de finalizar la investigación de manera alternativa al requerimiento fiscal de juicio tienen distintos efectos.

En tal sentido, en los supuestos en que el Fiscal decida dictaminar el archivo de un caso en los términos del artículo 212 del CPPCABA, conforme los siguientes incisos: inc. a) –atipicidad–, inc. b) –prescripción o extinción–, inc. c) –causa de justificación o exención de pena–, inc. f) –por aplicación de la figura del arrepentido– y/o por el inc. i) –pena natural–, dicha resolución adquiere fuerza de cosa juzgada y es asimilable a una sentencia de sobreseimiento.

Con referencia a ello, debe señalarse que el cierre del caso, conforme lo disponen los incisos mencionados, implica un sobreseimiento definitivo, que hace efectiva la garantía de *ne bis in idem*. Sucede pues que los archivos dispuestos conforme las causales enumeradas en el primer párrafo del artículo 216, del CPPCABA, se caracterizarán por su irrevocabilidad, en cuanto impide que sea sustituido o reformado aun cuando cambien las circunstancias o se modifiquen las pruebas de las causales que lo determinaron.

En otras palabras, una vez que el caso se archiva conforme los incisos a, b, c, f e i, del artículo 212 del CPPCABA, se truncará la posibilidad del Ministerio Público Fiscal de volver a investigar a esa persona por el mismo hecho por el cual ya fue perseguido en el pasado.

Por otra parte, los dictámenes de archivo cuyo fundamento radique en las restantes causales previstas en el artículo 212, del CPPCABA –es decir, inc. d) imposibilidad de promover la investigación o individualizar a los autores del hecho, inc. e) la importancia del hecho no justifique la persecución, inc. g) condena por el delito más grave e inc. h) mediación–, no tienen como efecto el cierre definitivo del proceso.

Este será solamente provisorio, dado que podrá reabrirse en caso de que aparezca evidencia que permita individualizar al autor, surgieren circunstancias que fundadamente permitieran modificar el criterio por el que se estimó injustificada la persecución y/o cuando se frustrara por actividad u omisión maliciosa del/la imputado/a el acuerdo de mediación.

Se revela aquí lo que nos parece otro problema de técnica legislativa, y tiene que ver con el instituto de la mediación.

Es que el artículo 217 señala que "el acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna". Frente a ello se abren varios interrogantes.

Si la mediación soluciona definitivamente el conflicto, ¿por qué entonces el archivo dispuesto con motivo de su celebración no haría cosa juzgada? Ahora bien, ¿es razonable que se pueda cerrar definitivamente y de inmediato un caso con un acuerdo que muchas veces estará sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones? A menudo los acuerdos de mediación contienen estipulaciones en las que una parte

se compromete a abonar a la otra una suma de dinero, muchas veces en cuotas. ¿Qué debe hacerse en este caso?

Y por otro lado, supongamos un caso de daño, en el que el acuerdo de mediación consiste en que una parte paga a la otra una suma de dinero por el arreglo de la cosa dañada. Creo que todos estaríamos de acuerdo en que ello solucionaría el conflicto de modo definitivo. Entonces, ¿en ese caso el archivo no tiene efecto de cosa juzgada?

Si nos limitamos al texto del artículo 216 creemos que la interpretación correcta es que el archivo por mediación sí tiene efecto de cosa juzgada, salvo que hubiera actividad u omisión maliciosa de parte del imputado que frustrara el acuerdo. Ahora bien, si hacemos jugar esta norma con el artículo siguiente y somos totalmente literales, la solución aparece más complicada, en tanto supuestamente no sería factible someter dicho acuerdo a un control durante su ejecución. Esto, desde nuestro punto de vista, asoma como absurdo.

Consideramos que una interpretación armónica impone concluir que obviamente será necesario controlar el acuerdo arribado y que una vez cumplido, el caso deberá cerrarse con efecto de cosa juzgada. Esto es así ya que lo contrario implicaría que el imputado tenga que seguir tolerando tener una imputación abierta en su contra cuando, mediante la utilización de una herramienta de justicia composicional, solucionó el conflicto.

Volviendo a los casos de archivo "provisorio", corresponde destacar que si bien descongestiona el sistema judicial, permitiendo una mejor utilización de los recursos estatales, cierto es también que mantiene en un "limbo" al imputado, puesto que la situación procesal de este se encuentra atada a la eventual reapertura de la pesquisa por los motivos expuestos en el tercer párrafo del artículo 216, al menos hasta que se cumpla el plazo de prescripción de la acción penal.

Ante este último supuesto y en aplicación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, el acusado podría solicitar al juez de garantías el cierre definitivo del proceso, quien eventualmente y según las particularidades del caso podría dictar el sobreseimiento.

TÍTULO IX
Clausura de la investigación preparatoria

Capítulo 1

Artículo 217. Vías alternativas*

En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio el/la Fiscal podrá:

1. **Acordar con el/la imputado/a y su defensor/a la propuesta de avenimiento, en cuyo caso se aplicará lo establecido en el artículo 279.**
2. **Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. El/la Fiscal remitirá el caso a la oficina de mediación correspondiente.**

No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8° de la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar) y en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión.

El acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna.

No procederá la mediación si el imputado registrase antecedente penal condenatorio.

No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya

---

* Comentario sobre los artículos 217 a 225 por Giorgina Dutto, Daniel Fariña y Sandra Fligeltaub.

transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.

En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.

Artículo 218. Suspensión del proceso a prueba

Sin perjuicio de la oportunidad prevista en los artículos 185, 190 y 199, en la audiencia del artículo 223, o durante el debate cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el/la imputado/a podrá proponer la suspensión del proceso a prueba.

El Tribunal convocará a una audiencia oral con citación al/la peticionado/a, al Ministerio Público Fiscal y a la querellante, si lo hubiere, o a la víctima.

Luego de escuchar a las partes resolverá si concede o deniega la suspensión de la persecución penal, con las condiciones de cumplimiento que estime pertinentes, pudiendo recurrir para su control a medios tecnológicos adecuados para verificar su inmediato incumplimiento.

La oposición del Ministerio Público Fiscal, fundamentada en razones de política criminal o en la necesidad de que el caso se resuelva en juicio, será vinculante para el Tribunal.

Contra la decisión de rechazo no habrá recurso alguno.

La concesión de la suspensión del proceso a prueba suspende el plazo de duración de la investigación preparatoria respecto de la persona beneficiada.

Cumplidas las condiciones impuestas, el/la Juez/a, previa vista al Ministerio Público Fiscal, dictará sobreseimiento.

En caso de incumplimiento dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión, según corresponda.

Artículo 219. Clausura de la investigación. Requerimiento de juicio.

Cuando el/la Fiscal considere que se encuentra agotada la investigación preparatoria y que no va a proponer otra forma de resolución del conflicto o ésta hubiera fracasado, formulará el requerimiento de juicio que contendrá la identificación del/la imputado/a y, bajo consecuencia de nulidad:

a. La descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho y de la específica intervención del/la imputado/a, concordante

con el decreto que motivara la investigación preparatoria y hubiera sido informado al/la imputado/a.

b. Los fundamentos que justifiquen la remisión a juicio.

c. La calificación legal del hecho.

En el mismo acto ofrecerá las pruebas para el debate.

El/la Fiscal no podrá ocultar a la defensa la existencia de pruebas en contra o a favor del/la imputado/a. Las pruebas conocidas no ofrecidas no podrán incorporarse al debate.

El requerimiento de juicio de la Fiscalía interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 67, inc. c), del Código Penal.

Artículo 220. Querella

Formulado el requerimiento de juicio, el/la Fiscal correrá vista a la querella para que lo haga en el término de cinco (5) días, prorrogables por otros tres (3), bajo los mismos requisitos y obligaciones previstos en el artículo precedente; o adhiera al requerimiento de juicio de la fiscalía.

El requerimiento de juicio de la querella interrumpe el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 67, inc. c) del Código Penal.

Artículo 221. Clausura provisional de la investigación preparatoria

Cuando exista la posibilidad de incorporar concretas medidas de prueba pero fuera momentáneamente imposible hacerlo por obstáculos ajenos a la actividad del/la Fiscal y éste/a considere que con la prueba reunida no hay mérito suficiente para requerir la elevación a juicio respecto de un/a imputado/a que haya sido intimado/a sobre los hechos, dispondrá por auto la clausura provisional de la investigación preparatoria.

La clausura provisional dispuesta por el/la Fiscal implicará el cese inmediato de las medidas precautorias y no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecieran datos que lo justifiquen.

Si luego de decretada la clausura provisional de la investigación preparatoria se lograra la incorporación de las pruebas pendientes, se reabrirá el trámite de la causa y continuará según el estado anterior a la clausura provisional.

Si el/la Fiscal considerase necesaria la reposición de las medidas cautelares, personales o reales, deberá solicitarlo al/la Juez/a en audiencia.

Si las pruebas pendientes no se pudieran incorporar al proceso en el término de dos (2) años, se dispondrá el archivo definitivo de las actuaciones.

La clausura provisional de la instrucción suspende el plazo de duración de la investigación preparatoria y sólo podrá decretarse por una vez.

Si la querella no estuviera de acuerdo con la clausura provisional, podrá proponer la incorporación de pruebas faltantes o concluir sobre la suficiencia de las pruebas ya adquiridas requiriendo la remisión a juicio y, en caso de que el Ministerio Público Fiscal no quiera acompañar a la víctima al debate, el proceso continuará bajo la forma prevista para los delitos de acción privada.

El sentido de las herramientas de justicia restaurativa

La mediación o composición es la herramienta de justicia restaurativa que nuestro Código Procesal penal recoge a modo de alternativa a la sustanciación, no sólo del juicio oral y público, sino también al trámite mismo de la investigación cuando ello suponga arribar a una solución superadora para las partes.

Alberto Binder ha propuesto una distinción sustancial entre los procesos de conocimiento y los procesos composicionales y, analizando las profundas diferencias en la finalidad y sentido de gestión del conflicto que los caracterizan, señala con claridad que funcionan con distintos sistemas de garantías. Sintéticamente, mientras que en el proceso ordinario todo el sistema de garantías se estructura sobre la necesidad de conjurar el riesgo de condenar a una persona inocente, en el ámbito composicional el sistema de garantías buscará evitar el riesgo de extorsión que puede suponer la negociación que permita llegar a una solución integral del conflicto.

Por lo tanto, en el proceso composicional, el principio rector del sistema de garantías será la equidad, en la medida en que la finalidad que aquí se persigue es lo que este autor ilustra con la idea de *relocaliza-*

ción del conflicto, que resulta muy gráfica para entender que el proceso composicional pretende volver al conflicto original "víctima vs. ofensor". De esta forma, se podrá garantizar un marco de razonabilidad y reciprocidad para que el proceso composicional pueda desplegarse.

Por otra parte, siguiendo esa línea argumental, el proceso composicional no busca generar las condiciones para afirmar la responsabilidad de alguien sobre un hecho sino, precisamente, está guiado por el principio de solución integral del conflicto. Por lo tanto, es el marco en el cual debe garantizarse también que se vean satisfechos los intereses del imputado y no sólo de la víctima. Recordemos que, más allá del estado de recolección de evidencias en el que se encuentre el caso, no se ha formalizado aún la acusación.

Pero además, se alude a la proporcionalidad como idea regulatoria de lo que implicará la reparación integral del perjuicio en el marco de un proceso composicional, y que junto a las reglas que establezca la idea de equidad, permitirá generar las condiciones para que la negociación que subyace a esta etapa garantice la satisfacción de las víctimas, contemple la posición del imputado y contribuya a la pacificación social.

Desde esta perspectiva, entonces, la técnica legislativa que establece estándares rígidos y taxativos limita sin sentido las posibilidades de explorar salidas reparatorias. Por el contrario, legislaciones que fijan estándares básicos para el funcionamiento de este tipo de propuestas, permiten desplegar con mayor flexibilidad las estrategias para conseguir la finalidad de reparación integral del conflicto y la satisfacción de los intereses en juego. Nuevamente, pensando en que la mediación y la composición hacen eje en el conflicto primario entre víctima e imputado, la predeterminación legal de tantas limitaciones en abstracto para su procedencia impide ingresar en el análisis del caso en concreto y de las singularidades de los conflictos y sus involucrados.[1]

1. A modo de ejemplo de regulaciones más adecuadas a los postulados de la justicia restaurativa, el art. 96 del Código Procesal Penal de Río Negro establece entre sus criterios de oportunidad la posibilidad de prescindir del ejercicio de la acción "cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible. Las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las

Supuestos excluidos en el CPPCABA

Analizando concretamente las exigencias de nuestra legislación, encontramos notas similares en relación con otras regulaciones del instituto, respecto de la exclusión de cierto tipo de delitos como aquellos pasibles de ser sometidos a procesos de transacción individuales. Evidentemente, en estos casos, el vínculo asimétrico subyacente a los conflictos o el interés público comprometido parecen evaluados de antemano por el legislador, y encontramos razonables las limitaciones de estas características para cierto tipo de hechos cuyo contenido de violencia desaconseja el abordaje en términos composicionales. En este grupo incluimos las causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (art. 8 de la Ley Nº 24417 de Protección contra la Violencia Familiar).

No obstante, hay críticas fundadas al hecho de sustraer por regla un universo de casos o supuestos, ya que los postulados de justicia restaurativa indican que pueden abordarse desde esta perspectiva todo tipo de delitos, pues lo contrario implicaría sostener una mirada infraccional, ajena por naturaleza a los institutos vinculados con la posibilidad de dar respuesta al conflicto interpersonal que subyace a la imputación penal.[2]

Ahora bien, con relación al texto histórico del CPPCABA y las limitaciones a la mediación incorporadas recientemente en el artículo 217 CPPCABA, el resto de los supuestos de exclusión no parecen relacionados con esta idea de equidad o razonabilidad propias de los sistemas

personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación. No corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él".

2. Fava, Gabriel; Alonso, Silvina, "La reciente modificación legislativa al artículo 204 inc. 2º del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Las reformas legislativas en retroceso en tiempos de avance de los procesos composicionales", en *Revista Pensamiento Penal*, 06/11/2018. Disponible en: https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/47115-reciente-modificacion-legislativa-al-articulo-204-inc-2o-del-codigo-procesal-penal [Fecha de consulta: 14/06/2023].

de justicia restaurativa, ni se evidencian las razones por las cuales se sustrae a estos supuestos de la posibilidad de pacificación que supone dar satisfacción a los intereses involucrados en el conflicto primario. De hecho, hay limitaciones que otras legislaciones incluyen y que a nuestro modo de ver resultan por demás justificadas, como el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, que no se ha incorporado en esta última reforma.[3]

Imposibilidad de aplicación en delitos de más de 6 años de pena máxima considerada en abstracto

El abordaje de los conflictos desde un punto de vista restaurativo implica focalizar el análisis de los intereses en pugna, siempre desde la perspectiva de las relaciones interpersonales que se vieron afectadas y de los motivos que han llevado a una situación de conflicto que, además, puede resultar una lesión del orden jurídico penal vigente. Por ello, se desaconseja fuertemente la utilización de parámetros típicos de justicia retributiva (como, en este caso, la escala penal prevista para ciertos delitos) al momento de definir legalmente los parámetros de procedencia y la regulación de los institutos de justicia composicional.

¿Cuál es el parámetro que se utiliza para determinar una cuantía de pena que condicionará la posibilidad de acceso a mecanismos restaurativos? En la legislación rionegrina, a modo de ejemplo, el monto de la pena limitativa asciende al doble del aquí utilizado, lo que evidencia una porción sensiblemente menor de casos que se sustraen por regla a la aplicación del instituto. Además, teniendo en cuenta las penas máximas previstas en nuestro código penal y el universo de figuras que alcanzan esta cuantía, es posible vislumbrar el interés público involucrado cuando la expectativa de pena que se enfrenta asciende a los 15 años de prisión.

No obstante, teniendo en cuenta que en nuestro país los primeros acercamientos a este tipo de acuerdos se ha verificado en delitos con contenido patrimonial o de tipo culposo, el monto de la pena aquí fijada podría considerarse que obedece a criterios de política criminal.[4]

3. Por supuesto, nada impide que en el caso concreto el fiscal valore esta circunstancia para analizar la remisión del caso a mediación, o que el juez o jueza tengan en cuenta la calidad de funcionario público para rechazar el acuerdo en el caso concreto.

4. Binder, Alberto, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2018, T. IV, p. 388.

Imputado que registra antecedente penal condenatorio

El hecho de que el imputado registre un antecedente condenatorio nada tiene que ver con los intereses que subyacen al caso que podría someterse a mediación. Por supuesto, circunstancias de hecho puntuales asociadas al conflicto en particular –por ejemplo, que el imputado hubiere resultado condenado por un delito que damnifica a la misma víctima–, alertan sobre la posibilidad de que persista una situación de vulnerabilidad o violencia que afecte la equidad entre las partes. Sin embargo, no es este el supuesto que regula la norma, que en forma genérica alude a la necesidad de verificar que el imputado no registre antecedentes condenatorios para que pueda darse curso a un proceso composicional.

Llama la atención la incorporación de esta limitante incluso en una reforma muy posterior a la puesta en vigencia del Código, en un claro retroceso en los lineamientos restaurativos en el articulado del texto. Nuevamente, con especial atención en el conflicto base que podría pacificarse con estas alternativas, el hecho de que el imputado registre antecedente penal condenatorio en nada altera las condiciones que permitirían analizar en el caso concreto una solución que satisfaga los intereses de ambas partes.

Se reproducen aquí condicionamientos típicos del llamado "derecho penal de autor", pues se alude a circunstancias de la vida pasada del ofensor sin vinculación alguna con el conflicto que ahora lo coloca en situación de analizar un posible consenso con la víctima, lo que reproduce de algún modo las limitaciones propias del proceso penal ordinario, donde la existencia de sanciones anteriores puede jugar un rol muy diferente. Y se verifica, además, la afectación de sus posibilidades de acceso a la justicia, que no debe identificarse únicamente con la faz jurisdiccional o con el proceso penal reglado en clave de proceso de conocimiento.

Incumplimiento de un acuerdo anterior

La norma indica que no se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior. Nuevamente aquí se establece una limitación previa sin habilitar el análisis concreto de las razones que han llevado al incumplimiento, si es atribui-

ble al imputado, si eventualmente la obligación asumida se ha tornado de imposible cumplimiento, e innumerables alternativas que pueden darse en el marco del devenir del cumplimiento de una obligación especifica. Todo ello, por supuesto, puede ser analizado en el caso concreto, ante la posibilidad de canalizar una nueva salida alternativa. Sin embargo, establecer la prohibición para el acceso a la mediación o composición desde este punto es apartarse de los criterios de flexibilidad necesarios para que las regulaciones sobre institutos propios de justicia composicional permitan resultados adecuados al caso concreto.

Mínimo de 2 años transcurridos desde otro acuerdo de resolución alternativa

La imposibilidad de acceder a un nuevo acuerdo de mediación si no ha transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación tampoco encuentra asidero en una valoración del nuevo conflicto en el que podría darse un acercamiento a estas propuestas reparatorias. De hecho, resulta una situación similar a la limitante por contar con antecedentes condenatorios, ya que se los sustrae del universo de casos posibles de mediar o conciliar por el hecho de que el imputado ha enfrentado en el pasado un proceso penal que ha sido resuelto a través de alguna salida alternativa.

Entendemos que subyace aquí la voluntad de evitar que una persona que se enfrenta reiteradamente a conflictos con relevancia penal utilice en forma sistemática herramientas composicionales para sostener una conducta en infracción al sistema normativo. Pero volvemos a insistir con la idea de que es un análisis a considerar al momento de analizar las condiciones para que se proceda a mediar o conciliar en un caso concreto, ya que establecer la limitación objetiva puede impedir acuerdos que realmente resultarían mucho más beneficiosos incluso para la víctima del conflicto. Por ejemplo, no resulta razonable que el imputado que ha accedido a una suspensión del juicio a prueba por el delito de lesiones se vea impedido de reparar económicamente a la víctima ante una nueva imputación por daño, donde el contenido patrimonial resulta indudable.

En definitiva, se trata de limitaciones infundadas que, presentes en los textos que regulan el instituto, entorpecen la necesaria plasticidad y el abordaje del caso en concreto que demandan los institutos vinculados con la justicia composicional.

Supuestos en el marco de hechos de violencia de género

Distinto es el caso de aquellas conflictivas que no se ven alcanzadas por las limitaciones objetivas establecidas en el Código, pero que intrínsecamente reflejan una asimetría entre las partes y que presuponen una imposibilidad de gestionar el conflicto primario en igualdad de condiciones, como los conflictos enmarcados en contextos de violencia doméstica o de género.

En nuestra legislación, la limitación para acceder a procesos composicionales en el marco de estos conflictos viene dada por las disposiciones de la Ley Nº 26485. Al respecto, al regular las obligaciones que el Organismo de Aplicación deberá cumplir para garantizar los objetivos de la ley, establece en su artículo 9 inciso e): "Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación". Y en el capítulo dedicado al procedimiento judicial previsto por dicha norma, concretamente se establece en el artículo 28, último párrafo, que "quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación".

En este contexto, luego de que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictara la Ley Nº 4203 adhiriendo lisa y llanamente a esa normativa, la Fiscalía General local determinó como criterio general de actuación en su Resolución FG 219/2015[5] que los fiscales de nuestro fuero no deben derivar casos penales o contravencionales de violencia de género a mediación y/o conciliación. Con ello, se dejó sin efecto el criterio general de actuación que establecía que, previo a iniciar un proceso de mediación en este tipo de casos, debía contarse con un informe de viabilidad previo de la Oficina de Asistencia a la Víctima y el

5. Disponible en: https://mpfciudad.gob.ar/storage/archivos/Resoluci%C3%B3n%20FG%20N%C2%BA%20219-15.pdf [Fecha de consulta: 14/06/2022].

Testigo del Ministerio Público Fiscal, posición que favorecía el análisis caso a caso a través de la escucha y análisis técnico de los profesionales que integran ese organismo y que debían entrevistar a la víctima para efectuar el informe pertinente.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial tanto local como nacional ha establecido que ni la ley nacional ni los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país establecen prohibiciones absolutas, sino que tienen que analizarse en el contexto de otras normas que regulan la materia y, específicamente, a la luz de las necesidades e intereses de las partes. Especialmente, en aquellos casos donde la violencia contra la mujer se presenta en una dimensión económica, como ocurre en los casos que pueden implicar infracciones a la Ley Nº 13944 o ante imputaciones por el delito de daño, donde las posibilidades de negociar en términos de reparación aparece más accesible que en aquellos supuestos donde la violencia se presenta muy claramente como física o psicológica. No obstante lo cual, es imprescindible tener en cuenta que aun ante delitos de índole patrimonial, el contexto de violencia de género puede ser multicausal y sellar la suerte de cualquier proceso conciliatorio, en función de la imposibilidad de considerar que la víctima puede acceder a la negociación en condiciones de equidad.

La Cámara de Apelaciones del fuero sostiene que no alcanza a configurar una oposición válida para el sometimiento del caso a mediación el hecho de que el mismo sea enmarcado por el Ministerio Público Fiscal dentro de un contexto de violencia doméstica o de género, con la mera invocación de la normativa en la que afinca el Criterio General de Actuación establecido en la Resolución FG 219/15.[6] En consecuencia, cuando la Fiscalía no ha acreditado los extremos de violencia de género que desaconsejen la aplicación de esta salida alternativa en el caso concreto, la negativa a iniciar un proceso de mediación no resulta

6. CAPPJCyF, Sala III, "C., F. M.", Expte. N° 34032-2019-0, 26/12/2019, voto del Dr. Fernando Bosch: "La Recomendación General Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general Nº 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establece que la mediación puede 'permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares' –punto 32, b)–".

válida, aun cuando se invoquen las normas que –en principio– limitan el acceso al instituto.

Especialmente, además, se valora actualmente la opinión del Ministerio Público Tutelar cuando se ha entrevistado con la víctima desde su propia perspectiva y la Fiscalía no ha analizado la información obtenida por la parte que representa los intereses de los menores involucrados en el conflicto.[7]

Por el contrario, la oposición que ha valorado no splo las disposiciones normativas, sino las condiciones concretas de la víctima en el caso puntual, resulta adecuada a los postulados del instituto, en la medida en que se trabaja concretamente sobre la asimetría que existe entre las partes en el caso concreto.[8]

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia ha resuelto en el fallo "Martínez"[9] que

> … la mera invocación de citas legales dogmáticas y del criterio general de actuación que rige la actividad de los fiscales para supuestos atravesados por la violencia de género, intrafamiliar y doméstica, como la Ley Nº 26485 y la Convención de Belém do Pará, no resultan suficientes para fundar adecuadamente la oposición del titular de la acción si no se conectan con el caso en concreto. Así, el criterio fiscal exhibe una falencia al no explicar al magistrado encargado de resolver el asunto por qué motivo y qué circunstancias de los hechos de la causa hacían des-

7. Ibídem, Sala I, "V, V. H s/ art. 1 ley 13.944", Expte. Nº 5313/2016-1, 08/05/2019.

8. Ibídem, Sala II, "C. S., D. A. s/ art. 1 ley 13.944", Expte. nº 9114-00-CC/2016, 17/04/2017, en la que se afirmó que "… del informe elaborado por la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo del Ministerio Público Fiscal surge el estado de vulnerabilidad de la denunciante y su dependencia psicológica. La acusación fundó así su oposición en la situación de dominio que habría de ejercer el imputado sobre aquella […] Todo ello, lógicamente, atenta contra la necesaria igualdad de posiciones que debe existir entre las partes para llevar adelante un proceso de mediación. Para que dos sujetos puedan solucionar un conflicto mediante un procedimiento como el que nos ocupa, ninguno de ellos, desde luego, debe depender ni estar sometido al otro. Si, en cambio, ello es así, se pone en evidencia la disparidad existente entre aquellos lo que impide la finalidad de ese instituto que es arribar "a una mejor solución para las partes". Es que no puede entenderse que sea la mejor solución para la parte sometida sentarse a resolver el conflicto con quien la somete. Lo expuesto por la fiscal en este sentido, entonces, razonablemente impide la procedencia del mecanismo previsto por el artículo 204, inc. 2, CPP."

9. TSJ, "Ministerio Público - Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Martínez, Cesar Eduardo s/ 183 – daños", Expte. B° QTS 16134/2018-0, 24/02/2021.

> aconsejable la alternativa del artículo 205 del CPP para la víctima, más allá de la aplicación automática de la normativa. [...] Y, eventualmente, para despejar cualquier duda sobre su entera autonomía, el titular de la acción puede abordar a la denunciante mediante un cuerpo interdisciplinario que lo determine o que permita obtener un consentimiento plenamente informado, que se erija como producto de una auténtica voluntad basada en el conocimiento de las consecuencias de esa decisión. Un trato respetuoso de la autonomía personal y autodeterminación de la denunciante amerita una consulta a esta, y si se mostrara proclive a involucrarse en un proceso a tenor del artículo 205 del CPP, la genuinidad de su respuesta puede aclararse con la intervención de los organismos profesionalizados en la materia. Proceder de este modo no implica desatender, en la hipótesis de casos de violencia de género o doméstica, el cometido constitucional de erradicar la violencia contra la mujer, sino, por el contrario, intenta empoderarla al punto de restituirle una dignidad tal que haga posible que adopte la mejor determinación para su vida desde un ejercicio pleno de libertad, alejado de cualquier escenario de presiones y agresiones.

En consonancia con los postulados de justicia restaurativa que hemos mencionado como guía al inicio de este comentario, es importante generar las condiciones normativas para que todos los casos puedan analizarse a la luz de criterios de reparación. Sin embargo, en cuestiones como las vinculadas a las conflictivas de violencia de género, antes de cualquier determinación fiscal sobre la procedencia o no de la mediación, debe verificarse la necesaria paridad para asistir a un proceso conciliatorio por parte de la víctima, que goza de una protección especial por la normativa nacional e internacional que regula la materia, ya que la asimetría en el vínculo entre víctima y ofensor se presume siempre en estos casos. De allí que, justamente, la gran mayoría de los casos que han ameritado pronunciamientos judiciales sobre la viabilidad de la mediación, se enmarcan en contextos de violencia de género, tal como veremos en los acápites siguientes.

Rol del Ministerio Público Fiscal

Desde la puesta en vigencia del Código, la jurisprudencia referida a la mediación se centró en el debate sobre la constitucionalidad de

la regulación del instituto a nivel local en relación con el principio de legalidad y el régimen de la acción establecidos en el Código Penal, actualmente zanjado ante la postura sentada por el Tribunal Superior de Justicia en el caso "Del Tronco", a cuyos postulados posteriormente se alineó la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del fuero.[10]

Superado entonces aquel debate ante los primeros acercamientos a la aplicación del instituto, la discusión jurisprudencial gira hoy, en gran medida, en torno al rol del Ministerio Público Fiscal en la decisión de someter el caso a este procedimiento, cuándo se considera que su oposición es fundada y cuáles son las posibilidades de las partes de solicitar, autónomamente y pese a la oposición fiscal, que el caso sea sometido a una instancia composicional. Y, como hemos adelantado, el grueso de los casos se vincula precisamente con cuestiones enmarcadas en contextos de violencia de género, teniendo en cuenta que la política criminal de la Fiscalía General ha resuelto limitar el acceso a salidas reparatorias en estos supuestos.

Retomando la idea de que no resulta válido identificar el conflicto únicamente con las necesidades de la víctima, surge también la necesidad de que el Ministerio Público Fiscal fundamente el motivo por el cual desecha la opción de ingresar al proceso composicional previo a adoptar una decisión con la relevancia institucional que supone acusar a un ciudadano formulando requerimiento de juicio. El Ministerio Público Fiscal tiene entonces un papel determinante al momento de decidir qué casos serán sometidos a procedimiento de mediación, en una interpretación en tensión con la idea central de que este instituto involucra los intereses de víctima e imputado, salvo excepcionales circunstancias en que exista un interés social prevalente. Sin embargo, cada vez con mayor intensidad, se exige al titular de la acción que justifique en las circunstancias del caso cuáles son los motivos que lo llevan a desechar la posibilidad de acceso a una salida alternativa como la que aquí se regula.

Entre los pronunciamientos que establecen parámetros a tener en cuenta sobre el punto, consideramos especialmente relevante tener en cuenta los lineamientos que ha sentado el Tribunal Superior de Justi-

10. Un análisis de los fallos, tanto del Tribunal Superior de Justicia como de la Cámara de Apelaciones del fuero sobre la constitucionalidad del instituto, puede consultarse en Unrein, Gabriel, "Comentario al artículo 204", en De Langhe, Marcela; Ocampo, Martín (dirs.), *Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, T. 2, pp. 32-36.

cia, cuyos fallos están llamados a unificar la jurisprudencia del resto de los tribunales del fuero.

Vemos, en este sentido, una evolución que podría ilustrarse progresivamente de la siguiente manera: en el fallo "Valdivia",[11] determinó que el Ministerio Púbico Fiscal no puede ser compelido judicialmente a propiciar una instancia de mediación, aun cuando medie interés de todas las partes, pues la ley no le impone a ese órgano la obligación de recurrir a salidas alternativas sino que lo faculta a adoptarlas. En "Espósito",[12] agregó que no procede la citación jurisdiccional a las partes ni la habilitación de una instancia de mediación cuando ha mediado oposición fundada del Ministerio Público Fiscal y fue sostenida durante todo el trámite del caso. Y siguiendo esta línea argumental, en el caso "Chávez"[13] resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto por ese organismo ante la decisión judicial de intentar una instancia de mediación a solicitud de parte, valorando en el caso que la oposición fiscal carecía de fundamentación. De ello se deduce que, actualmente y en consonancia con la regulación legislativa que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el sujeto determinante para considerar o no la habilitación de la instancia de mediación es efectivamente el fiscal, ratificando que pese a tratarse de un conflicto de partes, en el marco del sistema acusatorio y el texto del artículo 212 local, no pueden decidir autónomamente someter su caso a una instancia de mediación o composición.

Nuevamente aquí la técnica legislativa habilita a reproducir interpretaciones jurisprudenciales sobre ideas de expropiación del conflicto por parte del Estado, que son ajenas por su naturaleza a los procesos composicionales donde el conflicto primario debe ser el objeto, y víctima y ofensor los verdaderos protagonistas. Nuestro Código afirma que es el Fiscal quien *podrá proponer* otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en

11. TSJ, "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Valdivia, Jorge Alberto s/ inf. artículo 149 bis, amenazas, CP'", Expte. Nº 11096/14, 26/08/2015.

12. TSJ, "Ministerio Público de la CABA –Fiscalía de Cámara Oeste de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Espósito, Ricardo Adolfo s/ infr. art(s). 149 *bis*, amenazas, CP'", Expte. Nº 10818/14, 22/04/2015.

13. TSJ, "Ministerio Público –Fiscalía de Cámara Especializada en Violencia de Género– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Chávez, Oscar s/ artículo 149 bis, párr. 1, amenazas, CP'", Expte. Nº 15822/18, 11/02/2020.

los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición.

Por el contrario, redacciones más ajustadas a los lineamientos del sistema penal adversarial, como el caso del Código de Río Negro que ya hemos citado, invierten el sentido mismo de la intervención fiscal en el procedimiento composicional, al regular la mediación o composición como un supuesto para el ejercicio de criterios de oportunidad reglados. El artículo 96 de su texto indica que "se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, previo requerir la opinión de la víctima, en caso de que esta sea habida… '5) *cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario,* siempre que no exista un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible.'" (el destacado en itálicas nos pertenece). En este supuesto, si bien la potestad de prescindir del ejercicio de la acción se reserva lógicamente al Fiscal como en cualquier sistema acusatorio, la posibilidad de someter el caso a mediación ya no depende de la posición fiscal y su mirada previa sobre el conflicto, sino que la propuesta aparece disponible para las partes.

Sin embargo, como adelantamos al reseñar el fallo "Chávez", los estándares del Tribunal Superior de Justicia no se conforman ya con la mera invocación de elementos abstractos de que desechen la instancia de mediación, sino que introdujo la exigencia de que el Ministerio Público Fiscal escuche la opinión de la víctima con relación a una posible instancia de mediación, entre los elementos que valoró para determinar si la oposición se encontraba fundamentada en el caso. Y esta posición se ha desarrollado con mucha claridad en el fallo "Martínez", enmarcado en un contexto de violencia de género, donde concretamente el Tribunal Superior de Justicia afirma que el Ministerio Público Fiscal debe escuchar a la víctima antes de adoptar una decisión respecto del sometimiento del caso a una instancia de mediación, pues de esta forma se garantizan los principios de acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación y celeridad en los términos de la Ley Nº 27372, a la que nuestra Ciudad adhirió mediante la Ley Nº 6115. En su voto concurrente, el Juez Otamendi afirma que

> El derecho a ser oído que le asiste a la víctima (artículos 8.1 CADH) abarca cuestiones relacionadas con el conflicto que revela el delito, su persistencia o su cese, e indudablemente el modo en que ella considere conveniente solucionarlo, por lo que el representante de la vindicta pública deberá demostrar razones suficientes, sean legales o vinculadas a la voluntad de la víctima, o de inconveniencia desde el punto de vista de la prevención especial o de la persecución, para fundar su rechazo a la medida en cuestión.

Podemos afirmar entonces que no resulta válida la decisión fiscal que no ha considerado siquiera escuchar la posición de la víctima, y ello no puede justificarse en el principio de legalidad ni en las reglas del ejercicio de la acción, pues se trata de un conflicto que pertenece, en esencia, a quienes lo han protagonizado. De hecho, en el mismo voto se afirma que "si el MPF contaba con algún reparo para efectuar la propuesta a imputado y denunciante, por una situación de desigualdad o de disparidad de condiciones, o porque constituía un medio que obstruía de hecho el acceso a la justicia y el reclamo de investigar y sancionar de la víctima, no lo demostró." De su lectura, se advierte una invocación concreta de aquellos postulados que hemos mencionado que deben guiar los procesos composicionales más allá de limitaciones objetivas, haciendo eje en los intereses de los involucrados en el conflicto primario, a la luz de criterios de proporcionalidad y equidad.

Por lo tanto, desde la perspectiva actual, la negativa fiscal de proponer a las partes que se inicie un procedimiento de mediación o conciliación, para ser considerada válida debe superar ciertos estándares de razonabilidad que serán delineados por la jurisprudencia.

Rol del juez

En el proceso de composición o mediación, el rol del juez aparece sumamente relegado, en función de la necesidad de que el espacio composicional se sustraiga, en todo cuanto sea posible, al ámbito y los operadores judiciales que llevan adelante el proceso ordinario. En este sentido, la regulación resulta acertada en cuanto indica que el caso será remitido a la oficina de mediación correspondiente, que en nuestro ámbito es actualmente el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordajes y Solución de Conflictos del Consejo de la Magistratura de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De todas maneras, como hemos señalado, aceptando la posibilidad de que víctima u ofensor puedan autónomamente solicitar la posibilidad de participar de un proceso de mediación, y ante la oposición fiscal que las partes cuestionen por infundada, es usual que los jueces y juezas deban analizar circunstancias vinculadas con la aplicación de estos métodos alternativos.

Ante esos supuestos, la herramienta más adecuada para abordar los pormenores de una cuestión controvertida entre las partes, es sin dudas la audiencia oral, mecanismo por demás habilitado en nuestro sistema procesal para que el Juez o Jueza cuente con información de calidad al momento de resolver cualquier incidencia. De este modo, por ejemplo, ante la oposición fiscal para someter un caso a este tipo de salidas alternativas, debería profundizar allí el análisis sobre la razonabilidad de la oposición, su fundamento en alguno de los imperativos legales o su oposición sobre la base del interés relevante que pudiera verificarse en el caso.

Desde el punto de vista normativo, al haberse determinado que la mediación procede hasta el requerimiento de juicio, lógicamente el artículo 223 no ha previsto que en la audiencia de etapa intermedia se debata el posible sometimiento del caso a mediación. Sin embargo, ello ocurre en muchos casos, cuando las partes no han planteado previamente al juzgado de garantías la negativa fiscal para propiciar esta salida alternativa y la petición se realiza al correrse la vista del artículo 222 CPPCABA o cuando la fiscalía no ha dado curso a la solicitud que se le formulara.[14]

En este sentido, propiciamos fuertemente que las partes –especialmente fiscalía y defensa, que intervienen en el caso con una intensidad muy diferente a la víctima no constituida en parte quere-

14. CAPPJCyF, Sala II, "Lucero, Adrián Gustavo", Expte. N° 44715-2018-0, 26/04/2019, voto del Dr. Fernando Bosch y la Dra. Marcela De Langhe. La Sala II ha indicado que "Es criterio de esta Sala que la propuesta para intentar solucionar los conflictos por vía de la mediación, puede formularse únicamente durante la etapa de investigación preparatoria y, esta concluye una vez que la Fiscalía interviniente entiende que se encuentra agotada la pesquisa con la presentación del formal requerimiento de elevación a juicio del proceso. No obstante, se considera que esa doctrina no es aplicable al '*sub lite*' pues, en el caso particular de autos si bien el Fiscal ya había formulado su acusación con anterioridad a que se reeditara el pedido de mediación, lo cierto es que el imputado, de modo previo a todo ello, había realizado un idéntico pedido al momento en que se le intimaron los hechos. En consecuencia, se estima que la propuesta ha sido formulada en tiempo oportuno".

llante– asuman la importancia de que toda la discusión sobre la posible aplicación de estos métodos composicionales pueda darse antes de la formulación de la acusación. Así, el juzgado podría convocar a una audiencia para debatir sobre las características del caso, la razonabilidad del ofrecimiento concreto que puede realizar el ofensor para con la víctima y cómo ha gravitado toda esta situación en la oposición fiscal, garantizando la posibilidad de una discusión en la etapa procesal correspondiente no solo desde el punto de vista de la regulación legal, sino también desde la visión que venimos sosteniendo que debe primar sobre la decisión estatal de requerir la realización de un juicio.

A nuestro modo de ver, en caso de no resultar razonable la oposición fiscal, el Juez o Jueza podrá propiciar la intervención de la Oficina de Mediación para que, desde ese organismo especializado, se verifique si se encuentran dadas las condiciones para que las partes participen de un proceso de mediación y, eventualmente, con un resultado favorable, reenviar el caso a la Fiscalía para que evalúe nuevamente su posición al respecto. En definitiva, ante el supuesto de que el Fiscal –llamado por ley a propiciar la utilización de este tipo de institutos– decida desechar la aplicación al caso de un criterio de oportunidad como el que aquí se regula, el órgano judicial extreme su intervención en pos de garantizar que exista plena conciencia de las partes de lo que implica la salida alternativa, cuáles son las otras vías posibles de resolución del caso y sus consecuencias, que se encuentren dadas las condiciones de proporcionalidad y equidad necesarias para que avance un proceso de mediación o composición y que existan ofrecimientos de reparación y/o propuestas de composición de ambas partes, ajustados a las necesidades de todos los involucrados en el conflicto primario. Superados entonces todos los test de razonabilidad en este sentido, y en caso de que persistiera la oposición fiscal, entendemos que existe una posibilidad concreta de que el Juez o Jueza dé curso a un proceso de mediación que luego deberá ser evaluado por la Fiscalía en los términos del artículo 212 del CPPCABA.[15]

15. Ibídem, Sala III, "R., D. A.", Expte. Nº 32223/2018-, 09/04/2019.En este sentido se ha pronunciado la mayoría de la Sala III al determinar que, no se verifica agravio para el Ministerio Público Fiscal cuando se dispone la realización de una pericia para determinar si la víctima se encuentra en condiciones de participar de un procedimiento de mediación, pues esta medida en sí misma no implica suspensión de la investigación ni garantiza que se arribará a un acuerdo que implique la necesidad de archivo de las actuaciones.

De hecho, la Cámara de Apelaciones del fuero ha resuelto en oportunidades habilitar la instancia de mediación, pese a la oposición fiscal, cuando se verifica la decisión de la víctima de someter el caso a mediación y la fiscalía solo alega el contexto de violencia doméstica en que se enmarca el conflicto, sin vincularlo con evidencia e informes de riesgo al caso concreto.[16] Mientras que, en casos donde ha considerado que la oposición se ha fundamentado en las constancias del caso –tales como la multiplicidad de hechos imputados y la evaluación de riesgo medio en un contexto de violencia de género que se tuvo por probado en el caso– ha resuelto revocar la instancia de mediación que el Juzgado resolvió impulsar autónomamente.[17]

Finalmente, debemos destacar que también se ha aludido a la posibilidad de que las decisiones fiscales sobre la utilización de criterios de oportunidad sean revisadas vía jerárquica, a través de los mecanismos institucionales que se prevén al interior mismo del Ministerio Público Fiscal. No obstante, de la lectura de los criterios generales de actuación que se han dictado con relación a procesos composicionales, la obligatoriedad de revisión aparece cuando el fiscal decide archivar los casos y no específicamente cuando no hace lugar a la solicitud de las partes de someter el caso a este tipo de instancias conciliatorias.

Efectos del acuerdo de mediación o composición

Nuestro Código Procesal Penal establece que el acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna y que, en caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.

No obstante, nuevamente nos enfrentamos aquí a una regulación legal estructurada sobre la base de los criterios de procesos de conocimiento, ya que en términos de justicia restaurativa los acuerdos pueden insumir compromisos que no se agotan al finalizar una audiencia

16. Ibídem, Sala III, "R., S. A.", Expte. Nº 36947-2018-2, 15/06/2019, voto del Dr. Sergio Delgado con adhesión de la Dra. Elizabeth Marum.

17. Ibídem, Sala III, "T., R. M.", Expte. Nº 21693-2017-0, 07/05/2019, voto del Dr. Sergio Delgado con adhesión del Dr. Marcelo Vázquez.

como si se tratara del dictado de una sentencia con imposición de una pena concreta. Así, en procesos conciliatorios sobre situaciones patrimoniales, es usual asistir a acuerdos que prevén pagos en cuotas; o en otro tipo de conflictos, a la determinación de compromisos vinculados con alguna pauta de conducta que deba sostenerse en el tiempo, como el sostenimiento de un trato respetuoso, el inicio de un proceso de revinculación entre padres e hijos o la determinación de una prohibición de acercamiento, por citar solo algunos ejemplos.[18]

Por su parte, el artículo 212 inciso h) estipula que procede el archivo de las actuaciones cuando se hubiera arribado y cumplido el acuerdo previsto en el artículo 217 inciso 2. Y establece que también se podrá archivar si no se cumplió el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del/la imputado/a pero existió composición del conflicto.

Ante este panorama, compartimos la posición que asume que ambas disposiciones aluden a momentos diferentes del proceso de mediación: por un lado, el archivo provisional del caso cuando se celebre el acuerdo de mediación y mientras se controle su cumplimiento, el cual podría incluso redundar en una reapertura de la investigación penal preparatoria si el acuerdo fuere incumplido; y un segundo momento, previsto precisamente en la segunda de las normas citadas, cuando, cumplido en su totalidad el acuerdo de mediación, el caso se archive en forma definitiva.

Al respecto, resta señalar que la experiencia da cuenta de los pedidos que a diario realizan las defensas para que el cumplimiento de un acuerdo de mediación importe el sobreseimiento del imputado, para dar fin a la situación de incertidumbre que supone continuar sometido a proceso en un caso en que el conflicto base se ha visto satisfecho en forma total. Y en este sentido, consideramos que corresponde efectivamente dictar una decisión desincriminatoria formal, tal como se encuentra previsto en el supuesto reparatorio establecido en el Código Penal que pasamos a analizar a continuación.

18. En este sentido: Fava, Gabriel; Alonso, Silvina, "La reciente modificación legislativa al artículo 204 inc. 2º del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Revista Pensamiento Penal*, Disponible en: https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47115-reciente-modificacion-legislativa-al-articulo-204-inc-20-del-codigo-procesal-penal [Fecha de consulta: 14/06/2023].

El supuesto del artículo 59, inc. 6 del Código Penal

Desde el año 2015 rige para todo el territorio nacional un supuesto de reparación previsto en el Código Penal de la Nación, cuya implementación ha sido objeto de profusa interpretación jurisprudencial, tanto en nuestro fuero como en otras jurisdicciones. Especialmente, porque el texto de la norma alude a la reglamentación local de este supuesto especial de extinción de la acción penal por reparación integral del perjuicio.

A nuestro modo de ver, en consonancia además con la posición mayoritaria de los tribunales que han sido convocados a analizar la aplicación del instituto, este tipo de acuerdo reparatorio debe considerarse ya reglamentado en nuestro sistema procesal, con o sin intervención de un mediador, por el propio texto del artículo 217 que viene analizándose.

En este sentido, el Código Penal establece actualmente que la acción penal se extinguirá por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes y nuestro CPPCABA –al igual que la enorme mayoría de las regulaciones provinciales– cuenta ya con herramientas de justicia restaurativa que sirven como marco de aplicación de este supuesto y brindan los lineamientos para su aplicación. Pero además, transcurridos ya varios años de desarrollo judicial en el análisis de la aplicación del instituto, se consolida la idea de que no es posible supeditar la vigencia de una causal de extinción de la acción penal a la regulación que pudiera darse localmente.

En otras palabras, aun en aquellas jurisdicciones donde no se cuenta con regulación específica al respecto, corresponde aplicar el artículo 59 inciso 6 del Código Penal siempre que se verifique conciliación o reparación integral del perjuicio. Y el ejemplo más concreto aparece, justamente, en la regulación prevista en el Código Procesal Penal de la Nación.

La reseña normativa indica que la reforma que introdujo la Ley Nº 27147 tuvo por finalidad conciliar el régimen de la acción previsto en el Código Penal con las disposiciones del texto del Código Procesal Penal Federal, según Ley Nº 27063, que hasta ahora solo ha entrado en vigencia en algunas provincias del país, sin que se vislumbre cuándo

lo hará en su totalidad.[19] Sin embargo, esta posibilidad de aplicar criterios reparatorios quedó incluida en la regulación de fondo y, lógicamente, los operadores judiciales a nivel nacional han echado mano a su utilización ya que vino a posibilitar el análisis en clave conciliatoria y de justicia restaurativa, tan necesaria para hacer realidad los postulados de mínima intervención del derecho penal cuando los conflictos que subyacen al proceso penal así lo ameritan.[20] De esta forma, una aplicación generalizada de criterios de oportunidad como el que se expresa en esta norma permitirá además una herramienta de descongestión del sistema penal, ya que los esfuerzos estatales podrán diri-

19. Sin perjuicio de las implementaciones locales aisladas que se encuentran previstas, lo cierto es que actualmente a nivel federal los procesos penales se rigen muy mayoritariamente por el CPPN (Ley Nº 23984), enancada en un modelo procesal obsoleto, contrario a muchos de los postulados vinculados con el debido proceso y las garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que integran nuestro orden normativo interno con jerarquía en casos superior, y diametralmente diferente hacia aquél al que han virado la enorme mayoría de las provincias y la CABA.

20. Los pronunciamientos de los organismos judiciales nacionales dan cuenta de que, en el análisis de la procedencia del instituto, se verifican controversias similares a las que hemos analizado con relación al instituto de la mediación, ratificando la idea de que en una u otra hipótesis normativa, estamos en definitiva frente a la posibilidad de ofrecer a la víctima una opción de reparación mucho más ajustada al perjuicio sufrido y al imputado una salida alternativa a la respuesta estatal más gravosa prevista a su respecto, desplazando del eje de la discusión el principio de legalidad para dar preeminencia a los intereses que subyacen al conflicto. A modo de ejemplo y resumen de esta afirmación, en la causa "Yurei", la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional determinó que "[L]a mera oposición de la fiscalía es insuficiente para rechazar un acuerdo de conciliación [...]. [L]a imputación que se dirige [al hombre imputado] no posee la inusitada gravedad que el juez a quo le asigna –se trata de la sustracción de un monopatín dejado en la vía pública–. [La fiscalía] no explicó la incidencia que los antecedentes condenatorios pueden tener en un caso que presenta las características antes señaladas, dadas las condiciones personales del imputado. En este sentido, los antecedentes condenatorios no pueden ser valorados por sí solos para oponerse a la concesión de un instituto que no exige su ausencia como requisito. Por el contrario, la titular de la acción penal pública debe dar cuenta de las razones por las cuales las inconductas del pasado del imputado repercuten en detrimento de la solución alternativa al conflicto que subyace a este proceso penal. Es que no son únicamente los intereses de aquel los que están en juego sino de la persona presuntamente afectada por el delito, cuyas manifestaciones merecen ser atendidas por el órgano que tiene en cabeza la persecución estatal como así también por la jurisdicción". (Expte. Nº 59171/2019, 28/10/2020).

girse a la persecución estratégica de los delitos que verdaderamente trascienden el interés de las partes.[21]

Con más razón, entonces, en el marco de regulaciones procesales modernas, de corte netamente acusatorio y que incluían ya criterios de oportunidad reglados, se ha invocado la utilización de este artículo, y nuestro fuero no ha sido la excepción.

Analizando algunos de los precedentes locales vinculados con su procedencia, vemos que el *mismo* año de implementación de esta norma de fondo, se afirmó en nuestro ámbito que "el legislador nacional supeditó las nuevas causales de extinción de la acción penal a lo previsto en las 'leyes procesales correspondientes', no habiéndose receptado en el orden local los institutos aludidos por el Código de fondo".[22] No obstante, el paso del tiempo y el replanteo de la cuestión en distintos supuestos y ante diferentes juzgados, sumado al hecho de que pese a haberse reformado incluso la normativa procesal penal local no se ha considerado la regulación específica de este instituto, fue dando paso a una consolidación en la utilización de esta causal de extinción de la acción dentro del esquema que prevé el CPPCABA.

Podemos concluir que ya no se encuentra en discusión la operatividad de la norma en nuestro ámbito bajo la premisa de lograr una solución pacífica para el conflicto de que se trate, con especial énfasis en analizar en detalle si, en el caso en concreto, se verifica una reparación integral del perjuicio. Y teniendo en cuenta, además, circunstancias que usualmente se encuentran vedadas para la procedencia de herramientas de justicia composicional, tales como la calidad de funcionario público de los imputados[23] o la existencia de un conflicto de género de alto riesgo que desaconseje su aplicación.[24]

21. Ledesma, Ángela, "Sobre las formas alternativas de solución de los conflictos penales. A propósito de la nueva redacción del artículo 59 del Código Penal", en *Revista Pensar en Derecho*, año 7, N° 13, Buenos Aires, EUDEBA, 2018, p. 52.

22. CAPPJCyF, Sala II, "C., J. A. y otros s/ art. 149 *bis* CP", Expte. N° 13812-00-CC/2015. En este caso, en una investigación sobre amenazas en un contexto de violencia familiar, la fiscalía había convocado a las partes a participar de un proceso de mediación y, luego del archivo dispuesto en los términos del entonces artículo 199 –actual 212– inc. h del CPPCABA, la defensa solicitó la extinción de la acción por aplicación del artículo 59, inc. 6 del CP.

23. Ibídem, Sala I, "Sánchez, Carlos Aníbal y otros s/ defraudación a la Administración Pública", Expte. N° 34676/2020-0, 26/11/2021.

24. Ibídem, Sala I, "S., G. A. s/ arts. 89, 90 y 91 CP", Expte. N° 7362/19, 11/03/2021.

La suspensión del juicio a prueba

La suspensión de juicio a prueba es un derecho que la ley reconoce en favor de toda persona[25], e implica la introducción de una vía distinta a la imposición de una pena, limitando el deber de persecución y procurando alcanzar los principios superiores de *ultima ratio* y de mínima intervención del derecho penal, especialmente cuando se trata de delitos leves, en tanto la pena en abstracto no supere los tres años de prisión y permita, en caso de recaer condena, dictarla en suspenso.

Limitación temporal para pedirla

El artículo 218 CPPCABA inicia estableciendo un límite temporal para pedir la suspensión de juicio a prueba. Si bien el artículo menciona las audiencias de prisión preventiva (artículo 185), imposición y cese de medidas preventivas (artículos 190 y 199) y de admisibilidad de prueba (artículo 223) y durante el juicio cuando se produzca un cambio en la calificación legal, como los momentos en que es posible solicitar la aplicación del instituto, lo cierto es que en la práctica diaria existen múltiples ejemplos en los que esta restricción no se cumple.

Quienes consideran que no corresponde el tratamiento de la *probation* cuando la causa alcanzó la etapa de juicio ponen foco en dos cuestiones: por un lado, que se desnaturalizan los fines del instituto[26] y por otro, que la fijación de juicios orales implica, para todos los operadores judiciales relacionados, la imposibilidad de realizar otras audiencias (art. 231 *in fine*) por lo cual, cuando las partes deciden pedir la aplicación de una medida alternativa en fecha cercana o el mismo día de la convocatoria, provocan en el sistema una pérdida de tiempo y recursos.

Esta restricción no surge del texto del artículo 76 bis del CP[27] y olvida que la suspensión de juicio a prueba es un derecho del imputado y una expresión del paradigma acusatorio, en tanto las partes son

25. CSJN, Fallos: 331:858, "Acosta, Alejandro Esteban", 23/04/2008. También Fallos: 329:3680, "Gramajo, Marcelo Eduardo", 05/09/2006.

26. CFCP, Sala IV, "Lepore, Ricardo Luis s/ recurso de casación", 27/02/2015.

27. CSJN, "Norverto, Jorge Braulio" causa N. 326. XLI. RHE, 23/04/2008. También CSJN, Fallos: 341:553, "Martínez, Jorge", 22/05/2018.

quienes asumen un rol activo en la resolución del conflicto,[28] y que siempre debe estarse a la interpretación de la norma que permita al individuo asegurarse mayores y mejores derechos. Así, para algunos la suspensión de juicio a prueba puede solicitarse hasta que la sentencia se encuentre firme[29] o hasta que el Fiscal realice su alegato de inicio en el juicio oral,[30] porque es la última oportunidad procesal para que pueda modificar la calificación legal, base sobre la cual el Juez debe expedirse para establecer la viabilidad del beneficio.[31] De esta manera se estaría cumpliendo con los fines propios del instituto que es evitar la aplicación de una pena y su efecto estigmatizante en el imputado.

Es por esto que luce como contradictorio que en un código, cuyo espíritu es lograr la resolución de los conflictos mediante la aplicación de soluciones alternativas, se restrinja el uso de una de sus herramientas más valiosas, estableciendo un límite para su aplicación basado en el momento procesal en que se solicita, lo que tampoco coincide con las nuevas leyes dictadas en la Ciudad que extienden esos plazos.[32] En el ámbito local, muchas veces las partes, a efectos de poder superar este escollo, dejan asentado, al momento de tratar la admisibilidad de prueba, que se encuentran en tratativas para aplicar una salida alternativa, y de esta manera, poder tratarlo en una etapa posterior sin afectar al justiciable por este límite temporal que establece el artículo.

Imparcialidad del tribunal. Audiencia. Participación de la víctima

Debe descartarse la idea de que el tratamiento del pedido de suspensión de juicio a prueba provoque una afectación en la parcialidad

28. CAPPJCyF, Sala I, "M., J. P.", Expte. N° 50878-19, 25/03/2021.

29. Devoto, Eleonora, *Probation e institutos análogos*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005, p. 144.

30. CFCP, SALA I, "P., L. F. s/ robo", 06/02/2015.

31. CNCCC, Plenario N° 3/19, 03/12/2019. Se estableció que, a los fines de determinar la procedencia de la suspensión de juicio a prueba, los jueces deben tomar como referencia la calificación legal sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio.

32. La Ley Nº 6451 (BOCBA del 29/10/21) que establece el juicio por jurados en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, determina en su artículo 3: "La integración con jurados es irrenunciable, sin perjuicio de que son admisibles las formas alternativas de resolución de conflictos hasta el momento inmediatamente antes de la fijación de la Audiencia de *Voir Dire* para seleccionar al Jurado…"

del Juez que debe llevar adelante el debate. El CPPCABA no impide al juez de juicio que concedió o revocó una suspensión del proceso a prueba continuar conociendo en el caso, sobre todo porque el tratamiento de la *probation* pedida por las partes no implica un pronunciamiento categórico sobre los hechos o las pruebas en que funda la imputación, dado que no exige como requisito el reconocimiento expreso del encartado acerca de la materialidad del hecho que se le atribuye y el Juez solo debe examinar los extremos vinculados con el caso concreto en función del artículo 76 *bis*, 76 *ter* y 27 *bis* del CP a efectos de resolver sobre la procedencia o subsistencia de la *probation*, es decir, la pena pronosticada para el delito en trato, el daño ocasionado, las "circunstancias del caso", la "gravedad del delito" y las condiciones personales del imputado a efectos de fijar las reglas adecuadas.[33]

Luego, el artículo establece que debe ser en una audiencia, con la presencia de todas las partes, donde se resolverá la concesión o no del beneficio. El o la denunciante también deben ser convocados, incluso si no se han constituido como parte querellante. Se intenta de esta manera garantizar que la víctima pueda ser escuchada y reciba una reparación del supuesto daño causado en la medida de lo posible, participando en la forma en que se resuelve su propio conflicto y de esta manera, hacer efectivo el acceso a la justicia. Su palabra orienta e instruye a las partes respecto a la conveniencia del instituto y sobre la elección de las reglas a fijar aunque, debe señalarse, su oposición o disconformidad con las pautas a imponer no es vinculante para el Juez.

Reglas de conducta

La suspensión del proceso a prueba, entre otros objetivos, busca la internalización de pautas de conducta positivas que permitan proporcionar opciones efectivas a los infractores, es por eso que resulta necesario imponer reglas que tengan en cuenta los hechos imputados y sus características para evitar la repetición de conductas similares, excluyendo aquellas que resulten vejatorias o excesivas o las que im-

33. TSJ, "I., J. I. s/ artículo 149 *bis*, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", causa n° 13833/16, sentencia del 06/09/2017. En el caso, la Defensa había pedido que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria porque la magistrada había concedido y revocado la suspensión de juicio a prueba en etapa de juicio.

pliquen una intromisión en la intimidad del encartado o que intenten modificar sus creencias morales o religiosas.[34]

El sistema de geoposicionamiento dual (tobilleras electrónicas) se ha transformado en una importante herramienta de control cuando se fijan reglas de restricción de acercamiento en los casos de violencia de género, atento las alertas que surgen del monitoreo tanto de la víctima como del agresor. Si bien el uso de este tipo de elementos ya se ha vuelto común, y el CPPCABA lo menciona en varias oportunidades, los distintos organismos del Estado que tienen a su cargo la provisión de los dispositivos tienen serios problemas de disponibilidad cuando los Juzgados solicitan su entrega, lo cual hace que su uso haya quedado restringido a casos especiales y/o graves a efectos de no convertirse en un elemento que impida que se otorgue el beneficio, a lo que se suma que hasta tanto se firmen convenios con otras jurisdicciones, solo puede implementarse dentro del ámbito de la Ciudad.

Consentimiento fiscal

Para el CPPCABA el consentimiento del representante fiscal es indispensable para que pueda otorgarse el beneficio. De esta manera no resultará suficiente cumplir con los elementos objetivos y subjetivos que establece el artículo 76 bis CP para acceder a la suspensión de juicio a prueba sino también que el Ministerio Publico Fiscal considere que esta es la mejor forma de resolver el conflicto y preste su consentimiento, pudiendo oponerse por "razones de política criminal o que el caso sea tratado en juicio".

La Cámara de Apelaciones del fuero local confirmó o concedió la suspensión de juicio a prueba en muchos casos cuando de la oposición fiscal no era posible extraer los motivos por los cuales la aplicación de una pena podía tener un mejor fin de resocialización que una solución alternativa desde el punto de vista preventivo especial,[35] pero el TSJ ha sido constante en afirmar que los jueces no tienen facultades para

34. Devoto, Eleonora, *Probation e institutos análogos, op. cit.*, p. 235.

35. CAPPJCyF, Sala I, "R., D. L.", Expte. N° 40876-2019-1, 30/11/2020; "B., M. F.", Expte. N° 9221-2020-1, 04/08/2021; "L., C. A.", Expte. N° 2388-2018-1, 23/03/2021. Ibídem, Sala II, "G., J. P.", Expte. N° 55879-2019-0, 23/09/2020; "A., S. A.", Expte. N° 3732-2016-01, 02/12/2016; "B., A. M.", Expte. N° 3115-2016-01, 31/03/2017. Ibídem, Sala III, "C., M. J.", Expte. N° 16474-2014-2, 06/07/2017; "A., M. R.", Expte. N° 1109-2013, 07/08/2014.

indagar acerca de la mayor o menor consistencia de la oposición fiscal bajo un supuesto control de legalidad, porque esto vulnera la autonomía funcional constitucionalmente consagrada al Ministerio Publico Fiscal y a la separación de los roles en un proceso organizado bajo el esquema acusatorio,[36] en el cual los fiscales tienen la potestad acusatoria y los jueces la función jurisdiccional.

La actual formación del TSJTSJ confirmó este criterio y agregó que el carácter vinculante del dictamen fiscal que establece el artículo 218 es para todos los casos del artículo 76 bis del CP, no solo para los delitos contenidos en el párrafo cuarto, y que esto resulta compatible con la nueva redacción del artículo 76 del CP (Ley Nº 27147), que reconoce la potestad local para regular la materia. Si bien el juez tiene la facultad de otorgar la *probation*, el juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de continuar o no con la persecución penal recae en el Ministerio Publico Fiscal, resultando su conformidad una condición necesaria para que pueda concederse el beneficio.[37]

No existen dudas que cuando la oposición fiscal apunta a la falta de verificación de alguno de los presupuestos legales (ejemplo: plazo para acceder a una nueva suspensión), el Juez, si tuviera una postura diversa, podría de igual forma otorgar el beneficio.

Internamente el Ministerio Público Fiscal ha regulado mediante diferentes criterios generales de actuación el comportamiento que deben tener los fiscales en los casos de pedidos de suspensión de juicio a prueba (Res. FG Nº 78/08), no permitiendo prestar conformidad con posterioridad a la audiencia de prueba (Res. FG Nº 496/17) o estableciendo que deben ponderarse las particulares circunstancias del caso (Res. FG N° 73/19) o que deben oponerse en los casos de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y en los casos de tenencia ilegal de un arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal y suministro de un arma de fuego a una persona

36. TSJ, "Ministerio Público -Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas nº 1- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benavidez, Carlos Maximiliano s/ inf. artículo 189 bis CP'", Expte. N° 6454/16, 08/09/2010, entre otros.

37. TSJ, "González, Franco David s/ 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 16084, 07/10/2019, entre otros. Sigue este criterio el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (TCPBA) en pleno, "B., L. E. s/ recurso de queja", 09/09/2013.

no autorizada, salvo que en estos dos últimos existan pautas objetivas que hagan presumir fundadamente, en forma evidente e inequívoca, la falta de intención de utilizar el arma de fuego con fines ilícitos o cuando el autor haya excedido los límites de una autorización legal previa (Res. FG N° 178/08). El último criterio de actuación dictado al respecto (Res. FG Nº 65/21) establece que para prestar la conformidad u oposición a la suspensión, las fiscalías especializadas deberán tener en cuenta: el consentimiento informado de la víctima, el cumplimiento de las medidas de protección y/o restrictivas dictadas, la inexistencia de razones de gravedad o interés público que aconsejen la continuidad del trámite, o la ausencia de circunstancias que tornen necesaria la realización del juicio, la verificación de un compromiso serio de la persona imputada de realizar una conducta que, dentro de sus posibilidades, se aproxime a la reparación considerada satisfactoria a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y la disponibilidad de reglas de conducta acordes con el perfil criminológico de la persona imputada. Estos criterios no son vinculantes para los magistrados.

Casos de violencia de género

En los casos de violencia de género los fiscales suelen utilizar la Ley Nº 26485, la Ley local 4203, la Convención de Belém do Pará[38] y el fallo "Góngora"[39] de la CSJN para fundar su negativa a prestar conformidad para la suspensión de juicio a prueba.

En el caso "Góngora" la CSJN entendió que, luego de la ratificación de la Convención de Belém do Pará "la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente". Y señaló que

38. Aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 09/06/1994, ratificada por nuestro país el 05/07/1996, Ley N° 24632.

39. CSJN, Fallos: 336:392, "Góngora, Gabriel Arnaldo", 23/04/2013. A Gabriel Góngora se le imputó el delito de abuso sexual (un hecho consumado y otro en grado de tentativa) que habría ocurrido el 18 de diciembre de 2008. El TOC Nº 9, con la falta de consentimiento del fiscal, rechazó el pedido de *probation* y la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución e hizo lugar al pedido. El Ministerio Publico Fiscal interpuso queja ante la CSJN, que por unanimidad dejó sin efecto la concesión de la suspensión de juicio a prueba. El 17 de noviembre de 2015 el TOC Nº 9 declaró extinguida la acción penal por prescripción y dispuso el sobreseimiento de Góngora.

> … no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del juicio a prueba.

Existe una abundante jurisprudencia y destacada doctrina que no coinciden con este criterio:

> Una legislación que mande a realizar un juzgamiento obligatorio a todos los casos que puedan entenderse comprendidos en categorías como violencia familiar, doméstica o de género (como si todos tuvieran la misma gravedad), sin habilitar alternativas más constructivas y menos violentas que la represión punitiva para muchos de ellos, resulta notoriamente irrazonable, y por ello, inconstitucional.[40]

Hay elementos suficientes para apartarse de este precedente y cuestionar la interpretación literal que se realizó del artículo 7 de la Convención. Cuando la Convención dice que debe establecerse un "procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer" que concluya en "un juicio oportuno", no está negando la posibilidad de aplicar una alternativa distinta al debate oral y afirmando que el juicio es la única vía posible en un procedimiento legal. La expresión "juicio oportuno" no puede ser considerada como sinónimo de "juicio obligatorio".

La Convención no obliga a los Estados a celebrar juicios ni a imponer condenas[41] sino a intervenir en el conflicto de forma eficaz y garantizar a la víctima de hechos de violencia un acceso efectivo a la justicia, implementando políticas de carácter general que permitan prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, diversificando las respuestas frente a los fenómenos lesivos, reservándose, como medida de *ultima ratio*, la vía del proceso penal y, eventualmente, una pena privativa de libertad, debido a la mayor gravedad y efectos que esta respuesta implica.

---

40. Juliano, Mario; Vitale, Gustavo, *Suspensión del proceso a prueba para delitos de género*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, p. 13.

41. Di Corleto, Julieta, "La suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género. Límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo 'Góngora'", en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2013, T. 15, p. 197.

Esta interpretación que se ha pretendido imponer de la Convención, limita o directamente colisiona con la legislación interna que reconoce derechos a los ciudadanos, como así también con la tendencia establecida por otras normas internacionales, como por ejemplo las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) o las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas con Vulnerabilidad, que proponen y alientan otras opciones sancionatorias, reservando la pena de prisión para los casos más graves.

Una solución alternativa como es la suspensión del juicio a prueba no deja de ser un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer (o cualquier otra persona víctima de un ilícito en base al principio de igualdad ante la ley) y sería apropiado considerar que no todos los casos son iguales, que debe analizarse cada supuesto en particular, evaluar la gravedad de los hechos y sus circunstancias particulares, individualizando la forma en que debe abordarse el conflicto, escuchando a la víctima para saber cuál es su voluntad y no aplicando criterios absolutos y respuestas homogéneas que pueden terminar revictimizándola al querer imponerle modelos generales a su propia y libre opinión.

Asimismo debe tenerse en cuenta que cuando una persona que goza del estado de inocencia pide la aplicación del instituto, acepta el control estatal por un tiempo considerable, se compromete a cumplir con diferentes reglas de conducta que son iguales a aquellas que le habrían impuesto en caso de recaer condena condicional, reparar el daño en el medida de lo posible, abonar el mínimo de la multa en el caso de los delitos que se encuentran reprimidos con esa pena, abandonar en favor del Estado los bienes que serían decomisados en caso de ser declarado culpable en un juicio.

Puede decirse entonces que, en contraposición a una supuesta idea de impunidad, la suspensión del juicio a prueba constituye en sentido amplio una sanción, una restricción a la libertad de quien se encuentra imputado de un delito. Asimismo el instituto brinda una mirada integral del proceso composicional, donde no solo se imponen obligaciones y deberes sino que tiene especial consideración en la pre-

sunta víctima del hecho investigado,[42] dando un marco institucional más preciso, más sólido y de mayor calidad, visualizando socialmente la respuesta que el Estado aplica en cada caso.[43]

Son muchos los tribunales nacionales que se han apartado de esta doctrina y han concedido la suspensión de juicio a prueba en las causas de violencia de género.[44]

Apelabilidad y efectos sobre el plazo de investigación

El artículo 217 CPPCABA afirma que el rechazo a la aplicación del instituto no es apelable, sin embargo, esta decisión ha sido equiparada a "sentencia definitiva", pues causa un gravamen de imposible reparación ulterior, en tanto restringe el derecho del imputado de poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena,[45] y así ha sido entendida por la jurisprudencia del fuero.[46]

La concesión de la suspensión del proceso a prueba suspende el plazo de duración de la investigación preparatoria (art. 111 CPPCABA) respecto de la persona beneficiada. Esto resulta por demás lógico porque durante este período el Ministerio Público Fiscal no puede realizar acciones tendientes a proseguir con la investigación, por lo cual, en caso de incumplimiento y que el beneficio se revoque, no deberá considerarse el plazo que duró la suspensión.

42. Véase en este sentido el trabajo de Maciel, Mariano, "Desandando la huella del fallo 'Góngora' de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba. Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 7, julio 2014, Buenos Aires, La Ley, 2014.

43. Binder, Alberto, *Derecho Procesal…*, *op. cit.*, 2018, T. IV, p. 594.

44. TOC Nº 17, Expte. N° 4011, 13/05/2013; TOC Nº 20, Expte. N° 4141, 13/02/2014; TOC Nº 30, Expte. N° 3929, 30/04/2014; CNCCC, Sala I, Expte. N° 48462/2017/TO1/CNC1, 06/12/2018.

45. CSJN, Fallos: 320:2451, "Padula, Osvaldo Rafael y otros s/ defraudación", 11/11/1997. Mantuvo este criterio también el TCPBA en pleno, en el ya citado caso "B., L. E. s/ recurso de queja", 09/09/2013.

46. CAPPJCyF, Sala III, Expte. N° 41667-11, 25/09/2012, entre otros.

Cumplimiento de las reglas de conducta. Efectos

La norma establece que cumplidas las condiciones impuestas, y previa vista al Ministerio Público Fiscal, el Juez podrá dictar el sobreseimiento del imputado, sin embargo, en realidad el cumplimiento de las pautas fijadas lleva a la extinción de la acción penal, conforme el artículo 59 inciso 7 CP. Si bien la norma no lo indica, como paso previo, el Juzgado deberá solicitar el informe final que dé cuenta del cumplimiento de las reglas[47] y certificar los antecedentes del encartado a efectos de comprobar si en ese plazo ha sido condenado por la comisión de otro delito. Durante el plazo de suspensión, el juez debe proporcionar la asistencia necesaria para que el imputado pueda cumplir con las reglas fijadas.

Incumplimiento. Revocación

No cualquier incumplimiento de las reglas de conducta resulta suficiente para configurar una causal que permita revocar la suspensión del juicio a prueba, sino que debe consistir en un apartamiento considerable e injustificado, que dé certeza de la voluntad del imputado de no someterse a las reglas impuestas.[48]

Por tratarse de una decisión excepcional, para revocar el beneficio debe realizarse la audiencia prevista en el artículo 324 CPPCABA, a efectos de que el imputado pueda exponer las razones del incumplimiento de las reglas.[49] La norma no exige que sea el Ministerio Publico Fiscal el que solicite la audiencia como tampoco requiere su impulso para revocar,[50] lo cual permite un margen de discrecionalidad al Juez y a la Defensa para establecer el momento propicio para realizarla.

47. Generalmente, y de acuerdo a lo dispuesto por la norma, la tarea de control es asignada a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba del Ministerio Público Fiscal. No obstante algunos/as jueces/zas se lo encomiendan a la Secretaría de Coordinación y Seguimiento de Ejecución de Sanciones, dependiente de la Cámara de Apelaciones, organismo este legalmente facultado para controlar las suspensiones del juicio a prueba en materia contravencional.

48. García, Luis, "Suspensión del juicio a prueba: Probation", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año II, Nº 1y2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 375.

49. CAPPJCyF, Sala I, Expte. N° 8804/17, 04/09/2020; Sala II, Expte. N° 18669/19, 30/08/2021; Sala III, Expte. N° 10845/17, 19/05/2021 y Expte. N° 33565/19, 01/10/2021.

50. Ibídem, Sala II, Expte. N° 18669-2019-0, 30/08/2021; Sala III, Expte. N° 20856-17, 27/04/2021.

El Juez deberá evaluar la conducta del imputado y su interés en el cumplimiento de las obligaciones, el tiempo transcurrido de suspensión de juicio a prueba y las prórrogas otorgadas, debiendo ser la Defensa quien argumente y demuestre de manera suficiente las razones, circunstancias y limitaciones que pudieron haber provocado la falta de acatamiento a las reglas estipuladas.

La ausencia del imputado en la audiencia de control, tanto cuando no pudo ser notificado por desconocerse su domicilio actual como cuando lo fue pero no se presenta, no son motivos para que el Juez no pueda revocar el beneficio, dado que si no sería dejar en cabeza de este una facultad que es solo jurisdiccional.

Efectos sobre la prescripción de la acción

A los fines de la prescripción de la acción, debe considerarse que el efecto suspensivo del instituto abarca el tiempo que el juez otorga para el cumplimiento de la suspensión de juicio a prueba y sus prórrogas. Así lo ha resuelto el TSJ en lo que hace a los delitos, en contraposición a las contravenciones, entendiendo que la correcta interpretación del artículo 76 ter CP es que el plazo de la suspensión de la prescripción de la acción penal solamente debe abarcar el tiempo por el que el juez otorgó la *probation* y sus prórrogas.[51]

51. TSJ, "Ministerio Público –Defensoría General de la CABA– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Legajo de juicio en autos Blanco Bon, Juan Manuel s/ inf. artículo 96, C. Penal'", Expte. N° 15535/18, 07/10/2020. En el caso, se había condenado a Bon y a Puppi como autores del delito de lesiones graves en riña a la pena de un año de prisión en suspenso y se rechazó el pedido de prescripción luego de ocho años de trámite de la causa. La defensa apeló, siendo uno de sus argumentos la violación al plazo razonable. La Cámara había rechazado el recurso con el argumento que el curso de la prescripción de la acción estuvo suspendido desde la concesión de la suspensión del proceso a prueba hasta su efectiva revocación. Para los Dres. Lozano, Ruiz y Manes (que conformó el Tribunal) existió una derivación no razonada del derecho vigente y una clara interpretación extensiva *in malam partem*, contraria a las exigencias del principio *pro homine*. El Dr. Otamendi votó en disidencia y consideró que: "...debe repararse en que mientras no existe una revocación jurisdiccional del beneficio, la acción no puede ser ejercida por el fiscal, como tampoco cabría al magistrado disponer el desarrollo de actos procesales que impliquen el avance del proceso –como la realización del debate o la audiencia del artículo 210 del CPP . De este modo si el curso de la acción se encuentra detenido para el estado –que no ha perdido interés en su impulso en aras de lograr una respuesta punitiva pero debe aguardar la decisión sobre la suerte del instituto para continuar promoviéndola–, no puede transcurrir, a la vez, en favor de la desincriminación del imputado".

Otras cuestiones

El ofrecimiento de reparación del daño

Existen algunas cuestiones que, si bien no surgen de este artículo, hacen a la suspensión de juicio a prueba y que han merecido interés de los operadores judiciales del fuero a efectos de fijar un criterio.

Por un lado, se encuentra la cuestión que hace a la "reparación del daño en la medida de lo posible". El ofrecimiento de una reparación en la medida de lo posible es uno de los requisitos para la viabilidad del beneficio, y su omisión es causal suficiente para su rechazo.

La no aceptación por parte de la víctima de la reparación ofrecida no impide la concesión del beneficio,[52] quedándole habilitada la acción civil para el reclamo económico que pretende.

El ofrecimiento que realiza el imputado no debe ser entendido como la indemnización prevista en el artículo 29 del CP, porque la norma no persigue estrictamente un fin resarcitorio, sino que procura brindar una respuesta a la víctima a través de alguna forma de desagravio frente al daño que pudo habérsele causado.

La expresión "hacerse cargo" que utiliza el CP deja en evidencia que no es solo que el imputado internalice la norma, sino que tenga una actitud activa frente el hecho y a las consecuencias que ese accionar tuvo en la víctima, mostrando un esfuerzo genuino por tratar de reparar lo ocurrido. Es por esto que reparar el daño no implica necesariamente el pago de una suma de dinero, pudiendo existir otros modos de reparación: compensación de servicios, reparación de un bien dañado, restitución de un objeto, pedido de disculpas.

Es por esto que la frase "en la medida de lo posible" debe entenderse como la efectiva capacidad para cumplir con el ofrecimiento, de modo tal de no tornar ilusoria la aplicación de la suspensión del juicio a prueba.[53]

En el caso de sumas de dinero, para poder determinar la razonabilidad de la propuesta, el monto ofrecido debe ser analizado a la luz de las concretas posibilidades económicas del encartado, demostrando que se trata de un esfuerzo sincero y significativo. El imputado es

52. Bovino, Alberto, Lopardo, Mauro; Rovatti, Pablo, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, p. 296.

53. CAPPJCyF, Sala III, Expte. N° 3480-01-00-14, 05/11/2015.

quien posee la carga de demostrar las condiciones económicas en las que se encuentra: ofrece lo que a su criterio le resulta "posible" (test de posibilidad) y el juez decide si lo "posible" se ajusta o no a lo que se considera "razonable" (test de razonabilidad).

Algunos entienden que para que exista una obligación de reparar debe haberse producido un daño generador de una responsabilidad civil, es decir, que exista una parte damnificada identificable. En este grupo podrían incluirse los casos de delitos sin víctimas o que afectan bienes jurídicos colectivos o difusos que, aun sin causar daño, no permiten el ejercicio de una acción civil a ninguna persona física o jurídica determinable, como podría ser en aquellos delitos contra la administración pública (desobediencia o resistencia a la autoridad, por ejemplo), la salud (infracciones a la Ley Nº 23737) o la seguridad (portación o tenencia de armas) o fe pública (falsificación de documentos).

Sin embargo, esto no lleva necesariamente a que el imputado esté exento o no pueda realizar un ofrecimiento de reparación por el daño causado, como una forma de demostrar un comportamiento distinto, una toma de conciencia de lo ocurrido a través de un hacer de su parte.

El abandono en favor del Estado de los bienes que serían decomisados

En lo que hace al abandono a favor del Estado de los bienes, debe realizarse un juicio concreto de probabilidad y ser estricto al determinar cuáles son los bienes que habrían sido decomisados en caso de recaer condena, pues la amplitud en tal sentido sería demasiado lesiva para los derechos de quien, por disposición legal, se presume inocente. En el caso de los delitos contenidos en la Ley Nº 23737, su artículo 30 establece la destrucción del material estupefaciente secuestrado, mientras que para el resto de los objetos (dinero, rodados, etc.), en principio, deberá estarse a la espera de una normativa propia de la Ciudad que defina su destino, tal como existe en el ámbito federal.

En la Ciudad, la tarea de control y seguimiento de los probados la realiza la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba del Ministerio Público Fiscal (artículo 324 CPPCABA), que confecciona un informe una vez que finaliza el plazo de suspensión, haciendo saber al Juzgado el grado de cumplimiento de las reglas fijadas.

Delitos con pena de inhabilitación

La última transferencia incluyó algunos delitos culposos, como las lesiones de los artículos 94 y 94 bis CP, que tienen como pena la inhabilitación, situación que según el artículo 76 bis in fine Código Penal harían que se vean excluidos de la aplicación de la suspensión de juicio a prueba. El ofrecimiento de autoinhabilitación para conducir en los casos de accidentes de tránsito ha resultado una alternativa válida para permitir suspender el proceso sin controvertir los fines que el legislador ha tenido en miras al fijar una sanción penal para la comisión de estas conductas[54] y, siguiendo el ejemplo del ámbito nacional, también se aplica a nivel local.

Cabe en este punto señalar, como lo hace Binder, que el dictado de la Ley Nº 27147 ha modificado el ámbito de aplicación de la suspensión de juicio a prueba, permitiendo la inclusión de nuevos supuestos, no solo relacionados con casos donde es posible la aplicación de una pena condicional sino también en aquellos donde resulta posible realizar actividades conciliatorias.[55]

54. Ibìdem, Sala III, Expte. N° 55156-2019-0, 23/09/2020; Sala II, causa n° 41038-2019-0, 05/10/2021.

55. Binder menciona la ampliación de criterios de oportunidad para el Ministerio Público Fiscal como en el caso del Código Procesal de la Provincia del Neuquén: "Artículo 106 [...] Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos siguientes: [...] 5) Cuando exista conciliación entre las partes; o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente, o se repare el daño en la medida de lo posible...". También el caso del CPP de la Provincia de Río Negro: "Artículo 96 [...] Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, previo requerir la opinión de la víctima, en caso de que esta sea habida, en los casos siguientes [...] 5) Cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible. Las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación...".

Clausura de la investigación. Requerimiento de elevación a juicio

El requerimiento de elevación a juicio es la pieza procesal mediante la cual el/la Fiscal formula la acusación hacia quien reviste la condición de imputado/a en un proceso penal. Ese acto representa la solicitud de remisión a juicio prevista en el artículo 112 CPPCABA y procede una vez agotada la investigación preparatoria, previa obtención de elementos probatorios que otorgan provisoriamente sustento a la imputación, cuando no se propuso o no prosperó una salida alternativa al conflicto.

La decisión de formular el requerimiento de elevación a juicio es resorte de los/las representantes del Ministerio Público Fiscal, en razón del sistema acusatorio que rige en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas (art. 13, inc. 3, CCABA y 5 CPPCABA). Recibida la requisitoria, el/la juez da curso al trámite previsto en el artículo 222, CPPCABA y, luego, convoca a la audiencia prevista en el artículo 223, CPPCABA, en la que decide la incorporación al debate de los medios de prueba ofrecidos y el modo de su producción, como así también respecto de las nulidades y excepciones planteadas o que se hayan diferido para ese momento.

Este procedimiento se diferencia de aquel previsto en la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, donde el requerimiento de elevación a juicio es formulado por la fiscalía y la querella, previo traslado a tales actores, luego de que el juez interviniente hubiese dispuesto el procesamiento del imputado y estimare completa la instrucción (art. 346 y ss. CPPN). De ese modo, el/la juez nacional considera los elementos reunidos para evaluar, sobre esa base, la procedencia o no de elevar el sumario a juicio.[56]

A través del requerimiento de elevación a juicio el Ministerio Público Fiscal exhibe su hipótesis del caso a el/la Juez, con las consideraciones fácticas y jurídicas en torno a la imputación y, a su vez, se fijan las bases para el ejercicio del derecho de defensa. Por su alcance, en conjunto con la correcta identificación del/la imputado/a, ese acto debe reunir, bajo pena de nulidad, una serie de requisitos normativos.

56. Navarro, Guillermo; Daray, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 5ª ed., T. 2, pp. 942-943.

Requisitos del requerimiento de elevación a juicio

La descripción clara, precisa y circunstanciada del hecho y de la específica intervención del/la imputado/a, de acuerdo al decreto de determinación de los hechos, y conforme lo informado a la persona investigada

La precisión de las circunstancias del hecho contempla la delimitación temporal y espacial en las que habría acontecido. El requerimiento de elevación a juicio no puede exceder el marco fáctico que quedó delineado en la intimación de los hechos.

Maier enseña que la imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta a la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar que todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o reducirla.[57]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la correcta formulación del requerimiento de elevación a juicio, como imputación a una persona determinada de un hecho delictivo concreto y singular, resulta indispensable para garantizar la inviolabilidad de la defensa en juicio, en tanto este configura el único objeto alrededor del cual se instala el debate.[58]

El hecho requerido a juicio debe ser concordante con aquel que fuera el objeto de investigación (art. 99, CPPCABA) y puesto en conocimiento del/la imputado/a en la audiencia de intimación (art. 173, CPPCABA). Ese mandato se vincula con la protección de derechos y garantías fundamentales, como ser la defensa en juicio y principio de congruencia. La jurisprudencia ha señalado que "el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva".[59] Desde una interpretación más amplia, se ha dicho que "el cambio de calificación adoptado

57. Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2ª ed., 1996, T. I, pp. 553-554.

58. CSJN, Fallos: 327:2790, "Fariña Duarte, Santiago y otros", 06/07/2004.

59. CSJN, Fallos: 329:4634, "Sircovich", 31/10/2006. Del dictamen del Procurador General.

por el Tribunal será conforme al artículo 18 CN, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos".[60]

El principio de congruencia no se encuentra afectado si existen errores materiales en la comparación de la redacción de la intimación del hecho y del requerimiento de juicio, siempre y cuando aquellos no importen una sorpresa para el imputado que pudiera menoscabar su derecho de defensa.[61]

La utilización de diferentes términos para establecer un mismo marco temporal de los hechos no implica una afectación al principio de congruencia, siempre que las expresiones utilizadas comprenden y representan la misma franja horaria.[62] Al respecto, se ha declarado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio donde no se establecieron márgenes de fechas, careciéndose de un acotamiento temporal que permitiera determinar la acusación.[63]

Se ha declarado la nulidad de requerimientos de elevación a juicio en los que la fiscalía atribuyó a todas las personas imputadas los mismos hechos de manera genérica, sin establecer la exigida descripción clara, precisa y circunstanciada de las conductas atribuidas a cada uno, la específica intervención que habrían tenido en los sucesos, y la conducta jurídica que correspondía en cada caso, en el entendimiento de que esa modalidad impidió el adecuado ejercicio de defensa regulado en los artículos 18 y 75 inc. 22 de la CN, y artículos 8.2.b CADH y 14.1 del PIDCyP.[64]

60. CSJN, Fallos: 319:2959, "Acuña", 10/12/1996. Voto de los jueces Petracchi y Bossert.

61. CAPPJCyF, Sala I, "Pérez, Manuel Mariano y otros", Expte. Nº 14572/15, 31/03/2015. Del voto de la Dra. Marum y del Dr. Vázquez.

62. Ibídem, Sala I, "Incidente de apelación respecto de R. P. L. en autos N., L. G. y otro s/infr. art(s). 149 bis y 107 CP", Expte. Nº 16597/2016-2, 03/07/2017.

63. Ibídem, Sala II, Expte. Nº 7511-02/14, 02/07/2015. Del voto de los Dres. Bosch y Bacigalupo y de la Dra. Marum.

64. Ibídem, Sala III, "Incidente de apelación en autos 'Ecoparque y otros sobre 1 - ley de protección al animal, malos tratos o actos de crueldad'", Expte. N° 23100/2018-9, 31/08/2021. Voto del Dr. Delgado.

Los fundamentos que justifiquen la remisión a juicio

El requerimiento de elevación a juicio se encuentra fundado si cuenta con elementos probatorios que justifiquen que la acusación sea ventilada en debate. La motivación del acto por parte del Ministerio Público Fiscal se corresponde con los mandatos constitucionales (arts. 1 y 120, CN y 1, 10 y 125, CCABA).

La motivación que debe tener la pieza acusatoria fiscal resulta del análisis racional de las pruebas reunidas, para que el caso pueda acceder a la etapa de debate. Se sostiene que "prueba" es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente.[65]

El acusador debe explicar por qué alguien debe comparecer a juicio, debiendo indicar "las probanzas que sustentan el requerimiento de elevación a juicio –los motivos– lo cual se exige para posibilitar su refutación a través del ofrecimiento de prueba para el debate".[66]

El sustento probatorio de la imputación se vincula directamente con la existencia de pruebas que justifiquen la realización del debate para dilucidar la responsabilidad del imputado en un determinado hecho. De ese modo, los fundamentos deben ajustarse al grado de provisoriedad de la etapa preliminar, pues la acusación definitiva –centrada en cuestiones de hechos y prueba– tiene lugar en ocasión de los alegatos llevados a cabo en el marco de la audiencia de debate. En apretada síntesis, en la etapa preliminar se exige una probabilidad acerca del hecho principal y sus elementos, no así una certeza positiva de la acusación.

La fundamentación de la requisitoria necesariamente implica que los elementos en los que se cimenta la acusación sean idóneos para ser ingresados a la etapa de debate. La valoración de elementos de prueba debe realizarse de acuerdo a sus características y contexto de los casos en los que se producen.

Ahora bien, hay quienes opinan que un requerimiento de elevación a juicio no puede estar fundado solo en declaraciones informales. La jurisprudencia de la cámara del fuero ha dicho hace tiempo que una simple constancia de investigación que no puede ser utilizada para

65. Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 5ª ed., 2003, p. 3.

66. D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 5ª ed., 2003, p. 174.

fundamentar por sí sola el archivo de las actuaciones o la remisión de la causa a juicio oral y público.[67]

En este sentido, los informes en los que la fiscalía plasma comunicaciones telefónicas no constituyen declaraciones testimoniales, pues no reúnen los recaudos y formalidades legales para este tipo de prueba. El artículo 127 regula las declaraciones testimoniales formales, consideradas como definitivas, irreproducibles e imprescindibles para el dictado de la sentencia, y las testimoniales informales, las cuales el fiscal puede prescindir de materializar en el legajo de investigación.

Las entrevistas informales pueden resultar de utilidad para guiar la investigación de la fiscalía, pero carecen de valor probatorio por no haber sido producidas conforme la normativa procesal, como ser la ausencia de firma o registros que permita el confronte de dichos de la persona entrevistada.

Sin embargo, no corresponde el dictado de la nulidad de la requisitoria si además de las constancias telefónicas existen otras pruebas que robustecen la acusación fiscal.[68]

La jurisprudencia del fuero ha resuelto que corresponde nulificar el requerimiento de elevación del legajo a debate oral y público cuando las denuncias en las que se sustenta presentan inconsistencias de índole fáctica.[69]

En lo que hace a las funciones de los/las representantes del Ministerio Público Fiscal, la exigencia de motivación necesariamente se vincula con el deber de objetividad previsto en el artículo 6, CPPCABA.

Por lo tanto, para el caso en que el/la acusador/a no cuenten con elementos mínimamente necesarios para arribar a la instancia de debate no deben formular el requerimiento de elevación a juicio y tiene que optar por las demás alternativas del artículo 112, CPPCABA –clausura provisional o archivo de las actuaciones–.

67. CAPPJCyF, Sala II, "Santander, Soledad Andrea", Expte. Nª 4017-00/CC/2010, 04/08/2011; Expte. N° 12885-01-CC/2015, 13/04/2016; "Incidente de apelación en autos 'Garay, Antonio Federico s/ 89 CP'", Expte. N° 21031/2019-1, 10/03/2021.

68. Ibídem, Sala II, "Noe, Eduardo", Expte. N° 19227/14, 17/07/2015, voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bosch.

69. Ibídem, Sala I, "Acuña Lozada, Cristian Félix s/ art. 149 bis CP", 25/04/2012.

La calificación legal del hecho

El requerimiento de elevación a juicio establece la plataforma fáctica y jurídica de la acusación. Si bien las calificaciones que se sostienen en la etapa preliminar son eminentemente provisorias, estas deben corresponderse con el hecho de que resulta objeto de imputación y que fuera intimado al encausado, en tanto dicha delimitación permite el ejercicio del derecho de defensa.

El encuadre legal del hecho investigado debe superar el análisis de tipicidad, lo que implica la existencia de elementos probatorios que otorguen sustento a la calificación jurídica escogida por el/la acusador/a. Caso contrario el requerimiento será pasible de nulidad y/o la acusación podrá ser alcanzada por un supuesto de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad.

La calificación legal adoptada en el requerimiento de elevación a juicio resulta de interés al momento de evaluar la procedencia de la suspensión del proceso a prueba. Es doctrina plenaria de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional que a los fines de determinar la procedencia de la suspensión del juicio a prueba (artículo 76 bis CP), los jueces carecen de autonomía para modificar la calificación jurídica sostenida por el Ministerio Público Fiscal en el requerimiento de elevación a juicio.[70]

Ofrecimiento de las pruebas para el debate

En el requerimiento de elevación a juicio el/la representante del Ministerio Público Fiscal debe ofrecer todas las pruebas que pretende introducir al juicio oral y público. Esta exigencia se corresponde con el derecho de defensa y los principios procesales de igualdad entre las partes, buena fe, publicidad, contradicción, entre otros (art. 3, CPPCABA).

La norma expresamente dispone que aquella prueba que no fuera puesta en conocimiento de la contraparte no podrá introducirse a la etapa plenaria. Se ha dicho que en la audiencia de admisibilidad no corresponde la incorporación de prueba que no había sido ofrecida en el requerimiento de elevación a juicio, cuando ya era conocida por las

70. CNCCC en pleno, "Recurso de inaplicabilidad de ley en causa Carbone, Rodrigo Maximiliano s/robo de automotor o vehículo en la vía pública", Plenario 3/19, 03/12/2019.

partes del proceso.[71] En esta misma lógica, se consideró extemporáneo el ofrecimiento de la defensa de prueba fuera de los plazos establecidos en el artículo 222, CPPCABA.[72]

Con relación a lo anterior, se ha dicho que el momento oportuno para el ofrecimiento de evidencias se extiende desde la investigación y hasta la formulación de la requisitoria. Entonces, en la audiencia de admisibilidad de prueba debe tratarse la prueba ya ofrecida por las partes, caso contrario, de postularse prueba colectada antes de los respectivos ofrecimientos, no solo se iría en contra del precepto legal, sino que también se afectarían los derechos de la defensa y debido proceso, como así también los principios procesales de igualdad entre las partes, buena fe, contradicción, entre otros.

Desde otra óptica, se ha admitido a las partes la posibilidad de ofrecer elementos probatorios en ocasión de la audiencia de admisibilidad, en el entendimiento de que ese acto es la oportunidad procesal para discutir y resolver sobre la prueba, y al reparar en que el artículo 247 CPPCABA habilitaba esa posibilidad con el debate abierto.[73]

Interrupción de la prescripción de la acción penal

La Ley N° 6020 (BO 5490 del 01/11/2018) estableció que el requerimiento de juicio previsto en el artículo 219 resulta hábil para interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con lo previsto en el artículo 67, inciso c), del Código Penal.

Acusación alternativa

En el requerimiento de elevación a juicio la fiscalía debe describir todas las circunstancias que hacen a la imputación y las hipótesis que entiende posible.

Maier ha dicho que la acusación alternativa, o subsidiaria

> … supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser

71. CAPPJCyF, Sala II, "Testa, Daniel", Expte. Nº 63069-01/11, 18/11/2013. Voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bosch.

72. Ibídem, Sala II, "Molina, Matías Armando y otros sobre 92 - agravantes (conductas descriptas en los artículos 89, 90 y 91)", Expte. Nº 55616/2019-0, 04/10/2021.

73. Ibídem, Sala III, "Sotelo, Fabián", Expte. Nº 12118/13, 10/03/2016. Voto de la Dra. Manes.

> verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas.[74]

A través de la acusación alternativa o subsidiaria, el fiscal y el querellante podrán indicar los elementos fácticos que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura legal diferente, para el caso de que en el debate no resultaren comprobados los elementos que componen su calificación jurídica principal.[75]

Esta variante suele emplearse en aquellos casos donde los hechos permiten vislumbrar delitos progresivos, regresivos o residuales.

Si bien es el/la representante del Ministerio Público Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, quien decide qué casos llevar a juicio y bajo qué hipótesis jurídica, las variantes jurídicas deben estar en conocimiento de la defensa. Al peticionar la elevación a juicio, el/a fiscal debe dar cuenta de las razones fácticas y probatorias por las que contemplan más de una figura para un hecho. La acusación alternativa o subsidiaria no viola el principio de congruencia siempre que exista correlación en su descripción entre la intimación de los hechos y el requerimiento de elevación a juicio.

La coexistencia de materias en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas plantea el interrogante sobre la posibilidad de formular una acusación bajo un tipo penal (amenazas) y, subsidiariamente, una calificación del régimen contravencional (hostigamiento/intimidación). Entendemos que esta plataforma no solo implica la adopción de los recaudos necesarios para garantizar el principio de congruencia, derecho de defensa y debido proceso, sino que, además, amerita el análisis del plexo probatorio a fin de evaluar la pertinencia de la calificación propiciada por el/la fiscal.

La acusación alternativa o subsidiaria se encuentra regulada en códigos procesales provinciales. El artículo 335 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires expresamente habilita la posibilidad de indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal

74. Maier, Julio B., *Derecho Procesal…, op. cit.*, 2ª ed., 1996, T. I, p. 574.

75. Ledesma, Ángela, "Momentos en que se define la acusación penal", en Ledesma, Ángela (dir.), *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Ed.Hammurabi, T. 2, 2016.

distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal. En similar sentido, la figura también se encuentra prevista en los artículos 295 del Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe, 291 del Código Procesal Penal de la provincia del Chubut, y 362 del Código Procesal Penal de la provincia de Santiago del Estero. Por otra parte, los artículos 385 del Código Procesal Penal de Catamarca y 398 del Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán instauran la acusación alternativa cuando del debate resultase que el hecho es diverso del enunciado en la acusación.

La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el resonante caso "Carrascosa" revocó la condena por el delito de encubrimiento de homicidio de primera instancia y condenó por el delito de homicidio agravado, en base la acusación alternativa. En ese sentido, avaló esta variante prevista en el artículo 335 del CPPBA y, en lo que despunta, sostuvo que esa formulación no vulneraba el derecho de defensa en juicio, en tanto la defensa no podía sostener válidamente que no se expidió, cuestionó y enfrentó a cada una de las acciones incriminadas por el Fiscal. Enfatizó que el imputado y su Defensa conocieron los hechos acusados y, en esa línea, sostuvo que

> … (e)s justamente el principio de contradicción, tal vez el corolario más importante de la garantía de defensa, pues representa el derecho a contradecir, es decir, el derecho a cuestionar preventivamente todo aquello que pueda influir en la decisión final…

Y agregó que

> … parece no sólo correcta sino auspiciable la formulación de acusaciones alternativas o subsidiarias, pues tal modo de proceder evita que el proceso vuelva a una etapa anterior para que se reformule la requisitoria fiscal y, tal vez, el auto de elevación a juicio, en violación, precisamente, de los principios de preclusión y progresividad, así como de la garantía del "*ne bis in idem*".[76]

76. TCPBA, Sala I, "Carrascosa, Carlos Alberto s/ Recurso de Casación int. Fiscal de Juicio" y "Carrascosa, Carlos Alberto s/ Recurso de Casación", Expte. Nº 29151 y Nº 29152, 18/06/2009.

Requerimiento de la querella

Generalidades

Luego de formular su requisitoria, el/la representante del Ministerio Público Fiscal debe disponer el traslado al acusador privado para que proceda en igual sentido. Es el/la titular de la acción quien debe evaluar la legitimación para actuar como querellante, lo que se condice con el sistema acusatorio que rige en el sistema local. Ante este conflicto, interviene el juzgado de garantías.

La querella cuenta con un plazo cinco días, prorrogables por otros tres, para presentar el requerimiento de elevación a juicio ante el juzgado que entienda en la etapa preparatoria o adherir a la pieza acusatoria de la fiscalía.

El término para cumplir con la carga de requerir la elevación a juicio, más allá de la posibilidad de prórroga, es perentorio. Se ha declarado extemporáneo el requerimiento de elevación a juicio presentado fuera del plazo legal por la querella y, además, se apartó del carácter de detentaba.[77]

La pieza acusatoria de la querella debe contener las exigencias que rigen para la fiscalía, lo que ha sido anteriormente tratado en extenso. En sintonía, la querella tiene la carga de ofrecer prueba y ponerla en conocimiento de su contraparte. Las pruebas conocidas, que no fueran ofrecidas en la requisitoria, no podrán ingresar al debate.

Tales recaudos formales y sustanciales para el acusador privado responden a exigencias propias para la materialización y avance de la imputación en el sistema penal, con ajuste al respeto y protección del debido proceso, derecho de defensa y los principios procesales instaurados para el régimen local (art. 3, CPPCABA). Es así que se ha declarado la nulidad del requerimiento de elevación a juicio de la querella cuando en esa pieza se alteró la base fáctica de los hechos intimados al imputado, por violación al principio de congruencia.[78]

77. CAPPJCyF, Sala I, "Giovannetti, Roberto y otro s/ artículo 181 (usurpación) - Apelación", Expte. Nº 29663-00/2012, 20/09/2013.

78. Ibìdem, Sala I, "Incidente de apelación en Martínez, Hernán Ariel s/ artículo 149 bis CP", Expte. Nº 6736-01-CC/14, 02/09/2015.

Adhesión al requerimiento de elevación a juicio de la fiscalía y autonomía funcional. Remisión

Luego de las reformas al CPPCABA de la Ley Nº 6020 la querella cuenta con la posibilidad de requerir a juicio o adherir al requerimiento de la fiscalía.

Binder enseña que el querellante es particular o privado en aquellos casos en que actúa sin la presencia del Ministerio Público Fiscal, en razón de que este no tiene nada que hacer, por tratarse de un delito de acción privada. Luego, define la figura de querellante conjunto como aquel que participa a la par con el/la fiscal, de modo que existe concurrencia de acciones. Sobre esta última categoría, sostiene que existe el querellante conjunto autónomo, quien cuenta con atribuciones similares a las de la fiscalía y las ejerce de un modo paralelo, con facultades para promover y proseguir con el impulso de la acción pública. Finalmente, destaca la figura de querellante conjunto adhesivo, quien trabaja como un tercero coadyuvante del acusador público, sujeto a la promoción de la acción por la fiscalía.

En cuanto a las implicancias de la adhesión a la acusación del Ministerio Público Fiscal, como así también respecto de las discusiones sobre la autonomía funcional de la querella, nos remitimos a lo expuesto en el comentario de los artículos 11 y 12 CPPCABA.

Sin perjuicio del envío, en apretada síntesis, recordaremos que existe jurisprudencia que sostuvo que tanto la extemporaneidad como la falta de presentación del requerimiento de juicio por parte del querellante implican el abandono de la acción y pérdida de la calidad de parte.[79] Por otra parte, en la vereda contraria[80] se ha opinado que la fal-

79. Ibìdem, Sala I, "Giovannetti, Roberto y otro s/ artículo 181 (usurpación) - Apelación", Expte. Nº 29663-00/2012, 20/09/2013; "Giménez, Daniel Alfredo y Chiroque, Juan -Emilio Lamarca 641- s/ inf. artículo 181 CP- Apelación", Expte. Nº 6979-00-CC/2009, 13/08/2010. Del mismo tribunal, Sala II, "Ojeda, Alberto Federico s/ inf. artículo 149 *bis* CP- Apelación", Expte. Nº 26040/10, 08/04/2011.

80. Ibídem, Sala II, "Abraham, Juan", Expte. N° 3259/11, 06/09/2012 (voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bosch); "Ramos Mejía, Gustavo", Expte. N° 5906/14, 13/04/2015 (voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bacigalupo) y en "Uribe, Susana y otros", Expte. N° 1964/16 (voto de la Dra. De Langhe y del Dr. Bacigalupo). Una buena síntesis de todas las posturas en torno a este tema puede observarse en Neumann, Juan M., "Las consecuencias de una querella negligente", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 127 y ss.

ta de interposición de la pieza acusatoria no implica el desistimiento de la acción y apartamiento de la querella, sino, simplemente, la pérdida del derecho de ejercer autónomamente la acción, en base al temperamento adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Del´Olio".[81]

Clausura provisional de la investigación preparatoria

Si luego de intimar los hechos al imputado, y vencido el término de la investigación preparatoria, el/la fiscal entiende que no cuenta con elementos de mérito suficientes para remitir el caso a juicio, y opta por no archivar las actuaciones, deberá disponer la clausura provisional de las actuaciones.

Esta decisión se adopta por auto y procede cuando la fiscalía cuenta con la posibilidad de ingresar medidas de pruebas, pero, por el momento, no pueden ser obtenidas por impedimentos ajenos al Ministerio Público Fiscal.

En efecto, la clausura provisional debe contar con sustento argumental, centrado en la certera posibilidad de reunir pruebas ciertas y concretas en un futuro, y que no están no disponibles al momento de esta disposición. La Resolución FG Nº 123/16 dispone que los fiscales deben fundar clausura provisional. Esta probabilidad de retomar y encauzar la investigación significa una alternativa opuesta al sobreseimiento provisional que antiguamente regulaba el CPPN.

La jurisprudencia ha dicho que la clausura provisional del proceso no resuelve la situación procesal del imputado y debe ser usada en los casos estrictamente previstos por la norma, a fin de no afectar el derecho de defensa. Así, se ha declarado la nulidad de ese temperamento cuando se justifica en la necesidad de practicar una pericia psiquiátrica al imputado, pues ello no impedía la presentación del requerimiento de juicio y ofrecimiento de esa medida como prueba.[82]

81. CSJN, Fallos: 329:2596, "Del´Olio, Edgardo Luis", 11/07/2006.

82. CAPPJCyF, Sala I, "Incidente de apelación en autos 'A., D. L. s/ artículos 149 bis y 183 CP'", Expte. Nº 38427-01-CC/10, 14/03/2014, voto de la Dra. Marum y del Dr. Sáez Capel.

La adopción de este temperamento implica el cese inmediato de las medidas precautorias y rige por un término máximo de dos años, momento en que, de mantenerse esa situación, el fiscal debe disponer el archivo definitivo de las actuaciones.

En caso de reunirse nuevos datos de cargo se puede reabrir la investigación y solicitar a los/las jueces/zas la reposición de las medidas cautelares, personales o reales.

Por lo demás, la clausura provisional de la instrucción suspende el plazo de duración de la investigación preparatoria, de modo que, en caso de reapertura, la investigación continuará en este aspecto según su estado anterior, quedando pendiente el tiempo que no hubiera transcurrido antes de adoptar esa disposición.

Este temperamento puede adoptarse una sola vez, lo que redunda en la garantía de debido proceso y plazo razonable.

La querella puede disentir con la clausura provisional y, dado este escenario, puede proponer la incorporación de pruebas faltantes o argumentar en favor de la suficiencia de las pruebas reunidas y solicitar la remisión a juicio del caso. En este último supuesto, si desde el Ministerio Público Fiscal se entiende que no hay elementos para instar el debate, el proceso continuará bajo la forma prevista para los delitos de acción privada.

Capítulo 2
Etapa intermedia

Artículo 222. Traslado a la defensa

Recibido el requerimiento de juicio, el/la Juez/a correrá traslado a la defensa, que tendrá cinco (5) días para ofrecer pruebas y plantear todas las cuestiones que entienda deban resolverse antes del debate.

Artículo 223. Audiencia. Resolución sobre la prueba. Remisión o Rechazo del juicio

Ofrecida la prueba por la defensa, o vencido el plazo previsto en el artículo anterior, el/la Juez/a convocará a las partes a una audiencia dentro de los diez (10) días. Con las partes que concurran resolverá sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por todas ellas, previo escucharlas sobre su procedencia, improcedencia y/o

inadmisibilidad. Solo podrá rechazar por auto aquellas que considere manifiestamente improcedentes o inconducentes y las que sean inadmisibles conforme las disposiciones de este Código. La decisión será irrecurrible, pero podrá ser invocada como fundamento del recurso de apelación contra la sentencia definitiva.

Concluido el acto, el/la Juez/a remitirá el requerimiento de juicio y el acta de la audiencia; para que se designe el/la Juez/a que entenderá en el juicio. No se remitirá el legajo de investigación del/la Fiscal ni otras actuaciones que no sean aquellas que se acordó incorporar al debate y las actas labradas respecto de actos definitivos e irreproducibles.

En la audiencia se resuelven las nulidades y excepciones planteadas o que fueron diferidas para este momento. También se podrá formular acuerdo de avenimiento y solicitar y resolver la suspensión del proceso a prueba.

Artículo 224. Auxilio judicial de la defensa

Antes de la remisión a juicio y a pedido de la defensa y del/la civilmente demandado/a, el/la Juez/a podrá ordenar las medidas que resulten imprescindibles para completar la preparación de la defensa o la contestación de la demanda que sólo pudieran adquirirse con intervención de la autoridad, y resulten pertinentes y útiles.

Artículo 225. Excepciones

Si en la audiencia del artículo 223 se interpusieran excepciones, se procederá conforme lo establecido en el artículo 210.

La importancia de la audiencia de etapa intermedia

En nuestro ordenamiento no se encuentra prevista la celebración de una audiencia de control de la acusación distinta de aquella preparatoria de la prueba a producir en juicio, ni se prevé tampoco en forma autónoma la realización de audiencias de exclusiones probatorias, aunque durante el curso de la investigación puede darse la necesidad de debatir sobre controversias respecto de la evidencia que ameritarán su discusión oral ante el juez de garantías. Por lo tanto, suele denominarse a esta convocatoria audiencia de etapa intermedia, ya que

el acto tiene múltiples propósitos: control de la acusación, planteo de excepciones, discusión sobre la prueba, actividad procesal defectuosa y exclusiones probatorias, proposición de convenciones probatorias, realización de acuerdos probatorios y planteo de juicio abreviado o incluso de algunas salidas alternativas.

En esta etapa del proceso y en el marco de modelos adversariales que tienden a dar respuesta al conflicto primario y no ya a la búsqueda de la verdad, se impone entonces un modelo de juez o jueza activo, en pos de garantizar el litigio como mecanismo para resolver ese conflicto base, sin perderlo de vista. Por ello, en todas las audiencias que el juez o jueza realice, tiene que generar las condiciones para que, en caso de que esta sea la voluntad de las partes, se concrete un acuerdo que ponga fin al conflicto. De hecho, está previsto en la norma que es la oportunidad para debatir no solo el avenimiento sino también eventuales acuerdos de suspensión del juicio a prueba y en muchos casos, suele analizarse la aplicación de criterios de oportunidad que la Fiscalía no ha utilizado y las partes reclaman.[83] Sin embargo, tal como afirmáramos al analizar la posibilidad de salidas alternativas como mediación o conciliación, la adopción de este tipo de acuerdos en esta audiencia no es deseable para el sistema, ya que el avance del caso hasta esta instancia implica un dispendio de recursos y mantiene para todas las partes la situación de incertidumbre propia del proceso penal en curso. Por lo tanto, un esquema que priorice la respuesta más adecuada para los intereses de las partes, debe generar las condiciones para que los operadores judiciales analicen el caso desde su inicio con perspectiva de posibles salidas anticipadas, y solo se reserve el requerimiento de realización de juicio oral en aquellos casos donde el conflicto así lo amerite.

83. Muchos autores aluden al juez o jueza que lleva adelante esta etapa como a un "portero" o "filtro" que decide qué es lo que llega a la instancia de debate, o ilustran su rol con la imagen de quien tiene "las llaves del juicio", que resultan expresiones muy gráficas para entender que su tarea consiste esencialmente en asegurar que los casos que superen la etapa intermedia sean únicamente aquellos que ameritan la realización de un juicio oral porque no ha existido otra vía posible de solución del conflicto, porque la acusación se encuentra fundada en evidencia que la respalda con probabilidad de realización y que la prueba sobre la que versará el debate en esa instancia se vincula estrictamente a los hechos en controversia.

En definitiva, en esta audiencia en particular, la posición y el involucramiento del juez de garantías cobra especial relevancia, teniendo en cuenta que lo que en ella se decide legitima lo que va a pasar en el juicio oral, especialmente en lo que hace al análisis integral del caso que será llevado a juicio y a la calidad probatoria de la evidencia sobre la que versará el debate. Si todo el proceso se estructura en función de la centralidad del debate, la audiencia preparatoria es el momento en que se concreta la acusación y se depura el caso que será remitido a esa instancia, junto a las evidencias que han sido admitidas. De manera que el debate previo, preparatorio de esa instancia decisiva, es el mecanismo que el sistema acusatorio ha previsto para asegurar el respeto de la llamada *meta-garantía de imparcialidad*, entendida como un principio político del proceso penal cuya vulneración impide la existencia de un juicio penal justo, ya que de otro modo, las controversias sobre estos puntos se trasladarán sin remedio al juez o jueza de juicio.[84] Pero además, es importante resignificar el valor que esta convocatoria reviste no ya en relación con la celebración de un juicio justo, sino autónomamente como audiencia de control del mérito de la acusación que el Estado ha formulado contra un ciudadano.

Desde esta perspectiva, resulta inadmisible que el propio texto legal prevea la posibilidad de que el juez resuelva las pruebas para el debate sin que la totalidad de las partes concurran a la audiencia para litigar al respecto. De hecho, en la última reforma realizada al CPPCABA se ha perdido la valiosa oportunidad de incorporar la obligatoriedad de celebración de esta audiencia con todas las partes del proceso.[85]

Por supuesto, tratándose de una obra escrita totalmente por integrantes del Poder Judicial local, no podemos desconocer que en la práctica cotidiana la audiencia de etapa intermedia muchas veces no se realiza, especialmente cuando no hay planteos previos de la defensa

84. Christen, Adolfo, Imparcialidad y modelo acusatorio. Un análisis al interior de la etapa intermedia, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, p. 54.

85. Corresponde tener en cuenta que el Anteproyecto de reforma elaborado por la Comisión de Transferencia del Consejo de la Magistratura (creada por Resolución CMCABA N° 103/2017) sí había incorporado esa modificación, estableciéndola como una de las incorporaciones sustanciales de su propuesta, y en su redacción participaron varios jueces del fuero. Ello da la pauta, entonces, de que la necesidad surge incluso de los propios operadores judiciales, que advierten cada vez con mayor certeza la importancia de esta instancia decisiva para que el juicio oral pueda realizarse en las mejores condiciones.

y no median oposiciones de las partes respecto de la prueba ofrecida por la contraria. Sin embargo, proponemos un cambio del abordaje de esta etapa, teniendo en cuenta lo que aquí se pone en juego.

Concretamente, creemos que sólo pueden remitirse a juicio aquellos casos respecto de los cuales se verifique que existe una acusación fundada, y que debe reservarse para debatir y litigar en el debate todo lo que sea materia de controversia, y no aquellos hechos sobre los que no existe discordancia entre las partes. Para ello, es necesario extremar el trabajo de la etapa intermedia para que el juez, jueza, tribunal de juicio o Jurado pueda tener contacto con la prueba realmente relevante para la solución del conflicto, y evitar que esos elementos de vital importancia se vean interferidos con información que no resulte necesaria para su valoración, sencillamente porque trata sobre cuestiones no controvertidas o resulta inútil para fundar la decisión que habrá de adoptarse.

A diario en nuestra práctica laboral encontramos ejemplos de juicios en los que se escuchan testimonios reiterativos, innecesarios o sobre cuestiones que nadie ha controvertido nunca. Evidentemente, no hemos podido dimensionar todavía la importancia fundamental de este momento procesal y de la audiencia en particular, posiblemente porque se pierde de vista la vinculación profunda que tiene esta etapa con la gestión estratégica de los casos y la gravedad que implica el acto estatal de requerir formalmente que un ciudadano sea llevado a juicio.

La teoría del caso y su relación con el ofrecimiento de prueba y el control de la acusación

Elaborar una teoría del caso implica, esencialmente, identificar los hechos, la teoría jurídica y la evidencia que los respalde. De esta forma, podrá proyectarse el caso y visualizar sus posibilidades de éxito en términos de litigio. Y en ese marco, cobra especial trascendencia determinar si existen evidencias capaces de sustentar esa posición, en función de la hipótesis fáctica que se ha establecido y del encuadre jurídico que se decida utilizar. En definitiva, la evidencia que se ofrece para el juicio debe estar al servicio de ese relato. Por lo tanto, la presentación en la audiencia de etapa intermedia debe explicarse en función

de la teoría del caso, y así ser controvertida y admitida o rechazada por el Juez o Jueza que lleve adelante la audiencia.

Además, demandará un análisis estratégico no solo de la evidencia que una parte ofrece en sustento de su posición, sino de aquella que ha ofrecido la contraparte. Bajo este paradigma, también, pone a jugar a las dos teorías del caso, ya que es el juez quien debe generar las condiciones para identificar los puntos controvertidos de cada una y centrar allí el litigio entre las partes.

Como hemos adelantado, la audiencia de etapa intermedia en nuestro código debe entenderse como la oportunidad para controlar el mérito de la acusación si la defensa la objeta, ya que es el momento en que se decide si el caso tiene la entidad para motivar la realización de un juicio oral y público, con todo lo que ello supone para el sistema. De hecho, aun cuando el texto legal no precisa la posibilidad de sobreseer al imputado en este acto, nada obsta a que ello se resuelva en tal sentido si la acusación presenta defectos formales que no puedan subsanarse, ya que la audiencia que se regula en el artículo 223 de nuestro Código es de naturaleza amplia y no existe otra oportunidad para evitar que se lleve a juicio una acusación sin posibilidades concretas de verificarse en juicio.[86]

Por supuesto, en el marco de un sistema acusatorio como el que rige en nuestra Ciudad y en muchas provincias de nuestro país, el universo de situaciones que pueden ameritar el cierre del caso en una etapa previa al juicio oral es necesariamente restringido.[87] Sin embargo, en caso de que la defensa cuestionara el mérito de la acusación,

86. Categórica en este sentido, De Paoli, María C., *La vital importancia del rol del juez en la etapa intermedia en el sistema acusatorio*, Buenos Aires, Di Plácido, 2017, pp. 63-69. La autora además propone que este control pueda realizarse aun de oficio por parte del órgano judicial.

87. Algunas regulaciones normativas utilizan fórmulas muy concretas para establecer las discusiones que pueden darse en el marco de una audiencia de control de la acusación. Tal es el caso del CPP Neuquén, que en su artículo 168 establece que "Al inicio de la audiencia la Fiscalía y la querella explicarán la acusación y proporcionarán los fundamentos. La defensa podrá objetar la acusación por defectos formales, solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa, oponer excepciones o solicitar el saneamiento o la declaración de invalidez de un acto. También podrá proponer una reparación concreta, siempre que no hubiere fracasado antes una conciliación, o instar el sobreseimiento, siempre que para ello no deban discutirse cuestiones que son propias del juicio oral...".

esta audiencia resulta el ámbito propicio para que el debate sobre ese punto se someta a las reglas del litigio y, de corresponder, sea resuelto por el Juez o Jueza que propicia, modera y dirige la discusión, velando porque no se discutan extremos que sean propios del debate. Para conjurar el riesgo de que esto ocurra, nos interesa seguir la idea según la cual el control judicial sustancial de la acusación "debe operar como un control negativo de arbitrariedad, en donde la tarea del juez que lo efectúa se concentra en corroborar que no exista arbitrariedad, por lo que sólo en los casos en que resulte evidente que la base probatoria de la acusación es insuficiente para alcanzar el estándar cognoscitivo requerido y, en esa medida, arbitraria, deberá proceder a cumplir con su función de filtro e impedir que esa acusación prosiga".[88]

Desde esta perspectiva, hay una vinculación estrecha entre la evidencia que la fiscalía ofrece y la fundamentación de esa acusación. Por ese motivo su análisis sustantivo no admite ni puede requerir producción de prueba, porque en tal caso no estaremos ante un supuesto de arbitrariedad sino ante un cuestionamiento respecto de la suficiencia probatoria de ese acto, que debe darse necesariamente en la etapa de juicio. Por el contrario, "en aquellos supuestos en que con la simple lectura de la evidencia acusatoria o a partir de la argumentación discursiva de la defensa baste para determinar la deficiencia probatoria de la acusación, será desestimada por resultar abiertamente arbitraria".[89]

Superado el análisis sustantivo de la acusación con este alcance restringido que hemos propuesto, el eje de la audiencia de etapa intermedia es, entonces, la admisibilidad de la prueba a producir en juicio, que el juez o jueza deberá analizar en función de la teoría del caso de las partes.

Si un conflicto ha llegado a esta etapa y no ha podido someterse a acuerdos alternativos o de pena pactada, existen entonces –cuanto menos– dos versiones sobre los hechos, y es necesario sondear los puntos de contacto que existan entre ambas para verificar concretamente sobre qué cuestiones corresponderá que verse el debate en juicio. Es entonces rol fundamental del juez o jueza de garantías determinar cuáles son los hechos controvertidos y desde allí propiciar el litigio

88. Limardo, Alan, "Control judicial de la acusación. Alcance y operatividad respecto del mérito de la prueba", en Rua, Gonzalo (comp.), *Estudios sobre el sistema penal adversarial*, Buenos Aires, 2018, p. 123.

89. Ídem.

respecto de los acuerdos probatorios que de ello puedan derivarse.[90] En este sentido, la falta de regulación sobre la cuestión puntual de la posibilidad de arribar a acuerdos o convenciones probatorias en nada impide que se lleven adelante, pensando siempre en clave de generar las condiciones para que solo se debatan en juicio las cuestiones controvertidas entre las partes y que ameritan una decisión del Tribunal de juicio o del Jurado.

Resulta lógico que cuando existan hechos no controvertidos respecto de los cuales la fiscalía ofrece un testimonio o evidencia, la defensa no cuestionará su ingreso al debate (es decir, no formulará oposiciones al momento de contestar la vista prevista en el art. 222). Pero justamente por eso, en lugar de admitir toda esa evidencia sin análisis alguno, son esos los espacios que demandan un litigio en audiencia, con participación activa del juez de garantías, a efectos de plasmar acuerdos probatorios y fijar los hechos no controvertidos sobre los que no se podrá discutir en juicio por así haberlo acordado las partes. Desechar la audiencia en estos casos es desconocer profundamente el sentido y la incidencia de la audiencia de etapa intermedia en la decisión que habrá de adoptarse en juicio. Por el contrario, el juez o jueza que ha sido ilustrado en audiencia sobre la teoría del caso de cada parte y sobre la evidencia que se requiere para comprobarla "podrá incentivar que los acusadores ofrezcan a las defensas convenciones probatorias que garanticen puntos que la defensa querría probar y que no forman parte o no afectan seriamente el núcleo de la acusación".[91]

Se trata aquí de acuerdos fácticos, sobre hechos relevantes del caso que las partes no van a someter al litigio, porque han convenido que se tendrán por acreditados. Por ello, nuevamente resaltando el rol del juez o jueza de la etapa intermedia como garante de la realización de un juicio constitucionalmente adecuado, podrá exigir a las partes que demuestren el respaldo que tiene esa afirmación que va a realizarse al Tribunal de juicio o al Jurado, ya que en la sentencia tendrá por acreditado un hecho pese a que en el debate no se haya producido prueba al respecto.[92] Evidentemente, el control de legalidad de ingreso de ese dato, para evitar la

90. Christen, Adolfo, *Imparcialidad…*, *op.cit.*, p. 71.

91. Ibídem, pp. 71-72.

92. Lorenzo, Leticia; Lopardo, Mauro, *Los caminos de la prueba*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, p. 156.

condena de un inocente, debe realizarse durante la etapa intermedia y en el marco del conocimiento profundo que deberá tener el juez o jueza de garantías de las teorías del caso de ambas partes.

Sobre este punto, es importante tener en cuenta que la amplitud de los medios de prueba no debe confundirse con el hecho de que llegue al juicio oral toda la prueba ofrecida por todas las partes, ni mucho menos considerar que de esta forma se garantiza el correcto ejercicio de la acusación o del derecho de defensa. El trabajo sobre el ofrecimiento y la admisibilidad de prueba es central para garantizar la realización de un juicio oral en el que el Tribunal acceda a información de calidad, donde las partes no se encuentren con elementos sorpresivos sobre la evidencia o deban dirigir sus esfuerzos irracionalmente en contrainterrogatorios o alegaciones sobre evidencias que nada tienen que ver con sus teorías del caso.

Por ello, juega un rol fundamental el modelo de descubrimiento de pruebas que es exigido al acusador, en tanto debe garantizar la posibilidad de que el imputado y su defensa controviertan la acusación a través del contraexamen. Y que, aun cuando no se expresa como exigencia respecto de la defensa, la práctica de descubrir evidencias posibilita la plena vigencia del contradictorio, la concreción de negociaciones y acuerdos sobre la prueba e, incluso, permite establecer las bases sobre las cuales se podrían analizar salidas alternativas o acuerdos de juicio abreviado.

Conocer las evidencias de la contraparte puede resultar fundamental, en el marco del proceso adversarial, para entender cuál es la posibilidad de verificación de los hechos en disputa y ello, en definitiva, redunda en un beneficio para el ejercicio del derecho de defensa. Por lo tanto, en la medida en que la teoría del caso de la defensa se centre en los extremos que se plantean en la acusación, no tiene obligación de registrar su investigación autónoma ni de "mostrar sus cartas" a la Fiscalía porque se limitará a rebatir las proposiciones fácticas y jurídicas que forman parte de la acusación. Por el contrario, en la medida en que la defensa requiera proponer una alternativa que salga del marco que ha planteado el acusador, puede resultar necesario que las evidencias en las que se sustenta su posición alternativa puedan ser sometidas al control y verificación de la contraparte, en caso de que lo requiera. No obstante, no es aquí una exigencia en términos de carga

de la prueba, sino un requisito para la realización del contradictorio y para brindar al juez o jueza de garantías los elementos necesarios para determinar si ese elemento es o no relevante.[93]

Criterios de admisibilidad de la prueba

A efectos de determinar cuáles son las evidencias que serán admitidas para el debate, es importante tener en cuenta que el derecho probatorio opera como límite o regla de exclusión que evita el ingreso de información de baja calidad al juicio y, de esta forma, limita la facultad estatal de intentar acreditar un hecho en pos de la averiguación de la verdad, estableciendo así una diferencia sustancial entre los sistemas inquisitivos y los adversariales.[94]

En nuestro país no contamos con reglas codificadas o sistematizadas que establezcan con claridad las reglas de admisibilidad, y por ello proponemos interpretar la regulación de nuestro CPP a la luz de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico,[95] ya que si bien el artículo 223 incorpora una importante referencia al mencionar como criterio de exclusión la manifiesta improcedencia, no se establecen criterios específicos para que el juez o jueza de la etapa intermedia lleve adelante su tarea.

Como principio general, se acepta que toda prueba relevante es admisible, en la medida en que tiende a hacer un hecho más o menos probable de lo que este sería sin contar con ese elemento de prueba.[96] Por lo tanto, la relevancia será el principal criterio de exclusión que el juez o jueza de garantías deberá aplicar para determinar las evidencias que ingresan al debate. Pero además, en función de la importancia que hemos señalado respecto de la necesidad de preparar adecuadamente el juicio desde la audiencia de admisibilidad de pruebas, debemos te-

93. Ibídem, pp. 106-109.

94. Rua, Gonzalo, Examen directo de testigos, Buenos Aires, ediciones Didot, 2015, p. 41.

95. Disponibles en: https://www.poderjudicial.pr/Documentos/SecretariadoConf/Reglas-Evidencia-2009.pdf [Fecha de consulta: 15/06/2023].

96. "Regla 401. Definición de evidencia pertinente. Evidencia pertinente es aquella que tiende a hacer la existencia de un hecho, que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción, más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia. Esto incluye la evidencia que sirva para impugnar o sostener la credibilidad de una persona testigo o declarante".

ner en cuenta que es relevante una evidencia que permita comprobar o negar la existencia de algún hecho *en controversia*, ya que la prueba sobre hechos no controvertidos puede resultar sobreabundante o generar información que no será importante para definir el caso y puede generar confusión en el encargado de decidir.

En este sentido, desde la posición de las teorías del caso que las partes propongan, el juez o jueza deberá verificar si esa evidencia ofrecida es pertinente, esto es, si presenta o no conexión con la imputación.[97] Sin embargo, luego deberá analizarse si pese a la relevancia y pertinencia que se ha verificado, existen criterios a considerar que ameriten desecharla para el momento del juicio.

Es importante señalar que en esta etapa sólo se analizará judicialmente la relevancia que amerite la producción en juicio de esa prueba, pero la credibilidad de la evidencia admitida por su relevancia quedará a exclusivo criterio del Jurado o juez técnico que intervenga en el debate. Por lo tanto, insistimos conque el criterio que debe utilizarse para admitir la prueba tiene que ser analizado en función de su vinculación con los hechos que conforman la teoría del caso de cada parte, con independencia del "peso específico" o el valor convictivo de ese elemento para la decisión que se adopte en el debate.

Así, el juez o jueza de garantías deberá someter al litigio de las partes y resolver si corresponde excepcionar el principio general de admisión de esa prueba relevante y pertinente, en función de que pueda ocasionar un perjuicio mayor a la utilidad que presenta para la resolución de alguno de los extremos controvertidos. Concretamente, cuando la evidencia presente:

a. riesgo de causar perjuicio indebido;
b. riesgo de causar confusión;
c. riesgo de causar desorientación del Jurado;
d. dilación indebida de los procedimientos;
e. innecesaria presentación de prueba acumulativa.[98]

97. "Regla 402: Relación entre pertinencia y admisibilidad. La evidencia pertinente es admisible excepto cuando se disponga lo contrario por imperativo constitucional, por disposición de ley o por estas Reglas. La evidencia no pertinente es inadmisible".

98. Regla 403.

Incluso si la evidencia pasara estos filtros a la luz de la teoría del caso de quien la ofrece, aun puede resultar inadmisible si su obtención o producción puede afectar garantías del imputado,[99] esto es:

- si presenta algún privilegio de ley;[100]
- si ha sido obtenida violentando las normas establecidas legalmente para considerar válida su producción.[101]

Ante estos supuestos, por imperativo constitucional es necesario privilegiar el valor de protección de las garantías del imputado, aun cuando la información que la evidencia cuestionada aporta pudiera resultar pertinente y útil para la teoría del caso de alguna de las partes. En nuestra formulación procesal penal tradicional, nos encontramos aquí ante la aplicación de la regla de exclusión que impide utilizar ciertas evidencias para fundar una sentencia de condena que, en el marco de la audiencia de etapa intermedia, proyecta sus efectos sobre el análisis de la prueba que no podrá ser admitida porque no puede ser valorada en juicio[102].

Finalmente, y en sentido similar, acudiendo a conceptos de derecho penal arraigados en nuestra tradición institucional con independencia de las premisas del derecho probatorio y del sistema de admisión de prueba que se adopte, vemos que tampoco es admisible aquella evidencia que se vincule con estándares propios del derecho penal de autor y no de acto. En términos de derecho probatorio, nos referimos a la *prueba de carácter,* que por regla no puede admitirse, sin perjuicio de las excepciones que se establecen si esa evidencia aporta información sobre alguno de los hechos controvertidos según las teorías del caso.[103]

De igual modo, analizando este tipo de evidencias desde la perspectiva del ofrecimiento que puede efectuar la defensa, se excluye por

99. Reglas 501 a 518.

100. Por ejemplo, la información a la que un testigo ha tenido acceso en el marco de una relación médico-paciente.

101. Podría ser el caso de prueba obtenida en el marco de un allanamiento realizado sin autorización judicial.

102. Lorenzo, Leticia; Lopardo, Mauro, *Los caminos…*, *op. cit.*, p. 153. Los autores citados proponen analizar los planteos de ilicitud y/o ilegalidad de la prueba en forma previa incluso al análisis sobre su pertinencia, pues si alguna de las evidencias fuera excluida por su obtención irregular, es posible que la fiscalía se vea obligada a analizar si cuenta con elementos independientes para sostener su acusación.

103. Por ejemplo, el imputado refiere que no sabe maniobrar un arma de fuego y la fiscalía aporta constancias que dan cuenta que forma parte de un club de tiro al que el imputado acude regularmente.

regla la posibilidad de admitir evidencia sobre la historia de vida o la conducta de la víctima que no tengan relación alguna con los hechos controvertidos que deberán probarse en juicio.[104]

De esta forma, podemos establecer un panorama de los criterios de admisibilidad de prueba que deben orientar la tarea del juez o jueza que lleva adelante la audiencia de etapa intermedia y que deberá demandar de las partes un trabajo permanente de suministro de información sobre su teoría del caso y las evidencias que la sustentan, propiciando en todo momento que la contraparte proporcione a su vez la información que le permita determinar si estamos ante supuestos de prueba que pasan todos los filtros de admisibilidad que hemos mencionado, y sus correspondientes excepciones.

Precisiones respecto de algunos aspectos puntuales a tener en cuenta para la admisión de prueba

Prueba testimonial

Hemos estructurado el análisis de la admisibilidad de prueba sobre la idea de estrechar la decisión de admisibilidad a la teoría del caso de la parte que ha propuesto la prueba que pretende producir en juicio. Sin embargo, en pos de garantizar el fortalecimiento del medio de prueba más trascendente del proceso penal, es importante hacer hincapié en la necesidad de trabajar fuertemente en la acreditación de los denominados hechos secundarios, que son

> … aquéllos que no están destinados a acreditar directamente alguno de los hechos controvertidos contenidos en la acusación o en la teoría del caso de la defensa, sino que tienden a brindar credibilidad o sustento a las afirmaciones aportadas por el testigo sobre el hecho principal.[105]

La importancia de un trabajo en este sentido se verifica, muy especialmente, en aquellos casos donde la evidencia recolectada es en su mayoría indiciaria y, por lo tanto, acreditar la credibilidad del testigo se vuelve necesario para fortalecer la posición de alguna de las partes.

104. Nuevamente a modo de ejemplo, información que pudiere referir a las preferencias sexuales de una persona que ha sido víctima de un delito contra su integridad.

105. Rua, Gonzalo, *Examen directo…*, *op. cit.*, p. 24.

En el marco de la audiencia de admisibilidad de prueba, es necesario que las partes puedan debatir sobre la incorporación de evidencia que permita sostener el examen y garantizar el contraexamen sobre este tipo de acreditación.

Pero más allá de la posible debilidad en la recolección de evidencias directas que haga necesario un trabajo sobre la credibilidad del testigo que solo puede aportar información indiciaria, en general resulta preferible y más adecuado a modelos adversariales el hecho de que la fiabilidad del testimonio se trabaje desde hechos concretos (aunque no vinculados esencialmente con los hechos relevantes del caso) y no desde apreciaciones morales o de impresiones que pueda ocasionar el testigo en el Jurado o el Tribunal de juicio.

Por lo tanto, Rua propone tener en cuenta una doble dimensión de esta acreditación del testigo: por un lado, analizar qué aspectos de su vida e historia personal pueden fortalecer la posición de este testimonio ante quien deberá resolver sobre esta base y, por otra parte, centrarse también en las condiciones perceptivas a través de las cuales ha tomado conocimiento de los hechos que va a relatar en el examen directo y que serán confrontados en el contraexamen. De allí que al momento de la admisibilidad de prueba deba tener en cuenta, por ejemplo, si además de discutirse si un vehículo atropelló a una persona durante la noche, se admitan también evidencias vinculadas con las condiciones climáticas de ese momento, la iluminación del lugar, la patología de visión que puede tener un testigo o, por el contrario, las pruebas que demuestran que tiene una visión de precisión, etcétera.[106]

Otro aspecto trascendental con relación a la admisión de la prueba testimonial tiene que ver con el análisis de admisión de los testimonios de oídas o de referencia, fuertemente reguladas en cuanto a su admisibilidad por las Reglas de Evidencia de Puerto Rico,[107] pese a que el criterio general establecido en la Regla 804 es su inadmisibilidad o exclusión. El punto central a tener en cuenta para la restricción en su admisión tiene que ver con la esencia misma del sistema adversarial, ya que la fuente directa de información no podrá ser sometida al contraexamen. Es decir, no existirá un control genuino –constitucional-

106. Ibídem, pp. 112-126.

107. Reglas 801 a 809.

mente válido– de la prueba que se produzca en el juicio y, por lo tanto, el riesgo que se corre es el de incorporar información de baja calidad.

No obstante, las excepciones a la regla parecen admitir que el litigio se dirija a fortalecer la posición de esa evidencia con relación al resto de los elementos colectados y a enaltecer su peso probatorio específico frente al resto del plexo de elementos que puedan sostener una u otra teoría del caso. De hecho, esta misma apreciación puede predicarse de cualquier información que pretenda incorporarse por otro medio que no sea la fuente directa de producción; por ejemplo, informes que vayan a incorporarse al juicio, respecto de los cuales debería realizarse una verdadera tarea de autenticación o, eventualmente, trabajar fuertemente con las partes para que debatan y fundamenten el porqué de la credibilidad del ingreso de esa información como prueba de referencia.[108] Por supuesto, quedan fuera de este estándar de admisibilidad los informes que hayan sido elaborados por expertos que posteriormente declaren en juicio, que analizaremos a continuación.

Prueba de expertos

Es indudable la importancia que tanto el Jurado como los jueces técnicos suelen otorgar al testimonio de expertos en su valoración de la prueba, especialmente en sistemas como el local, donde desafortunadamente se mantiene la figura del perito oficial, cuya posición se supone equidistante de los intereses de las partes, idea que se riñe no solo con el principio acusatorio sino con el adversarial. Respecto del primero, en la medida que una fuente de prueba aparece como auxiliar del juez, circunstancia vedada absolutamente al órgano judicial en sistemas procesales en que el acusador es quien recolecta, presenta y alega sobre la evidencia. Con relación al segundo de los principios invocados, la bilateralidad propia del sistema adversarial se garantiza en la medida en que la prueba de cada parte es sometida al control de la otra. En ambos paradigmas, vigentes en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta inexplicable la persistencia de cuerpos de peritos oficiales. Por ello, no hay dudas de que los peritos de las partes pueden y deben cuestionar fuertemente y trabajar incluso en

108. Lorenzo, Leticia; Lopardo, Mauro, *Los caminos…*, *op. cit.*, pp. 249-254.

la acreditación y los métodos que utilizan los peritos oficiales cuando llevan el caso a juicio.

Ahora bien, con independencia de esta apreciación y recapitulando sobre la idea del valor probatorio que suele otorgarse a la opinión expertos o científicos vinculados a las denominadas ciencias duras –cuyos saberes han sido considerados garantía de prueba de algunos hechos controvertidos–, con el paso del tiempo se ha transferido también esta apreciación a otras áreas de las ciencias, que podemos denominar blandas.[109]

Por lo tanto, teniendo en cuenta esta admonición previa sobre el valor específico que se otorga a los testimonios e informes de expertos, la doctrina recurre invariablemente a los lineamientos sentados en el precedente estadounidense "Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals", a efectos de establecer los requisitos que debe cumplir la información que brinda un experto para considerarse científicamente suficiente para probar un hecho.

Siguiendo a Schiavo en su análisis, vemos que:

1. La teoría científica en que se funda la prueba debe ser controlable y falseable;
2. Se debe determinar –*ex ante*– el porcentaje de error asumido en la técnica empleada;
3. El procedimiento debe poder ser controlado por otros expertos, de forma presencial, es decir, tiene que tener una revisión de pares;
4. Debe existir en la comunidad científica un generalizado consenso sobre la pertinencia del método utilizado y de las conclusiones arrojadas por su aplicación;
5. Debe existir una relación directa entre el método empleado y aquello que pretende acreditarse en el proceso.[110]

Es importante tener en cuenta que los expertos que cada parte ofrezca para comprobar su teoría del caso no pueden pronunciarse sobre cual-

109. Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 2015, pp. 38-39. El autor ilustra su análisis sobre la evidencia científica con el valor total que se da actualmente a la prueba de ADN aunque no existan otros elementos probatorios de respaldo y aun con los márgenes de error que ponen en cuestión la metodología utilizada para su determinación.

110. Ibídem, p. 40.

quiera de los hechos controvertidos, por el simple hecho de que se trate de un profesional que cuenta con una experticia vinculada a alguno de los puntos de la (o las) teorías del caso. Por lo tanto, es fundamental que el juez o jueza garantice que el litigio en la audiencia de admisibilidad de prueba se dirija a determinar no solo la necesidad de la intervención o los elementos que permitirán su acreditación sino además deberá fijarse claramente sobre qué extremos se expedirá el experto en juicio.

La idea central es que las partes, en tanto han diseñado y escogido una estrategia de gestión del caso, deben debatir sobre las pruebas de expertos que van a presentar, incluso solicitando una audiencia previa a la de etapa intermedia, para tener claro cuáles son las opiniones que ese experto va a dar en juicio y verificar si esas conclusiones sirven o no a su teoría del caso. Y fundamentalmente, es necesario asumir que la admisión de esa prueba debe litigarse y resolverse necesariamente antes del juicio, ya que trasladar un debate de estas dimensiones probatorias a la etapa de debate afecta, necesariamente, la garantía de imparcialidad. Pero además, horada profundamente la calidad de la evidencia, en la medida en que en caso de no litigarse concretamente cada uno de los puntos sobre los que va a versar la declaración en el juicio, se corre el riesgo de incorporar información de muy baja calidad y que, como hemos dicho, goza no obstante de gran estima probatoria.

En el caso de la prueba de expertos, a nuestro modo de ver, se verifica uno de los supuestos en que es posible forzar a la defensa a descubrir su evidencia a la parte acusadora cuando decide asumir un rol activo y alternativo a la mera controversia sobre los extremos de la contraria. En efecto, las más elementales reglas de buena fe procesal indican que la fiscalía o la querella tienen que poder proponer un experto de parte para generar un contradictorio genuino y para incorporar información de calidad para la resolución del caso. Para ello, es necesario tener siempre presente que la opinión que brinde el experto deberá circunscribirse a los extremos de su saber que se vinculen con un hecho relevante puesto en discusión, que debe trascender la posibilidad de conocimiento común del juez técnico o Jurado para operar como un verdadero auxiliar para la determinación del caso. Y que durante la audiencia de etapa intermedia debe, necesariamente, delimitarse con mucha claridad sobre qué puntos y con el respaldo en qué evidencia material va a declarar el experto.

Formación del legajo de juicio e imparcialidad

Finalmente, es importante tener en cuenta que, pese a todo el trabajo que pueda realizarse en clave de contradictorio e imparcialidad durante la audiencia de etapa intermedia, la garantía puede verse seriamente afectada si el legajo que se remite al Juzgado que resulte sorteado para realizar el juicio oral y público cuenta con información que implique que el Tribunal de juicio o el juez o jueza unipersonal de todos modos tome contacto con datos sobre los hechos o la valoración de la prueba en forma previa a la audiencia de debate. Por ello, es importante que la regulación legal opere como otra limitante para evitar el ingreso de información por fuera de la audiencia de debate. Pero lamentablemente, ello no se garantiza hoy con nuestro texto legal.

En primer lugar, porque el propio artículo 223 establece que finalizada la audiencia, se remitirá el requerimiento de juicio y el acta de aquella para que se designe juzgado de juicio. Justamente, se dispone la remisión de dos actuaciones que, consideradas en la generalidad de los casos, definitivamente permiten al juez de juicio tomar contacto con el análisis valorativo de la prueba que el acusador realiza en su requerimiento, y además con información sobre evidencia que no ha sido admitida y sobre las múltiples cuestiones que pueden haberse debatido en esa audiencia. Y además, porque el hecho de que la norma también indique que no se remitirá legajo de investigación "ni otras actuaciones que no sean aquellas que se acordó incorporar al debate", definitivamente habilita la remisión de las evidencias admitidas, lo que se encuentra claramente vedado a las partes.

Desde la práctica judicial se han ensayado distintas formas de conjurar el riesgo de que el Juzgado o Tribunal de juicio tome contacto con la evidencia, ya que muchos de los operadores han incorporado técnicas que permiten limitar la información contenida en esas piezas procesales.[111] A modo de ejemplo, durante la vigencia del trámite en formato papel propio de los expedientes judiciales, podía testarse el requerimiento de juicio o las partes del acta de audiencia de etapa intermedia, podían realizarse actas separadas cuando había discusiones

111. Christen, Adolfo, *Imparcialidad…*, *op. cit.*, pp. 83-98. Allí el autor desarrolla la evolución práctica y jurisprudencial que se ha verificado.

más allá de la prueba a producir en juicio (como planteos de atipicidad, nulidades, excepciones e incluso debates sobre salidas alternativas no admitidas). Incluso se ha llegado a incorporar la práctica de remitir en sobre cerrado el requerimiento y el acta, para que la decisión sobre la afectación de la imparcialidad quedara a merced del juez o jueza que sostenía la necesidad de no tomar contacto con evidencia.

A raíz de ello, fue desarrollándose jurisprudencia que modificó seriamente las características del legajo de juicio y la información allí contenida. Sin embargo, durante años ha sido motivo de intensos debates entre los distintos órganos judiciales, circunstancia que hasta el día de hoy no se ha zanjado definitivamente, pues lamentablemente aun después de una reforma reciente de la normativa procesal, la regulación habilita a solicitar la remisión al menos del requerimiento de juicio y el acta de la audiencia de etapa intermedia, que suele contener información definitivamente contaminante para el órgano que debería tener un acercamiento a las teorías del caso y a las evidencias de respaldo únicamente en el marco de la audiencia de debate.

Por ello, recurriendo a otros textos de códigos acusatorios actuales,[112] es aconsejable establecer normativamente la obligación de contar con un acto de apertura a juicio y la información que deberá contener el mismo. De hecho, en nuestro fuero, el Proyecto de la Comisión *ad honorem* que finalmente no tuvo concreción en el texto de la última reforma normativa, preveía incorporar el siguiente texto:

Artículo 210 bis. Auto de apertura del juicio oral.

El auto de apertura del juicio oral contendrá:

a. La pretensión acusatoria;
b. Los hechos que se dieron por acreditados en virtud de las convenciones probatorias;
c. La pruebas admitidas para el debate, indicando la parte que la ofreció;
d. La mención del rechazo, total o parcial, de la oposición a la requisitoria de juicio;
e. La decisión acerca de la legitimación del querellante para habilitar la apertura del juicio o para intervenir en él y, en caso

112. Las provincias de Río Negro, Neuquén, La Pampa, entre otras, regulan específicamente la cuestión de un modo similar al que se propone en este trabajo.

de pluralidad de querellantes, la orden de unificar personería, si fuera procedente;

f. Cuando el acusado soporte una medida de coerción, la decisión acerca de la subsistencia de la medida o su sustitución;

g. En su caso, la indicación de cómo ha quedado trabada la litis en la demanda civil y su contestación.

El auto de apertura del juicio oral es irrecurrible y será remitido al/la Juez/a o Tribunal de Juicio.

Mientras tanto, en la actualidad, podemos afirmar que la práctica de conformación del legajo de juicio se ha adecuado a los lineamientos de los fallos que implicaron un cambio en las prácticas cotidianas de implementación de la norma, con los alcances que aquí se determinan.

Concretamente, en el caso "Galantine"[113] el Tribunal Superior de Justicia determinó que no correspondía remitir "todas aquellas pruebas y actuaciones que se haya dispuesto incorporar a la audiencia oral", en pos de resguardar el principio acusatorio y la garantía de imparcialidad. Sin embargo, siguió admitiéndose la remisión del requerimiento de juicio y el acta de audiencia de etapa intermedia.

A raíz de la controversia que seguía generándose con relación a la remisión de estas piezas y las disputas entre los juzgados de investigación y debate respecto de las piezas que uno debía remitir al otro para fijar audiencia de juicio, en el año 2015 la Sala III dictó el precedente "Suárez".[114] Allí, teniendo en cuenta nuevamente la idea de que el contacto con ciertos elementos *contaminaba* con información del caso al juez o jueza de juicio, que resolvió por mayoría la declaración de inconstitucionalidad del artículo 210, 2º párrafo, del CPPCABA[115] y la remisión de un certificado que contara únicamente con la descripción del objeto procesal, la prueba admitida y la parte dispositiva del acta de audiencia. El fallo fue recurrido por el Ministerio Público Fiscal, esencialmente por considerar arbitraria

113. TSJ, "Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de competencia en autos Galantine, Atilio Javier s/ inf. artículo 1, ley 13.944 (recurso de inconstitucionalidad)'", Expte. Nº 9443/12, 18/12/2013.

114. CAPPJCyF, Sala III, "Suárez, Víctor Hugo s/ art. 149 bis CP", causa Nº 7223/12, 17/11/2015.

115. En su redacción y numeración anterior al texto actualmente vigente del art. 223 CPPCABA.

la decisión, que no explicó el motivo por el cual el contacto con el requerimiento podía afectar la imparcialidad del juez o jueza de juicio. Sin embargo, el máximo tribunal local consideró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, afirmando que la Fiscalía no había demostrado el perjuicio concreto que ocasionaba a sus intereses la decisión de la Cámara de Apelaciones del fuero.

Y finalmente, en el año 2017 el Tribunal Superior de Justicia se pronunció en el precedente "Serulnik"[116] que llegó a su conocimiento a raíz de una queja por retardo de justicia interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, pues se encontraba pendiente la fijación de la audiencia de juicio en virtud de la discordancia de criterios entre el juzgado de garantías y el de juicio respecto de la conformación del legajo de debate. Cabe señalar que la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero había resuelto, en el caso, que correspondía conformar el legajo de juicio con la incorporación de todas las piezas previstas por el viejo artículo 210 del CPPCABA. Por lo tanto, la mayoría del tribunal consideró que correspondía hacer lugar al planteo fiscal, por considerar que la demora en la convocatoria a juicio a la espera de que se cumpliera con la conformación del legajo de juicio en los términos requeridos por una de las salas de Cámara, implicaba desconocer la jurisprudencia sentada por el Tribunal Superior de Justicia en "Galantine". Por lo tanto, más allá del trámite peculiar que tuvo el caso y la evidente voluntad de hacer cesar la demora en la convocatoria a juicio, entendemos que la decisión habilita a convocar a debate contando únicamente con una minuta en la que se consigne partes, hechos, calificación jurídica y prueba admitida.[117]

No obstante, aun con la implementación del expediente electrónico, la práctica sigue indicando que los jueces y juezas, en su mayoría, pretenden contar con requerimiento de juicio y acta de audiencia de etapa intermedia, lo que evidencia la necesidad de eliminar de la normativa la alusión a remisiones que afectan seriamente la garantía de imparcialidad y establecer, definitivamente, que el caso debe remitirse a juicio únicamente a través del auto de apertura a juicio.

116. TSJ, "Ministerio Público – Fiscalía de 1° Instancia en la PCyF nro. 13 de la CABA s/ queja por retardo, privación o denegación de justicia en: Legajo de Juicio en autos Serulnik, Marcelo s/ artículo 149 bis CP", Expte. N° 14289/17, 07/04/2017.

117. En el mismo sentido, Christen, Adolfo, *Imparcialidad...*, *op. cit.*, pp. 93-94.

DATOS DE LOS AUTORES Y AUTORAS

Francisca Baquerizas

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Magíster en Criminología y Sistemas de Justicia Penal (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España). Docente de Filosofía del Derecho (UBA). Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 13.

Miguel Federico Bellocq

Abogado con Orientación en Derecho Penal (UBA). Magíster en Criminología y Ejecución Penal (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España). Ex Secretario de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 15. Actualmente es Prosecretario Letrado del Tribunal Superior de Justicia de la CABA.

Juan Manuel Belluscio

Abogado (UBA). Comenzó su carrera judicial en la Fiscalía de Distrito de Pompeya, y continuó en los Juzgados Nacionales en lo Criminal de Instrucción N° 3 y 31. En el Poder Judicial de la CABA se desempeñó en los Juzgados PCyF N° 31, 6, 15, 5, 11 y 21. Actualmente es Secretario de este último Juzgado.

Gonzalo Federico Berecochea

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (USAL), Diplomado en Derechos Humanos (Universidad Católica del Uruguay). Programa de actualización en litigación Oral (UBA). Trabaja en la justicia criminal desde el año 2000. Actualmente es Secretario de Cámara en la UFEIDE, Fiscalía Especializada en la Investigación de Delitos Vinculados a la Comercialización de Estupefacientes.

Daiana Biassotti

Abogada con orientación en Derecho Penal, diploma de honor (UBA). Ha realizado y finalizado la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA) y el Programa de Actualización en Litigación Penal Oral (UBA). Prosecretaria Letrada en la Fiscalía de Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Este.

Sandra Marina Bruballa

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Realizó la Carrera de Administración de Justicia y el Programa de Actualización en Litigación Penal (UBA). Actualmente se encuentra cursando la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA). Fue pasante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica. Es docente de la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la UBA, y secretaria de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6.

Mariano Camblong

Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Diplomado en Litigación Penal (UBA) y en Delitos Complejos (USI). Maestrando en Magistratura (UBA), doctorando en Derecho (UCES). Investigador en Derecho en el marco del proyecto de investigación "Los Derechos Humanos ante los nuevos desafíos", bajo la dirección de la Dra. Paola Alejandra Urbina. Docente titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCES) y del Instituto Superior de Seguridad Pública. Auxiliar Fiscal del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Juan Pablo Chiappe

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Trabajó en la Justicia Penal nacional entre 2000 y 2005. Desde esa fecha se desempeña en la Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA. Fue empleado y funcionario en distintas dependencias. Actualmente es Auxiliar Defensor en el Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Mariano Díaz Bo

Abogado (UBA). Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral). Profesor y subcoordinador de la materia Derecho Procesal Penal y Contravencional en el Instituto Superior de Seguridad Pública. Tiene 32 años de desempeño laboral en el Poder Judicial (de la Nación y de la CABA). Titular del Área de Atención de Casos de Flagrancia en el Ministerio Público Fiscal de la CABA.

Soledad Diez

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Ingresó al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2016, donde prestó funciones en el Ministerio Público Fiscal hasta el año 2020. Desde entonces y hasta la actualidad, se desempeña como Prosecretaria Administrativa de Primera Instancia en el Ministerio Público de la Defensa.

Giorgina Dutto

Abogada (UBA). Especialista en Administración de Justicia con actualización en litigación penal (UBA). Integrante del equipo de investigadoras/es permanentes de INECIP entre 2008 y 2013. Ayudante de Segunda por concurso en la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA entre 2010 y 2015. Autora de publicaciones individuales y colaboradora en obras colectivas de doctrina desde el año 2005 a la fecha. Ingresó a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA en 2008. Actualmente es Secretaria de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 24.

Carla Victoria Encina

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UP). Especialista en Derecho Penal (UP). Ha obtenido la Diplomatura en Litigación Adversarial y Juicio por Jurados (CFJCABA). Secretaria interina de la Defensoría Penal, Contravencional y de Faltas Nº 21.

Santiago Luis Erdozain

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UP). Fue Investigador e integrante del INECIP. Autor y coautor de artículos en la materia en la que se especializó. Ha participado como asistente y moderador en distintos cursos, seminarios y congresos nacionales. Es vicepresidente de la Asociación Funcionarios Judiciales de la CABA. Entre 1999 y 2006 trabajó en el Poder Judicial de la Nación. Desde 2006 trabaja en la Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA. Se desempeñó en distintos juzgados y defensorías del fuero y actualmente ocupa el cargo de Secretario de Cámara en la Defensoría General de la CABA.

Daniel Alejandro Fariña

Abogado (UBA). Magíster en Derecho Penal (UP). Autor de publicaciones en la materia. Secretario de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 2.

Sebastián Daniel Ferrares

Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Se encuentra cursando la especialización en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UBA. Ingresó al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2013, desempeñándose en distintos Juzgados del fuero Penal, Contravencional y de Faltas hasta el año 2017, cuando comenzó a trabajar en el Ministerio Público Fiscal. Actualmente se desempeña como Secretario interino de la Fiscalía PCyF N° 17.

Enzo Finocchiaro

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Magíster en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Doctorando en Derecho Penal (UCA). Docente de Derecho Penal (UBA, UNR, UNNE, UNT, UMSA, Univ. San Carlos de Guatemala). Director de la *Revista de Derecho Penal Internacional* (IJ Legal Group). Autor de varios libros y artículos sobre Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Internacional.

Sandra Anabel Fligeltaub

Abogada (UBA). Especialización en Investigación Científica del Delito. Especialización en Derecho Penal y Ciencias Penales. Análisis Químico Forense. Especialización en Derecho Penal. Programa de Actualización en Litigación Penal. Secretaria de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 28.

Alejandro Miguel Gargano

Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral). Titular de la Secretaría de Acceso a la Justicia del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sabrina Andrea Giannotti

Abogada (UBA). Participa en la Organización Mujeres de la Matria Latinoamericana (Mumalá) brindando talleres y charlas en el área de formación en materia de género y disidencias en los barrios populares de la CABA. Colabora en el equipo de elaboración de datos para el Registro Nacional de femicidios, lesbicidios, trans-travesticidios en la República Argentina del Observatorio Nacional Mumalá "Mujeres, Disidencias, Derechos". Ingresó al Poder Judicial de la CABA en 2007. Actualmente es funcionaria en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 10 de la CABA.

Camila Goldfarb

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Ha realizado la Maestría de Especialización en Derecho Penal en la Universidad de San Andrés. Secretaria de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas N° 27, especializada en violencia de género.

Lucas Kaski Fullone

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal y Maestrando (UTDT). Docente en la Facultad de Derecho de la UBA en la Cátedra del Dr. Daniel Pastor. Actualmente se desempeña como Secretario Judicial en la Defensoría General de la CABA.

María Victoria López

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UP). Trabaja en la justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA desde 2012. Actualmente se desempeña como Prosecretaria Coadyuvante del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 6.

María Sol Maldonado

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Se encuentra finalizando la Especialización en Derecho Penal en la UTDT. Prosecretaria Coadyuvante en la Fiscalía de Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Este.

María Antonela Mandolesi

Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Ingresó al fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas en 2011 y desde principios de 2016 se desempeña como Secretaria del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 10.

Natalia Victoria Mansutti

Abogada (UCA). Actualmente se encuentra finalizando la Especialización en Derecho Penal en la UTDT. Realizó el curso de actualización en Derecho Penal Tributario (UBA). Trabajó en la justicia penal nacional y desde 2017 se encuentra cumpliendo funciones en la Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA. Actualmente es Prosecretaria Coadyuvante en la Fiscalía de Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Unidad Fiscal Este.

Matías Martínez del Cerro

Abogado (UBA). Miembro del Alumni de la Universidad Julius Maximilians de Wurzburgo (Wurzburgo, Baviera, República Federal Alemana). Secretario de Cámara en la Fiscalía de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas Oeste.

Silvia Romina Mihovilcevic

Abogada (UBA). Especialización en Derecho Procesal Penal (UMSA, en proceso de finalización). Trabaja en la justicia penal desde 2001. Actualmente es funcionaria en la Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA.

Juan Manuel Neumann

Abogado con orientación en Derecho Penal, egresado con Diploma de Honor (UBA). Posgrado en Derecho Penal (UP). Maestrando en Derecho Penal (UP). Ha aprobado el Programa de Actualización en Litigación Penal (UBA). Fue docente de grado y posgrado durante quince años en la Facultad de Derecho de la UBA. Integró y fue investigador permanente del INECIP durante diez años. Autor y coautor de diversas publicaciones de la materia. Secretario de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 6 de la CABA.

Paula Núñez Gélvez

Abogada (UBA). Máster en Derecho Penal (Universidad Austral). Docente integrante de la cátedra de Derecho Penal a cargo del Dr. Daniel Pastor. Investigadora en el Proyecto DECYT dirigido por Julieta Di Corleto "Doctrina Penal Feminista" y coordinadora académica del Observatorio de Lenguaje Claro. Secretaria de primera instancia en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 13.

Octavio Paganelli

Abogado egresado con Diploma de Honor (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA y UP). Maestrando en Derecho Penal (UBA). Autor de diversos artículos de la especialidad y docente en la Facultad de Derecho de la UBA en la Cátedra del Dr. Eugenio Sarrabayrouse. Actualmente se desempeña como auxiliar defensor en la Defensoría General Adjunta de la CABA.

Jimena Mariana Pérez

Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista en Violencia de Género y Políticas Públicas (INAM-OEA). Ha realizado el Programa de Actualización en Litigación Penal Oral (UBA) y el IV Diplomado Latinoamericano en Reforma Procesal Penal (CEJA). Auxiliar Fiscal en la Unidad Fiscal Especializada en la Investigación de Delitos vinculados con Estupefacientes (UFEIDE - MPFCABA).

Julián Gonzalo Pistone

Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Maestrando en Derecho Penal (UTDT). Ha obtenido la Diplomatura en Delitos de Crimen Organizado (USI). Actualmente se desempeña como Secretario de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1.

Matías Luciano Pistone

Abogado (UBA). Comenzó su carrera judicial en la Defensoría Penal, Contravencional y de Faltas N° 9 en el año 2008, y se desempeñó desde ese entonces dentro de la órbita de la Defensa Pública de la CABA. Actualmente es Secretario de la Defensoría Penal, Contravencional y de Faltas N° 5.

Daniela Belén Romero

Abogada con orientación en Derecho Penal e Internacional Público (UBA). Maestranda en Derecho Penal (Universidad de San Andrés). Prosecretaria Administrativa en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6.

Florencia Romero

Abogada (UCA). Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Secretaria de la Defensoría Oficial de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 15.

Juan Manuel Silveira

Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Funcionario del Poder Judicial de la CABA. Docente en la Facultad de Derecho de la UBA en la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra De Luca - Lancman).

José Ernesto Sylvié

Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Maestrando en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Fiscal subrogante de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas N° 10. Referente por el Ministerio Público Fiscal de la CABA en el Observatorio de Violencia de Género de los Ministerios Públicos de la República Argentina. Integrante del grupo de investigación "Doctrina Penal Feminista" dirigido por la Dra. Julieta Di Corleto (Universidad de Buenos Aires, DCT2211).

Milagros Sundblad

Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Penal (Universidad de San Andrés). Trabajó en la justicia penal nacional entre 2014 y 2020. Desde ese año se desempeña en la Justicia Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la CABA. Fue empleada y funcionaria en distintas dependencias. Actualmente es Prosecretaria Administrativa en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 6.

Ailén Suzaya

Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Maestranda en Derecho Penal (UTDT). Trabaja en la Justicia Penal Contravencional y de Faltas desde 2019. Actualmente, se encuentra desempeñando el cargo de Secretaria privada en el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6.