



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y
SOCIALES**

PROYECTO DE TRABAJO INTEGRADOR

Carrera de Especialización en Derecho Judicial

**“Posturas a favor y en contra de la imputación
alternativa”**

María Soledad Planes

2012

INDICE

Introducción_____	3
Objetivos Generales_____	6
Objetivos Específicos_____	6
Método_____	7
Resultados:	
Posturas a favor de la	
imputación alternativa_____	8
Jurisprudencia_____	26
Sentencia_____	33
Conclusión_____	37
Anexo_____	39
Bibliografía_____	42

INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo intentará plantear algunas posturas a favor y en contra de formular acusaciones alternativas, por lo que, se esbozarán cuáles son los principios constitucionales que avalan o refutan este tipo de imputaciones.

Cabe decir que los casos de alternatividad son los que se excluyen recíprocamente; sólo se puede cometer uno de los hechos por lo que se acusa y el sujeto no puede ser autor de ambos, si se describiera en un mismo objeto procesal. Para quien no entiende derecho, sería extraño o dudoso afirmar por ejemplo que a la persona imputada si no se le pudiera llegar a probar que robó determinada cosa, entonces se la acusará por encubrimiento, es decir, como no se le podría imputar el robo, se le imputa que se le encontró esa cosa en su poder, producto de un hecho ilícito.

Este tipo de acusación alternativa aparece porque muchas veces, interpretada de diferentes maneras por fiscales, defensores y jueces no siempre arroja un mismo resultado.

Esto es así, porque comúnmente de las circunstancias objetivas de las causas que se investigan, no es posible probar todos los hechos o el hecho principal, lo que genera que de acuerdo a la interpretación de cada parte en el juicio se considerará probado un hecho que necesariamente descartará el o los otros hechos o porque de acuerdo a diversas razones no es posible ser autor o partícipe de todos ellos.

Este tipo de acusaciones genera algunos problemas relacionados con las garantías constitucionales, el derecho del imputado de ser sometido a que se lo juzgue por un hecho claro y concreto, respetando el principio de congruencia. Enseña Maier que la base esencial del derecho a defenderse cae en esa libertad de expresarse en forma libre y la prueba de cargo y producir prueba de descargo -esto es la llamada *contradicción*-.

Porque ningún sujeto puede defenderse de algo que no conoce y por ello es tan importante que el imputado conozca la acusación, la cual debe ser detallada, clara, circunstanciada, precisa, etc.

Ahora bien, del caso en concreto, se intentará establecer que podrán formularse posturas a favor y en contra, lo que tornará a la acusación alternativa en un

tema a debatir desde distintas puntos de vista que tienen que ver con los principios constitucionales en torno al tema, la validez y formulación de la acusación alternativa y las conclusiones que puedan derivarse de este planteo.

El caso concreto que se analizará radica en el hecho acaecido el día 29 de mayo de 2009, a las 03.30 horas aproximadamente, en la Av. Juan B. Justo y Padilla, de esta ciudad, a raíz de la prevención policial de la seccional 27a de la PFA, oportunidad en que dos agentes de tal dependencia habrían observado que allí se encontraba un rodado marca Peugeot 206 dominio ETE-043 estacionado en doble fila al lado de una camioneta y junto a ésta, dos sujetos,- no identificados en ese momento- que se habrían intentado apoderar ilegítimamente de la rueda trasera izquierda de la camioneta mencionada, sin lograrlo al ser advertidos por el personal policial, quienes persiguieron a los sujetos que se dieron a la fuga en el rodado de referencia.

Momentos más tarde, el rodado Peugeot 206 dominio ETE-043 fue encontrado, estacionado sobre la calle Seguí al 1944, de esta ciudad, hallándose en su interior una rueda completa de la que se desconoce su procedencia.

En ese momento, personal policial procedió a identificar a Sandoval y Marco, quienes en principio se correspondían con similares características físicas a la de los sujetos que se encontraban en Juan B. Justo y Padilla, sin haberse adoptado temperamento alguno respecto de los nombrados en esa oportunidad.

Por último se le imputa a Sandoval y a Marco el haber recibido el rodado marca Peugeot 206 dominio ETE-043 con fecha anterior al 29 de mayo de 2009, con la numeración de chasis y motor adulterada, a la que le habrían colocado una chapa patente dominio ETE-043, perteneciente al rodado Peugeot 206 de la que resulta ser titular Elena Teresa José y en el interior del mismo se habría hallado documentación que resultaría ser apócrifa (una cédula verde del rodado aludido, una credencial de la compañía de seguros, entre otros elementos).

Surge de las constancias de la causa que en definitiva se investiga el hallazgo del rodado Peugeot 206 dominio ETU-716, el cual fue denunciado por robo el 02 de mayo de 2009, lo que dio origen a la Investigación Fiscal IPP 016306-09 caratulada: "...s/robo calificado", víctima Mondí Liliana Elina. a cargo de la Unidad Funcional nro. 10 de San Martín de la PBA.

Es así, que en el caso analizado se declaró la incompetencia por entenderse que la causa estudiada resultaban ser nuevas actuaciones de la causa en trámite ante la Fiscalía de la PBA, en la que se interpretó que era aquella Unidad Fiscal quien debía evaluar la eventual vinculación de los autores del hurto en el hecho que allí tramita, para recién luego por el principio de alternatividad, pasar a evaluar si pudo existir el delito de encubrimiento, tipificado en el art, 277 del C.P.

Por lo expuesto, se analizará en este trabajo si corresponde que una persona sometida a proceso penal por la supuesta comisión de un determinado delito deba ser perseguida también por la atribución del encubrimiento de ese delito.

OBJETIVOS:

Objetivos generales:

Describir posturas a favor y en contra de la acusación alternativa teniendo en cuenta los principios constitucionales afectados.

Objetivos específicos:

Analizar cual es el derecho del imputado.

Analizar el principio de congruencia y subsidiariedad.

Analizar el Código Procesal vigente en materia de alternatividad .

Analizar la doctrina y jurisprudencia imperante en materia de alternatividad.

Analizar posturas a favor y en contra de las acusaciones alternativas.

Caso concreto analizado a través del cual se llevará a cabo una sentencia utilizando una postura de las analizadas a lo largo del presente trabajo.

METODO:

Se analizarán las constancias de un expediente judicial.

Se analizará doctrina y jurisprudencia de los últimos años en torno al tema a fin de evaluar las posibles posturas en torno a la acusación alternativa teniendo en cuenta los principios constitucionales en tensión.

Es por ello, de la Doctrina imperante se comentarán los artículos de distintos autores, en torno al tema que dio título al presente trabajo.

Se sentará en base a los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia analizada una sentencia judicial, en la cual se estará a favor de una postura u otra de las estudiadas, concluyendo luego en cuales son los beneficios y perjuicios de la utilización de la acusación alternativa en la práctica judicial actual.

Resultados: Objetivos Generales:

Posturas a favor de la imputación alternativa:

Uno de los autores más resonantes que se halla a favor de la acusación alternativa o subsidiaria es el Dr. Julio B.J. MAIER, quien claramente argumentó fijó una postura en el trabajo que comentaré y haré algunos comentarios al respecto.

El autor sostiene que ya en el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación del año 1986, en el art. 263, III, se había reglado que luego de definir la acusación o requerimiento del acusador para la realización del juicio público que “ *el Ministerio Público podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.*” (tomado de MAIER, Julio B. J, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Números 4-5, Ad Hoc, Bs. As, págs.. 620 y ss.).

Así, luego el autor desarrolla una serie de casos de la realidad, los cuales le permitieron analizar el instituto traído a estudio a efectos de verificar su aplicación para los casos concretos.

Por lo que luego de realizar un distingo sobre los mismos y sucintamente explicarlos, refiere que la acusación no debe coincidir con el procesamiento en cuanto al hecho que describe, ya que se le pueden agregar nuevos elementos o quitarle algunos o apartarse del todo de ellos.

Abunda diciendo que en uno de los casos se cayó en una “suerte de exceso formal manifiesto” ya que se anuló una acusación porque no coincidía con el hecho descrito en el auto de procesamiento, ya que allí se discutía si era del todo claro que el Ministerio Público sobre la base del suceso acaecido no podía demostrar que el imputado había participado en el apoderamiento del camión y de la mercadería que él contenía y sólo se animaba a demostrar en el debate, que el mismo era autor de una forma del delito de favorecimiento real. (tomado de MAIER, Julio B. J, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Números 4-5, Ad Hoc, Bs. As, págs.. 620 y ss.).

Entonces, según el autor es claro que se puede agregar otro hecho distinto del que se narró en el procesamiento, en la acusación, sin perjuicio de advertirle al

lector de que cualquiera sea el hecho por el que se requiere la elevación a juicio, lo que se describió oportunamente en el procesamiento, deberá quedar inserto en el efecto de clausura que provoca *el principio ne bis in ídem*.

Maier refiere en su libro Derecho Procesal Penal, Tomo I, "Fundamentos", pág. 575, que la imputación dolosa y la culposa no son fungibles, aunque se refieran a un mismo resultado (homicidio). No puede pasarse sin más de la imputación culposa a la dolosa, pues significa la descripción de hechos distintos. En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Luque", el cual veremos, ha dicho "*El fundamento de la institución de la acusación alternativa o subsidiaria, basada en el hecho diverso, debe buscarse en la razón práctica consistente en evitar 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, justamente, de los principios de preclusión y progresividad y de la garantía del non bis in ídem. ... Tampoco se violó la garantía del non bis in ídem, pues, justamente no hubo una persecución penal múltiple por un mismo hecho, en el sentido del doble riesgo o 'double jeopardy', sino que se trató de un hecho diverso, alternativo y debidamente intimado e imputado*".

Y teniendo en cuenta la resolución a la que vaya a arribar el juzgador, debemos recurrir, tal como remite el propio MAIER a su libro precedentemente citado, en donde explica que puede haber "*excepciones que surgen de una interpretación sistemática del orden jurídico, específicamente de la ley procesal penal, que no concede a todas las decisiones judiciales el mismo valor, sino que, antes bien, individualiza convenientemente el efecto de cada uno de los modos de finalización del procedimiento, según la clase de resolución, la materia a la que se refiere e incluso, los límites jurídicos internos de la propia resolución... la existencia de una persecución penal no inhibe a otra que versa sobre el mismo hecho imputado a la misma persona*". (MAIER, Julio B. J, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Números 4-5, Ad Hoc, Bs. As, págs.. 620 y ss).

Así en la jerga procesal, las decisiones que se tomen tendrán fuerza de cosa juzgada a nivel formal cuando se hallen firmes, así se impedirá que se plantee el caso como ya se lo planteó anteriormente pero ello no quiere decir que se lo vuelva a perseguir de otra manera materialmente idéntica toda vez que sean corregidos aquellos defectos o vicios que lo impedían en la primera.

Por ello, que haya una posibilidad de sentencia hace que domine el principio, cualquier otra decisión que haga que el camino se bifurque a que se torne una imposibilidad para que ello no suceda para el dictado de una sentencia de mérito sobre la conducta endilgada, inclusive luego del trámite de un proceso acabado, vislumbra la posibilidad de un nuevo juicio en donde se juzgue el mismo hecho contra el mismo autor, pese a que no se pueda negar que el imputado va a ser perseguido penalmente por una imputación idéntica.

Ahora bien, al adentrarse el autor en las cuestiones relativas a la acusación alternativa, refiere que de este modo el acusador pretende que en el debate y la sentencia queden comprendidas varias imputaciones, unas principales y otras accesorias, no sólo es posible, sino que, antes bien, resulta necesario, incluso para evitar soluciones abiertamente lesionantes de reglas de principio (*non liquet*, *ne bis in idem*)¹, como las que sugiere el art. 401, II, del C.P.P.N (hecho distinto) *“En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad.*

Si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente.”

Luego el autor continúa dándonos una serie de ejemplos y aseveraciones sobre su postura y el uso de este tipo de acusaciones, a las que luego hace alusión Quinteros en su artículo, que más adelante comentaremos.

Continuando la misma línea de pensamiento de MAIER y basándose fundamentalmente en el artículo precedentemente y abundando con un gran aporte nos ilustra QUINTEROS, Ivana S., a través de su artículo *“Nuevamente acerca de las acusaciones alternativas y subsidiarias... y otros estudios en defensa del derecho de*

¹ *non liquet*: se utiliza la expresión en latín, más en Derecho, cuando un órgano jurisdiccional no puede responder a la cuestión controvertida por no encontrar solución para el caso, o bien por no haber norma directamente aplicable. Tal idea de plenitud del ordenamiento tiene su raíz en el movimiento codificador, ya que el Código era entendido entonces como una ley omnicompreensiva, que podía dar respuesta a todos los posibles conflictos que se suscitaban en torno a la materia regulada por tal ley. A pesar de que la idea de que la ley puede responder a todos los posibles casos ha sido duramente criticada, el principio de prohibición del *«non liquet»* sigue vigente en la mayoría de países.

defensa)”, publicado en Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VI, Nro. 10 C, 2000, AD HOC, Villela Editor, Buenos Aires, Págs. 311 a 363.

Aquí la autora refiere algunas consideraciones a institutos del derecho procesal penal relacionándolas con el tema de las acusaciones alternativas y explicándolas previo a adentrarse en las mismas.

La autora desprende entre otras cosas de la letra de su artículo que en un proceso penal debe existir o mejor dicho, se deben cumplir con los presupuestos para ser un verdadero proceso válido en todo Estado de Derecho: la oralidad, la publicidad, el contradictorio y continuo. (En el Anexo de este trabajo, remitiremos a estos conceptos)

Ahora bien, debe darse también un principio acusatorio, o sea, en un proceso penal, deberá existir una acusación formal en contra de un sujeto, para que la justicia pueda actuar.²

O sea, nos dice que deberá formularse una acusación para poder delimitar el objeto procesal sobre el cual verse nuestro caso.

Esta intimación que se le formula al encartado, debe establecer la situación fáctica y estar delimitada, de manera tal que queden claras y acotadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que ocurrieron los hechos, de forma clara y precisa, para que el imputado pueda ejercer su defensa correctamente.

Luego, Quinteros brinda una serie de requisitos con los cuales debe cumplir la acusación, a lo cual por razones de brevedad me remito al artículo de referencia.

Sin perjuicio de ello, es materia de este trabajo centrarse en la delimitación del objeto procesal y el relato de los hechos que hacen a la acusación a la hora de los debates en torno a las acusaciones alternativas y el principio de congruencia.

Por ello, cuando aunamos los elementos del relato material de lo que sucedió más la calificación legal es cuando se completa el plexo jurídico.

Porque el hecho encuadrado penalmente en una conducta descrita y las normas legales que lo califican congloban la materia total de la acusación.

²En los delitos de acción pública y en los dependientes de instancia privada, si insta la parte damnificada, el agente fiscal tiene la carga de acusar; en los delitos de acción privada, es el acusador particular, el querellante, el encargado de llevar a cabo esa tarea.

Es así, que debido a estas y otras cuestiones que atañen al derecho penal y procesal penal, que es menester que el imputado conozca el hecho endilgado a los fines de ejercer su derecho de defensa en juicio.

Quinteros refiere que y considero que remite en un todo al pensamiento de MAIER al decir que *“una acusación alternativa o subsidiaria existe cuando el agente fiscal acusa con respecto a una base fáctica determinada un único hecho, pero con la singularidad de indicar más de una calificación jurídica en la cual tal supuesto encuadraría. Debe determinar con claridad, cuál de ellas será la tesis principal y cuál la alternativa o subsidiaria. La condena respecto de una u otra imputación, dependerá de aquello que en definitiva sea probado al finalizar el debate, por lo tanto, el acusar alternativamente no implica condenar por ambas acusaciones, sino por una de ellas, la cual deberá ser plenamente demostrada al momento de sentenciar.”*

Ya como viéramos precedentemente, la imputación una vez formulada y fundada en elementos de juicio suficientes, se podrá abrir a juicio. Pero bien, teniendo en cuenta el empleo de las acusaciones alternativas, podrá hacer uso de aquellas opciones que considere que correspondan al caso que oportunamente se juzgue y así el fiscal estará obligado a probar la verdad por la cual acusa –en el momento del debate.

Luego, hace alusión a la diferencia entre los términos acusación alternativa y subsidiaria. Explica y cita a MAIER, *“la acusación alternativa, para lo cual es indiferente, a los efectos de la condena de culpabilidad- no lo es para la determinación de la pena-, declarar cumplida una conducta de las dos o ambas a la vez y acusación subsidiaria para cuando la aceptación en la sentencia de uno de los supuestos de hecho excluye al otro, pero en todo caso, la condena o en caso inverso, la absolución son únicas.”*(de su nota 29 del art. Citado, MAIER, Julio: “Acusación alternativa o subsidiaria”, en CDJP, Nros. 4 y 5, Ad Hoc, Buenos Aires, 1997, p.631.)

Este posible uso de las opciones de utilizar dichas acusaciones para los que sostienen esta tesis significa garantizar al imputado una adecuada defensa, para que así el imputado conozca todos los hechos que se le imputan, para poder trazar su estrategia defensiva y aunar la prueba necesaria y defenderse sin llegar al momento de la decisión de una sentencia o debate sin ser sorprendido por los hechos que se le pudieran imputar.

Así, de surgir un hecho distinto al momento del debate, los que abonan esta tesis quedarían amparado frente a posibles soluciones lesionantes a reglas de principio, señala la autora, como aquellas que sugiere el art.401, II del C.P.N (hecho distinto) ya citado.

Quinteros argumenta que dicho instituto garantiza el principio de derecho de defensa en juicio, ya que es un requisito contemplado en la Constitución Nacional, en el artículo 18 de dicha ley fundamental, que conlleva el derecho a ser oído, entendido como el derecho del imputado en el marco de un proceso penal.

Es decir, el imputado podrá expresarse libremente, conocer los cargos en su contra, podrá abstenerse de declarar en relación al hecho incriminante, podrá ofrecer prueba, defenderse personalmente, controlar la prueba en su contra.

Asimismo otro principio en pugna es el principio de congruencia, mediante el cual se debe establecer que la sentencia verse sobre aquellos puntos elementales formulados en la acusación y sobre los cuales se desplegó la labor de la defensa.

Nos ilustra la autora en relación a lo que concuerdo en materia a lo que sería el eje vital en el que se fundamenta la acusación que es el requerimiento de elevación a juicio.

Allí es donde el titular de la acción pública despliega todas las herramientas que formulan la persecución penal al imputado en pos de acusarlo y dar cuenta de los hechos que habría cometido dada la prueba aunada en la causa y en consecuencia proveerá al ejercicio de su defensa material.

Entonces, es en esa instancia, en donde acusación y sentencia deberán guardar la congruencia tal entre el hecho y el proceso que se llevó a cabo a fin de no vulnerar el mismo, de manera tal que la base fáctica de la acusación no se vea alterada de una forma distinta a la que fue objeto de la acusación formulada.

Sin perjuicio de ello, en nada obsta a que el proceso avance y que nuevos elementos de prueba aportados en la causa hagan cambiar la plataforma fáctica de forma tal que cambie la acusación primigenia, por lo que el tribunal podría estar habilitado para que variase la calificación jurídica, dada por el fiscal en primer término y aplicar una sentencia por una normativa diversa si el hecho encuadra en dicha figura legal y ha quedado demostrado que tal acontecimiento sucedió de esa manera.

Luego de dar varios ejemplos de posturas de distintos autores quienes avalan el cambio de calificación, se pregunta la autora si la modificación en la calificación podría ser vital si ha quedado probado en el debate que con los nuevos elementos que surgieron, se agravase la situación del imputado.

Ante este interrogante vemos que el Tribunal puede apartarse de la norma o calificación jurídica impuesta en la acusación, entendiendo para esta tesis que se abona se daría una violación al derecho de defensa en juicio, ya que podría resultar sorpresivo y no tenido en cuenta por la defensa del imputado en el marco del desarrollo del proceso.

Por un lado, ofrece la autora como posible solución a esta posibilidad, otorgarle un plazo razonable a la defensa a fin de que pueda preparar una defensa adecuada y otra posible solución es hacer uso de las acusaciones alternativas o subsidiarias, dejándole la labor al fiscal de hacerle saber a la defensa de la existencia de dos o más normas legales, en las cuales encuadraría aquel hecho tratado en el proceso.

Quinteros nos explica que lo que no puede hacer el tribunal es exceder el marco de lo descrito en la acusación, ya que se violaría el derecho de defensa. Asimismo, la acusación debe ser precisa, e intimada y lo que no se halla incorporado en ella, no podrá ser incorporado en una acusación posterior, puesto que se vulneraría la garantía del ne bis in ídem.

Quinteros enumera y explica dos casos de este tipo de acusaciones en supuestos de delitos de acción privada y pública, a los cuales por cuestiones de brevedad me remito al artículo citado.

Ahora sí, se adentra en el Fallo “Luque” y que lo haya aludido me parece sumamente interesante, puesto que guarda relación con las acusaciones alternativas.

Ya que el fiscal en dicha causa, acreditó un hecho en un primer momento, distinto del contenido en el requerimiento primigenio: en resumen, uno de ellos versaba sobre el supuesto que los acusados habrían fracturado el maxilar de la menor María Soledad Morales mediante el uso de un objeto contundente, que le ocasionó la muerte y el otro hecho nuevo o distinto versaba sobre que los acusados le habrían introducido a la nombrada cocaína en el organismo contra su voluntad, en dosis tóxicas, provocando un estado de indefensión, por lo que se aprovecharon de ella y la

accedieron carnalmente, anal y vaginalmente, acaeciendo inmediatamente a raíz de la sobredosis por la ingesta de la droga, la muerte de la joven.

Luego, sujetos no identificados a la fecha intentaron reanimarla sin éxito, la desfiguraron, descuartizaron distintas partes de su cuerpo con el fin de encubrir, para concluir, dicha/s persona/s depositar el cuerpo en el Parque Daza.

Estos hechos concluyen en el mismo resultado, que es el de la muerte de la joven, pero poseen características diferentes, elementos y calificaciones diversas, por lo que de acuerdo a la prueba aunada, el tribunal deberá valorar que imputación es la más acertada, para condenar en virtud de ella.

Refiere la autora que en el Código Procesal Penal de Catamarca, las acusaciones alternativas están expresamente previstas. Así, reza el art. 375 del C.P.P. de Catamarca: “si de la instrucción o del debate surgiera la continuación del delito atribuido una circunstancia calificante no mencionada en el requerimiento fiscal o en el auto de elevación, el fiscal de la cámara deberá ampliar la acusación. En tal caso, con relación a los nuevos hechos o circunstancias, el presidente procederá conforme a los arts. 294 y 295, e informará al defensor y al fiscal que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar la acusación o la defensa. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un tiempo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos, la necesidad de la acusación o de la defensa, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 361. El nuevo hecho que integra el delito continuado o la circunstancia agravante sobre que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y el juicio”.

Art. 395 del C.P.P de Catamarca: “Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el art. 375, adecuándose el requerimiento al nuevo suceso. Si el tribunal y el fiscal discreparen, éste formulará una acusación alternativa, fundada en el hecho declarado diverso. Reiniciado el debate, el trámite continuará conforme a lo previsto en los arts. 367, 371 ,376 y 386, en cuanto corresponda”.

Por lo que opina Quinteros, que surge de la transcripción de la normativa legal citada, que en el fallo en análisis, se les ha respetado el derecho de defensa en juicio a los acusados en ese caso, para poder ejercer su oportuna intervención en el debate.

Concluye Quinteros argumentando que en la práctica argentina no se hace uso de este tipo de acusaciones, por lo que critica la poca jurisprudencia que hay sobre el tema en la que se ve vulnerado el derecho de defensa en juicio del imputado y propone que sean más utilizadas, resaltando que las mismas no son perfectas ni imprescindibles pero deja una ventana abierta y abre un debate en el que argumenta a favor de su utilización.

Un artículo que distingue las posiciones encontradas e invita a debatir sobre las aplicaciones actuales y a futuro de las acusaciones alternativas y subsidiarias y nos deja pensando sobre el tema es el de GUZMAN, Nicolás, *La acusación fiscal alternativa o subsidiaria, reflexiones en torno a su validez lógica y jurídica*, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, Octubre 2006, págs.1877-1887

En este artículo doctrinario el autor relata lo sucedido a raíz de lo dictaminado en un fallo del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 23 de la Capital Federal, en el cual se negó la posibilidad de que puedan producirse las acusaciones alternativas en un proceso cuando las figuras penales involucradas eran las de robo y encubrimiento.

Cabe destacarse que en el caso se acusó a una persona que ofreció a la venta en un local ciertos elementos de fotografía que seis días antes habían sido sustraídos de un laboratorio fotográfico.

Un integrante del Tribunal, el Dr. Magariños, argumentó que en este tipo de acusaciones subsidiarias habría incoherencia en los organismos destinados a la persecución penal, ya que acusar por ejemplo a una persona por haber cometido un robo y, en forma alternativa o subsidiaria, por haberlo encubierto, puesto “que entre el delito anterior y su encubrimiento, si en ambos interviene la misma persona, no existe relación alguna, por la sencilla razón de que el encubrimiento de un hecho propio no se encuentra tipificado como delito en nuestro Código” (de la nota de Guzmán : “el 277 del C.P.sólo amenaza con pena a quien tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado, realice alguno de los actos descriptos en sus distintos incisos. Estas opiniones del Dr. Magariños, las conocíamos a partir de su trabajo “ La ilegitimidad de la imputación-alternativa o subsidiaria- a una persona por un hecho delictivo principal y por el encubrimiento de ese hecho. En *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier.* (pp.75-82) Buenos Aires: Editores del Puerto”

Entonces, imputarles el delito de robo y encubrimiento a un mismo individuo no sería correcto puesto que si lo consideramos autor de un hecho principal no podemos endilgarle el delito del encubrimiento por ese hecho, ya que carece de la condición de autor que requiere en la norma, esto lo explica Guzmán con claridad en su texto.

Y continúa, separando algunas cuestiones, considerando en primer término que para él, el fallo se equivoca al decir que el Estado en casos como el referido persigue a los individuos por un comportamiento que no reúne las exigencias requeridas en la figura del art. 277 del C.P.” (dado que el autor del robo no puede ser además autor del delito de encubrimiento de ese mismo robo.)

Argumenta que “la alternativa de la acusación, en casos como éste, no es la comisión de un encubrimiento de un robo cometido por uno mismo, que es lo que pareció entender el tribunal de juicio, sino la del encubrimiento de un robo perpetrado por un tercero. Por eso, se trata de una hipótesis subsidiaria”.

“El robo y el encubrimiento son figuras legales que definen hechos que se excluyen entre sí, porque quien robó y es acusado por tal delito no podrá ser considerado autor del encubrimiento de su propio robo, ya que el 277CP exige que el delito anterior haya sido cometido por otro.”

Guzmán dice que le resulta difícil aceptar que en los términos planteados en una acusación subsidiaria pueda constituir un acto incoherente o contradictorio del Estado.

Refiere que lo entendería si se tratase de una acusación y mucho más de una sentencia que afirma que se han cometido los dos delitos. Ya que explica *“señalé (que) el Estado asigna un valor de verdad a las afirmaciones de la sentencia, y no sería admisible que a través de ella se declarara que es verdad que una persona encubrió ese mismo robo y que esa misma persona encubrió ese mismo robo (para lo cual debería afirmarse en esta segunda parte de la sentencia, y contradiciendo la primera, que el robo fue cometido por otra persona.”*

Continúa Guzmán, argumentando que no es incoherente que el Estado afirme que pudo ocurrir una cosa o la otra, ya que, según él, se tratan de conjeturas. Puesto que el Estado no afirma la veracidad de los hechos como ocurrieron, sino que traza hipótesis, sobre que alguno de ellos pudo cometerlos esa persona.

Refiere que esto es así, porque se utiliza un nexo disyuntivo en la pieza acusatoria, es decir, a modo de ejemplo: “robó o encubrió” (el delito de otro).

Abunda en sus argumentos esgrimiendo que ni siquiera estaríamos en presencia de acusaciones alternativas sino de acusaciones conjuntas, resultando contradictoria la misma acusación.

Refiere el autor que está claro que el Estado debe precisar cual es el hecho o los hechos que se atribuyen a la persona imputada, para que ésta pueda ejercer su defensa, puesto que sino no sería válida la acusación, ya que debe contar con los requisitos legales fundamentales, puesto que si resultaría inadecuado exigir que el Estado opte por sólo una imputación, cuando en realidad es posible formular más de una.

De lo expuesto, para el autor, se desprende que “ hay una cuestión fundamental y es que las hipótesis acusatorias subsidiarias no son meros caprichos del acusador, no representan una manera de llevar a una persona a juicio “por si acaso”, sino que son conjeturas construidas a partir de ciertos indicios que las hacen plausibles .

Esto significa que cuando son formuladas cuentan con una cierta expectativa de ser confirmadas al menos una de ellas. Refiere que no es aceptable que se exija al Estado elegir entre algunas de las diversas hipótesis que los indicios le permiten elaborar. Estas hipótesis no provienen de la imaginación de un fiscal, tienen una base racional y se basan en pruebas.

Para Guzmán este tipo de solución fue incorporada en algunos Códigos Procesales modernos de nuestro país.

Tal es el caso del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo en el art. 335, párrafo tercero establece que: “El requerimiento (de elevación a juicio) podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado”.- texto según ley 13.260 (LA 2005-A-619), noviembre de 2004.

El código Procesal Penal de la Provincia de Catamarca, en su art. 385 refiere:

“Hecho diverso: Si del debate resultare que el hecho es diverso del enunciado en la

acusación, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el art. 384 (el cual se refiere a la ampliación de la acusación durante el debate). Si el tribunal y el fiscal discreparen, éste formulara una acusación alternativa, fundada en el hecho considerado diverso.”.

Guzmán refiere que no pareciera que las acusaciones alternativas o subsidiarias vulneren el derecho de defensa en juicio del imputado per se. Considerando que si se utilizan correctamente, constituyen una garantía del adecuado ejercicio de ese derecho.

El autor concluye su artículo sosteniendo luego de un extenso análisis sobre el enfoque en relación a las acusaciones alternativas en el Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto a que el auto de procesamiento representa una barrera para la acusación del fiscal, un filtro para pasar a la etapa del juicio de una acusación subsidiaria que plantea que plantea la posible comisión de hecho excluyentes entre sí.

Ello es así, nos dice, por el obstáculo de la norma prevista en el art. 346 del C.P.P.N, ya que el fiscal sólo acusará por los hechos por los cuales haya dictado el auto de procesamiento. Es el juez de instrucción quien va a decidir si con los elementos de prueba que tiene en la causa es posible sostener que hay suficientes elementos para considerar que uno de los hechos fue cometido por el imputado, por lo que en consecuencia, va a dictar el auto de procesamiento por la presunta comisión de ese hecho.

Guzmán finaliza manifestando que en el futuro deberá haber un eco en el Estado para que la normativa legal se adecue de manera tal que desaparezca el auto de procesamiento y que el requerimiento de elevación del fiscal, esté precedido del dictado de esa resolución.

Así, sin una acusación fiscal condicionada por una decisión judicial previa que haya fijado los hechos del modo que se fijaron en el auto de procesamiento, nada habrá de objetarse respecto del uso de las acusaciones alternativas o subsidiarias.

Ahora bien, hasta aquí hemos analizados dos posturas a favor de las acusaciones alternativas y ahora pasaremos a analizar dos supuestos en los cuales los autores estudiados- De Luca y Magariños- formulan críticas y oposiciones frente a este instituto.

Así, el primero de los autores, De Luca, en su artículo “*Acusación, su ampliación, imputación alternativa, defensa y congruencia*”, publicado en Suplemento Penal 2010, (septiembre, 140) manifiesta que el hecho sobre cual versa el proceso define su objeto, por ello, es importante definirlo, porque será la columna vertebral y el hilo conductor a lo largo de todo lo que se investigue.

Continúa diciendo que la introducción de cualquier otro objeto, cualquiera sea la relación que tenga con el hecho hará que se necesite de una nueva columna vertebral que corra paralelamente y se le haga conocer a la defensa.

Lo cual es lógico, para que el imputado tenga derecho a defenderse de aquello que se le imputa, ya que es un hecho nuevo del cual deberá prepararse para defenderse.

Así, explica que si el sobreseimiento o la absolución no se refieren al hecho del proceso, serán nulos.

Tratándose de llegar al caso de una condena, se caerá en una inconsistencia lógica, en donde la incongruencia generará el problema de la condena sin acusación como aquellos casos de arbitrariedad de sentencias, como en los delitos culposos, en donde detalla el autor, que se reprocha la violación a un deber de cuidado, distinta de la descrita en la imputación.

De Luca nos señala que en el proceso penal deben primar los principios de progresividad y preclusión y no debería volverse atrás hacia etapas válidas de ese proceso que ya fueron cumplidas.

Tampoco el imputado debe ser sometido a sorprenderse por acusaciones con las que no contaba y contar con la información suficiente para poder defenderse por lo que se lo acusa y así ejercer debidamente la defensa material.

Dice De Luca “congruencia no es contracara de ne bis in ídem”. (entendiéndose el ne bis in ídem como reza el art. 1 del C.P.P.N. que nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho).

Expresa que en la etapa del requerimiento de elevación a juicio es en donde se deberán agotar las posibilidades de las imputaciones, para que sea en ese momento en donde se tengan todos los hechos imputados, la acusación formulada en forma concreta, la defensa, la prueba y la sentencia.

Ahora bien, el problema para el autor surge cuando aparecen situaciones en las que cuando se produce la prueba, se arrojan diversos resultados y cita un ejemplo: *“matar a otro mediante el accionar de un mecanismo, administración de una sustancia, empleo de arma o las propias manos, es distinto que, abandonarlo a su suerte frente a un serio peligro y dejarlo morir y no evitar su muerte debiendo haberlo hecho.”*

Se tratan de hechos distintos con independencia de que al momento de ser encuadrados legalmente el fiscal por ejemplo considere- porque así lo valora- subsumirlos en un homicidio por omisión impropia.

Desarrolla el autor una serie de ejemplos en donde la solución para este y otros casos es la de formular la acusación alternativa, aunque ello no se haya formulado (dichas posibilidades imputativas) ni en la indagatoria ni en el auto de procesamiento.

El auto refiere que el fiscal de juicio bien puede introducir un hecho distinto al mencionado en el requerimiento de elevación a juicio.

Lo mismo puede plasmar en la etapa de debate. Aunque abunda, hay una diferencia soslayable con el artículo 381 del C.P.P.N. que consiste en que no se amplía lo ya existente sino que se introduce un hecho distinto.

Ante esto nos comenta el autor que la solución fue muy formal, no incluyendo nuevos hechos y en el caso de aparecer alguno, no se dicta sentencia, remitiendo o devolviendo las actuaciones a otro juez, lo que implica retrotraer todo nuevamente, según el art. 401 del C.P.P.N.

Entonces, aquí aparece la crítica de De Luca, al decir que retrotraer todo genera un perjuicio al imputado, ya que al llevar atrás el proceso implica que al momento del debate que era el lugar en el que el imputado al ejercer su derecho de defensa resolviera su situación procesal ante la justicia y socialmente, tal solución, le genera una situación expectante, en palabras de él, “un exceso ritual exasperante”, ya que lo que debería ser ágil y eficaz, se torna todo lo contrario, más burocrático y lento.

Someramente nos explica a renglón siguiente que en estos casos de alternatividad es difícil explicarle a quien no entiende de Derecho que estos casos se excluyen recíprocamente, entonces quien comete un robo no puede ser autor del encubrimiento, entonces si no puedo probar que robó, deberé probar que encubrió ese robo.

Luego de enumerar claro ejemplos, a los que me remito al artículo del autor para no abundar en este trabajo ni sobrecargar al lector, De Luca refiere que los auxiliares de la justicia deben asirse de diferentes argumentos para aclarar correctamente aquellas sutiles diferencias que se presentan en determinados casos, para respetar la congruencia en el objeto procesal, por ejemplo, no es lo mismo defenderse de un omisión que de una acción, de un delito doloso que de uno culposo, por ello, un fiscal debe presentar a la defensa y al tribunal todas las posibilidades imputativas cuando las advierta. *“Considerar que se trata del mismo hecho, no es más que soslayar el tratamiento del problema”*.

Hace un sucinto racconto de los lineamientos generales adoptados en nuestro país y en América Latina, remitiéndose entre otros casos, al Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, en donde a través del art. 389 se introdujo el instituto de la ampliación de la acusación durante el debate, suprimiendo el proceso si surgían hechos diversos.

Asimismo remite al caso “Luque”, el cual comentamos en el presente trabajo.

Nos explica el autor que no se le haya enumerado el segundo hecho o el hecho alternativo al imputado tanto en la indagatoria como en el procesamiento en la etapa de instrucción no es violatorio del derecho de defensa en juicio, porque una vez que se conoce la imputación alterna en la etapa media o en el debate, el imputado al conocer la intimación, se le confiere el derecho a ofrecer prueba y a producirla en el debate- arts. 354 del CPPN, antes del debate y art. 381 del CPPN, durante el debate.

Lo que sí no se debe permitir es que el fiscal introduzca esta imputación alternativa de manera sorpresiva, de modo tal que se cercenen las posibilidades del imputado de ejercer sus estrategias y derecho de defensa en juicio.

A modo de colofón el autor se pregunta si el imputado tiene derecho a que se lo juzgue por una sola imputación teniendo en cuenta la mirada desde dos garantías fundamentales: el *ne bis in ídem* y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Por ello se pregunta si el Estado al contar con demasiados recursos y herramientas puede repetir intentos para condenar a un sujeto sometándolo a todo lo que conlleva estar implicado en un proceso penal ante la ley y la sociedad y aumentando las posibilidades de que siendo hallado inocente por un hecho sea hallado culpable por el otro.

Además, frente a varias posibilidades de acusación el imputado, ¿debe ser llevado a juicio por sólo una de ellas o por todas?; ¿el titular de la acción penal pública debe tener sólo una oportunidad de lugar, pero también de visión sobre el caso?

Nos dice que la respuesta es negativa, que la acusación es inmutable y que ya por el art. 381 del C.P.P.N, está previsto que pudiera ampliarse durante el debate.

Abunda, “la inclusión de imputaciones que correrán paralelas se propone para respetar la pretendida inmutabilidad de la ‘acusación’.”

Concluye que si el citado cuerpo legal en el art.401 del citado cuerpo legal ,el imputado se ve beneficiado porque se dilata la sentencia por un lado, pero a la vez se perjudica porque no culmina allí el proceso, debiendo reiniciarse el juicio por el hecho que quedó pendiente que no fue objeto de dicha acusación.

Aquí el autor clarificó su postura de estar en contra de dicho instituto hasta tanto una reforma no establezca una normativa clara que no atente contra los principios de preclusión y progresividad y no se afecte la garantía del ne bis in ídem y evitar que el proceso vuelva a una etapa anterior.

Otro autor que se encuentra en contra de la aplicación de este instituto es Mario MAGARIÑOS, quien en su artículo “La ilegitimidad de la imputación –alternativa o subsidiaria- a una persona por un hecho delictivo principal y por el encubrimiento de ese hecho”, publicado en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005*, nos revela “Al considerar la no punibilidad del encubrimiento del propio delito como consecuencia de una ‘particular relación’ de concurso aparente de leyes y no como una derivación de la atipicidad de aquel acto, por ausencia de prohibición, se genera una confusión tal que gran parte de la jurisprudencia y un destacado sector de la doctrina procesal de nuestro país admiten sin inconvenientes la imputación conjunta, bajo la denominación de ‘alternativa’ o ‘subsidiaria’, en el supuesto en el cual una persona sea sospechada de haber intervenido en la comisión de un hecho principal y, a su vez, en el encubrimiento de ese mismo hecho.”

Crítica que la participación entre el delito principal y el encubrimiento achacado relacionado con ese hecho a un único sujeto no tiene sustento ya que se carece de una norma penal que califique el autoencubrimiento, porque sólo ello habilitaría una acusación conjunta.

El autor hace alusión en coincidencia con MAIER, en cuanto a que la acusación alternativa o subsidiaria genera confusiones en el Derecho Penal, en torno al concurso de leyes o concurso aparente, aunque MAIER refiere que estas acusaciones son útiles para estos concursos de leyes cuando al acusador se le dificulta acreditar los hechos típicos que pretende la norma penal, utilizando tal instituto en análisis para así posibilitar la obtención de una condena por el mismo hecho histórico, subsumido en la figura accesoria.

Entonces, al endilgarle a un mismo individuo el ser autor o cómplice de un delito y a su vez achacarle que encubre tal delito, nos ilustra MAGARIÑOS, en cuanto a que *“tampoco se advierte la ausencia de una característica de autoría exigida por el tipo del artículo 277 de la ley de fondo, que torna, por esa razón, insostenible esa doble imputación.”*

Así, el autor señala en cuanto a que si un sujeto es sometido a un proceso penal por la presunta comisión de un delito, pierde razón y lógicas también que se lo persiga por el encubrimiento de ese delito, en tanto esa imputación no satisface los requisitos típicos que exige la norma penal.

Por lo que de esta manera, se contraría la normativa supra legal, según lo emanado del artículo 18 de la Constitución Nacional que reza: “ningún habitante de la Nación puede ser declarar contra sí mismo.”

Por lo que, refiere el autor en relación a las consecuencias que genera el verse sometido a la aplicación del sistema de acusaciones alternativas por parte del imputado, puesto que mientras dura el proceso penal y el individuo es compelido a esta doble atribución de comportamientos delictivos, - y si bien será condenado sólo por uno de ellos- se encuentra amenazado por la imposición de la pena del delito principal como por la del encubrimiento de ese hecho que el Estado, a la vez le endilga como propio.

En síntesis, la atribución a un sujeto de la doble condición de participación en el hecho principal y en el encubrimiento de ese hecho es ilegítima.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo hay cinco posturas analizadas, dos de las cuales se hallan a favor del instituto, luego el artículo de Guzmán que considera que el ámbito legislativo y normativo se debería reformular y en base a ello nada debería objetarse para que puedan ser utilizadas una vez que sea modificada la norma, para poder aplicarse el instituto y luego duramente en contra de éstas las

postura en contra de Magariños y de De Luca que fundan y critican el empleo de las mismas puesto que considera que van en detrimento del imputado.

Algunas posturas afirman que su empleo resulta válido para el imputado y redundan en grandes beneficios para nuestro sistema de justicia, no existiendo ningún obstáculo legal para su aplicación. Además afirman los que sostienen y defienden su aplicación que se afianza sobre las bases de las garantías constitucionales y quienes están en contra afirman que viola los principios de la Carta Magna, depende del enfoque desde el cual apoyen y argumenten su postura.

Es cierto que de cualquier cara de la moneda que se mire a las acusaciones alternativas, desde el lado de desempeñarme como operadora de justicia, considero que más allá de lo beneficioso o perjudicial del uso del instituto y creyendo que es una herramienta útil y beneficiosa para el imputado en muchos casos en donde resulta una garantía para ejercer su derecho de defensa en juicio, es criticable también viéndolo desde la postura planteada por Magariños, puesto que muchas veces el Estado al poseer mayores recursos actúa como un perseguidor incansable y con tal de castigar y no dejar impune un mismo hecho en el que el Estado falló como operador de justicia y no pudo coleccionar la prueba suficiente para probar el hecho principal, considera que puede seguir adelante con el proceso penal y formular una acusación alternativa o subsidiariamente por el encubrimiento de ese hecho que no ha sido probado, con lo cual, considero que se cae en una laguna y se abre un debate, al cual debemos como sociedad prestarle atención y participar, a los fines de evitar parches, como comúnmente se suele hacer en el ámbito penal muchas veces en materia de leyes de "moda" o temas en boga que finalmente generan un perjuicio a la hora de la toma de decisiones a los jueces y fiscales.

Por lo que coincido con el artículo de Guzmán finalmente, en que debe regularse el instituto, para en consecuencia, nada objetarse, a la hora de hacer uso de las acusaciones alternativas.

JURISPRUDENCIA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

“Es competente para conocer en el delito de encubrimiento, el juez nacional que interviene en las actuaciones por la sustracción del vehículo secuestrado al imputado en sede provincial, sino surge con grado de certeza su participación en el delito encubierto, atento la relación de alternatividad existente entre ambas infracciones”. (CS, 21/05/2002, *Pavesa, Juan, DJ, 2002-3, 803, La Ley On Line*)

“Es improcedente el recurso extraordinario por el cual se cuestiona la sentencia que rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del Cód. Penal, pues aquella restringió considerablemente su aplicabilidad, al someterlos a exigencias mucho más estrictas que las que prima facie podrían derivar del tenor de los textos, porque dejó en claro que aquello por lo que responsabilizó a los condenados en modo alguno deriva de una “presunción de autoría”, sino de la debida acreditación de que su conducta de golpear a la víctima significó “ejercer violencia” en el contexto de una riña y que tal conducta es generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones, en su caso....

Los arts. 95 y 96 del Cód. Penal no importan poner a cargo del agente el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en una riña o agresión tumultaria con violencia sobre quien es muerto o herido, que en lugar de ser abarcada por un mero tipo de peligro, lo que es por uno que sólo abarca la participación en riña tumultaria cuando se produce muerte o lesiones y siempre que consista en violencia sobre la persona que resulta muerta o lesionada por la violencia de la propia riña. (Del voto del Dr. Zaffaroni).

Los arts. 95 y 96 del Cód. Penal no violan el principio de la duda, ya que no hay duda alguna respecto de que al agente participó en una riña o agresión tumultaria, que quiso hacerlo, que ejerció violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fueron causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. (Del voto de la Dra. Argibay).” (CSJN, “*Antiñir, Omar M. y otros*”, publicado en

LA LEY, DJ 13/09/2006, 109, 22/09/2006 7-LA LEY2006-E,498, LA LEY2006-F,239, AR/JUR/2598/2006.) A FAVOR DE LA ACUSACION

CAMARA NACIONAL DE CASACION PENAL

“El Tribunal Oral que realizó el juicio en el que existió una acusación válida por robo agravado y encubrimiento, si considero que el primero no se encontraba probado, debió haber absuelto a los inculos por ese hecho y, eventualmente, dictar condena por encubrimiento por resultar competente por el delito con pena mayor, no correspondiendo desdoblarse un hecho único enviando a conocimiento de un juez correccional el delito de encubrimiento. (CNCasación Penal, sala IV, 31/08/2000, Leyes Héctor A. y otro, La Ley, On Line)

“Corresponde confirmar la resolución que rechazó la excepción de falta de acción por cosa juzgada planteada por la defensa en un proceso por el delito de encubrimiento, por el hecho de que el imputado se encontraba sobreseído respecto del delito de robo de la cosa hallada en su poder, pues no se configura el supuesto de una alternatividad de calificaciones relativas a un mismo hecho, sino frente a dos hechos independientes que encuentran subsunción en dos tipos penales que nunca pueden ser atribuidos en forma concurrente a un mismo sujeto, ya que sólo puede hablarse de encubrimiento sobre la base de un delito previo, del que no se ha participado.” (CNCasación Penal, sala IV, 11/06/2008, “Amarante, Gastón, Maximiliano”, AR/JUR/5107/2008, La Ley Online).

“Si la tenencia de arma de guerra es meramente concomitante con su utilización para el delito de robo con arma aquella figura penal quedará absorbida por el segundo delito, toda vez que se tuvo sólo y para encubrirlo- en el caso, no se había acreditado la tenencia anterior ni la posterior al haber sido aprehendido el imputado huyendo del lugar donde realizó el robo-; si de adverso la tenencia es anterior a la otra infracción o continúa en el tiempo después de consumada aquélla, cobra independencia fáctica y se revelan como hechos escindibles en la relación entre sí, previstas por el art. 55 del Código Penal.” (CNCasación Penal, sala IV, 30/09/2002, “Aldera, Yamil s/rec. de casación”, AR/JUR/1948/2002, Publicado en LA LEY 2003-A, 100.)

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y
CORRECCIONAL

“Si bien los delitos de desapoderamiento ilegítimo y encubrimiento son tipos penales autónomos y no subsidiarios en tanto, se refieren a dos momentos distintos del acontecer causal, ello no obsta a que puedan coexistir, como imputaciones alternativas, en un único proceso.” (*CNCrim. Y Correc., sala I, 30/05/2006, Morales Mario A., DJ., 20/09/2006, 197, La Ley On Line*).

“Debe declararse la nulidad del auto de sobreseimiento dictado, en orden al delito de robo con arma, respecto de aquella persona en poder de la cual se secuestró el rodado desapoderado, pues si bien los delitos de robo y encubrimiento son tipos penales autónomos, el sobreseimiento decretado deviene incorrecto, ya que al descartar una de las calificaciones, se corre el riesgo de que en el avance de la investigación se llegue a una decisión diversa de imposible aplicación como consecuencia del principio “ne bis in ídem”.” (*CNCrim. Y Correc., sala I, 26/05/2005, Moschella Héctor O., La Ley, 2006- A, 121, La Ley Online.*).

“Corresponde declarar la nulidad de la resolución que dispuso el sobreseimiento del imputado por el delito de robo automotor y declaró la incompetencia parcial de la justicia de instrucción para investigar el delito de encubrimiento , al verse comprometida la garantía constitucional del debido proceso, pues la relación de alternatividad existente entre la sustracción del automotor y su encubrimiento, impide la desvinculación procesal por una de las posibles calificaciones legales, por cuanto ello implicaría escindir un único objeto procesal.”(*CNCrim. Y Correc., salaIV, 05/08/2009, Betancourt Carlos Marcelo, La Ley 2010-A, 153, La Ley On Line.*)

“Cuando se considera agotada la investigación respecto del posible apoderamiento ilegítimo , aquélla debe continuar en relación al encubrimiento posterior, sin que sea necesario sobreseer al imputado por el delito de robo pues, una vez que dicho sobreseimiento se encuentre firme, el encartado se deslinda de responsabilidad por el encubrimiento confesando su participación en la sustracción,” (*CNCrim. Y Correc., sala V, 10/09/2008, Velazquez, Diego, Enrique, DJ, 28/01/2009, 180, La Ley On Line.*).

“Dada la relación de alternatividad que media entre las figuras de robo y encubrimiento, una resolución de mérito que desvincule al imputado del primer delito

no requiere necesariamente su sobreseimiento, sino que basta con imputarle el segundo, para resolver luego acerca de la competencia. (*CNCrim y Correc, sala VI, 30/06/2010, Larrosa Juan Martín, La Ley On Line.*)

“Si bien entre los delitos de robo y encubrimiento se presenta una alternatividad de calificaciones sobre un mismo factum, que puede ser resuelta en el momento de requerir la elevación a juicio, tal circunstancia no se advierte cuando se encuentra firme el sobreseimiento decretado respecto del imputado en orden al delito de robo pues, ya se han descartado uno de los tipos penales en juego.”

El hecho de que el imputado hubiere sido sobreseído por el delito de robo, no impide continuar con la tramitación de la causa por un hecho que puede ser subsumido en el delito de encubrimiento desde que, los tipos penales entre sí y con características típicas disímiles.”(Del voto del Dr. Bunge Campos). (*CNCrim y Correc, sala VI,21/02/2008, Paredes, Ismael, Ezequiel,s/competencia La Ley Online.*)

“Cuando entre el delito de robo y el encubrimiento existe una alternatividad de calificaciones en torno a un hecho único, corresponde revocar el auto que sobreseyó al imputado en orden al delito de robo de automotor pues, de esa manera se estaría afectando la garantía que prohíbe el ne bis in ídem al dictarse dos resoluciones sobre un mismo factum en base a diversas calificaciones.

Resulta improcedente una acusación alternativa- en el caso, respecto de los delitos de robo y encubrimiento-cuando uno de los ilícitos habría sido cometido en un ámbito territorial ajeno a la competencia del tribunal pues, lo contrario importaría infringir normas procesales relativas a la competencia territorial. (Del voto del Dr. Bruzzone).

En una causa en la cual media una acusación alternativa entre los delitos de robo y de encubrimiento, debe confirmarse el auto que sobreseyó parcialmente al imputado en orden al delito de robo al no encontrarse cuestionada la ajenidad de aquel en la sustracción perpetrada. (Del voto en disidencia del Dr. Bunge Campos.)” (*CNCrim y Correc, sala VI,19/02/2008, Lezcano, Jorge s/competencia, La Ley Online.*)

“Corresponde sobreseer en orden al delito de robo a quien circulaba en un rodado que había sido robado pues, si bien entre los delitos de robo y encubrimiento existe una alternatividad de calificaciones en torno a un hecho único, en el caso no es posible vincular al imputado con el desapoderamiento del vehículo. (Del voto del Dr. Lucini.)

Los delitos de robo y encubrimiento son tipos penales autónomos independientes entre sí, con características típicas disímiles y se refieren a acontecimientos históricos distintos. (Del voto del Dr. Bunge Campos.)

La alternatividad de calificaciones entre los delitos de robo y encubrimiento debe ser aplicada exclusivamente cuando ambos hechos investigados, hubieren sido perpetrados en el mismo ámbito jurisdiccional desde que, no resulta procedente una acusación alternativa cuando uno de los ilícitos fue llevado a cabo en un ámbito territorial ajeno a la competencia del tribunal, so pena de infringir las normas relativas a la competencia territorial.” (Del voto del Dr. Bruzzone). *(CNCrim. y Correc, sala VI, 23/11/2007, Manavella, Juan Alberto, La Ley 2008-C, 77, La Ley Online.)*

“La figura de robo o hurto y encubrimiento, cuando recaen sobre el mismo objeto tiene una relación de alternatividad y por consiguiente de exclusión, de modo que no admite que se dicten sobre ese mismo hecho resoluciones de signo contrario.” *(CNCrim. y Correc, sala VI, 19/06/1997, G.,R., LA LEY 1998-C,891, La Ley Online.)*

“La circunstancia de haber sido hallado en poder del imputado el vehículo sustraído, no impide desechar la relación de alternatividad existente entre la sustracción de ese bien y el encubrimiento que se le atribuye en ese proceso, siendo inaplicable el régimen a que alude el artículo 353 bis del Código Procesal Penal, frente a la inexistencia de flagrancia.” *(CNCrim. y Correc, sala VII, 23/02/2010, De Mora, José L., LA LEY 2010-C,430.)*

“Es improcedente desdoblar o escindir un hecho único- en el caso, se hizo lugar a la excepción de cosa juzgada al acusado por encubrimiento estándose al sobreseimiento dictado a su respeto en relación al robo atribuido- adoptándose decisiones en base a dos calificaciones legales distintas.”

Constituye obstáculo insalvable para proseguir el trámite del sumario con relación al delito de encubrimiento- en el caso, se hizo excepción de cosa juzgada- estándose al sobreseimiento dictado que el acusado haya sido sobreseído por el robo del automotor hallado en su poder toda vez que desconocer tal circunstancia implicaría violentar el principio ne bis in ídem”. *(CNCrim y Correc sala VII, 29/10/1997, Aquino, Ramón R., DJ, 2001-2, 1169, La Ley Online.)*

“Es presupuesto imprescindible para la configuración del encubrimiento la existencia de un delito anterior y no tan sólo su inferencia.” *(CNCrim y Correc sala VII, 04/09/1992, Moreno, Manuel E., LA LEY 1995-A,492 DJ, 1995-2,132.)*

En igual sentido: CNCrim y Correc sala VII, 05/03/1991, Oviedo, José A., y otro.

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO PENAL ECONOMICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.

“La persona a la cual se le imputa la comisión del delito de encubrimiento de contrabando debe resultar ajena a la ejecución del contrabando, ya que, el sistema penal argentino, no es posible el encubrimiento del delito propio.” (CNPen. Ec., Sala B, 10/11/2005, “Arriete, Fernando y otros”, La Ley, 2006-C-33).

TRIBUNALES ORALES EN LO CRIMINAL

“Una imputación de ‘alternatividad’, en cuanto al delito de robo y al de encubrimiento, contiene siempre una inconsecuencia lógica, pues la persona sospechada de haber intervenido en el hecho principal carece por definición de la especial característica de la autoría exigida por el art. 277 del Cód. Penal y, por ende, no puede responder como autor de encubrimiento.

Una imputación conjunta por los delitos de robo y encubrimiento-contenida en el requerimiento de elevación a juicio-representa una forma de coacción estatal dirigida al individuo para que aporte una información autoincriminante con relación a uno de los hechos que se le atribuyen y, por ende, resulta ilegítima a la luz del art. 18 de la Constitución Nacional, ya que no es lícito que el Estado amenace con pena a una persona por sospechar que ha cometido un robo y que a su vez lo amenace también por no confesarlo.

Corresponder declarar la nulidad de la declaración indagatoria, del auto de procesamiento y del requerimiento de elevación a juicio, en cuanto todos estos actos tuvieron por base la imputación alternativa dirigida al encartado por los delitos de robo y encubrimiento, dada una descripción fáctica análoga, pues, cada uno de ellos materializó la doble coerción dirigida a aquel por el hecho principal y por el encubrimiento de él, en violación de la garantía de no ser obligado a declarar contra sí mismo, normada en el art.18 de la Constitución Nacional.” (*Toral Criminal Nro. 23, 09/11/2005, Valles, Mario, La Ley Online.*)

JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

“No existe ninguna inconsistencia lógica ni jurídica en atribuir al imputado la comisión de un hecho y alternativamente la comisión de otro, por más que las hipótesis fácticas en juego sean excluyentes entre sí.

Para endilgarle a un sujeto el encubrimiento de un homicidio no hace falta tener certeza de que el mismo no participó de ese homicidio, siendo viable una acusación principal y otra alternativa por homicidio y encubrimiento, respectivamente. *“(TCasación Penal Buenos Aires, sala I, 18/06/2009, Carrascosa, Carlos Alberto s/rec. de casación, LA LEY 2009-D, 228, DJ 02/12/2009, 3462, La Ley Online.)*

“Corresponde absolver en orden al delito de encubrimiento a quien se le atribuyó la comisión del robo de los efectos que habría ocultado, pues no es posible reprimir el autoencubrimiento en tanto, el tipo penal requiere que el delito previo haya sido ejecutado por otro, excluyendo incluso al partícipe.” (del voto de la doctora Mallo) (CAPuerto Madryn, 19/05/2006, “C.J.S. y otros”, LLPatagonia, 2007-842)

SENTENCIA:

///nos Aires, 08 de junio de 2010.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en las presentes actuaciones nro. 35.145 del registro de la Secretaría 78, de este Juzgado Nacional en lo Correccional nro. 12;

Y CONSIDERANDO:

Que, de conformidad, con la precedente solicitud fiscal, en relación al hecho acaecido el día 29 de mayo de 2009, a las 03.30 horas aproximadamente, en la Av. Juan B. Justo y Padilla, de esta ciudad, a raíz de la prevención policial de la seccional 27a de la PFA, oportunidad en que dos agentes de tal dependencia habrían observado que allí se encontraba un rodado marca Peugeot 206 dominio ETE-043 estacionado en doble fila al lado de una camioneta y junto a ésta, dos sujetos,- no identificados en ese momento- que se habrían intentado apoderar ilegítimamente de la rueda trasera izquierda de la camioneta mencionada, sin lograrlo al ser advertidos por el personal policial, quienes persiguieron a los sujetos que se dieron a la fuga en el rodado de referencia.

Momentos más tarde, el rodado Peugeot 206 dominio ETE-043 fue encontrado, estacionado sobre la calle Seguí al 1944, de esta ciudad, hallándose en su interior una rueda completa de la que se desconoce su procedencia.

En ese momento, personal policial procedió a identificar a Sandoval y Marco, quienes en principio se correspondían con similares características físicas a la de los sujetos que se encontraban en Juan B. Justo y Padilla, sin haberse adoptado temperamento alguno respecto de los nombrados en esa oportunidad.

Por último se le imputa a Sandoval y a Marco el haber recibido el rodado marca Peugeot 206 dominio ETE-043 con fecha anterior al 29 de mayo de 2009, con la numeración de chasis y motor adulterados, a la que le habrían colocado una chapa patente dominio ETE-043, perteneciente al rodado Peugeot 206 de la que resulta ser titular Elena Teresa José y en el interior del mismo se habría hallado documentación que resultaría ser apócrifa (una cédula verde del rodado aludido, una credencial de la compañía de seguros, entre otros elementos).

Surge de las constancias de la causa que en definitiva se investiga el hallazgo del rodado Peugeot 206 dominio ETU-716, el cual fue denunciado por robo el 02 de mayo de 2009, lo que dio origen a la Investigación Fiscal IPP 016306-09 caratulada: "...s/robo calificado", víctima Mondí Liliana Elina. a cargo de la Unidad Funcional nro. 10 de San Martín de la PBA.

Ahora bien, en base a la investigación llevada a cabo por la Fiscalía instructora, según obra del informe del Laboratorio Químico de la Policía Federal Argentina- ver fs. 126- surge que los números obrantes en el rodado involucrado en esta causa, el chasis no es original de fábrica a raíz de la prueba de revenido químico realizada, por lo que en consecuencia, surge que el número de chasis hallado le corresponde a un vehículo asignado al dominio ETU-716, advirtiéndose que la supuesta irregularidad en los números de cuadro del rodado de mención puso en conocimiento que el rodado poseía un pedido de secuestro con fecha 05 de mayo de 2009 a solicitud de una comisaría de la Provincia de Buenos Aires.

Por lo que, en base a ello, se certificó la existencia de la IPP 15-00016306 caratulada " s/robo calificado" dte. Mondí Liliana Elina, del registro de la Unidad Fiscal de Instrucción nro. 10, de la localidad de San Martín de la PBA.

Allí la damnificada denunció la sustracción del automotor Peugeot 206 dominio ETU716 aludido con fecha 02 de mayo de 2009, la cual fue archivada por no haberse individualizado al autor del hecho.

Este tribunal entiende que en relación al hallazgo automotor con numeración de chasis no original, deberá entender la justicia de San Martín, donde se ha radicado la causa por sustracción, a fin de evitarse posibles resoluciones contradictorias y violatorias del principio ne bis in ídem.

Quien es sorprendido en poder de un objeto sustraído, incurre en el delito de encubrimiento, sin embargo, ello no obsta a que el presunto encubridor sea partícipe (en su concepción amplia) de la sustracción del objeto en cuestión, toda vez que no es errado el presumir que el ladrón tenga aún en su poder el bien, de la apropiación indebida.

Para el caso en cuestión, la acción desplegada va a ser subsumida en una u otra figura pero no en ambas. Obrar de otro modo significaría desdoblarse un mismo hecho, inescindible, violando el principio de ne bis in ídem, -art. 1º del C.P.P.N.-

En consecuencia, entendió el Superior que la figura de robo y encubrimiento cuando recaen sobre un mismo objeto tienen una relación de posible alternatividad y, por consiguiente, de exclusión, cuando los mismos autores a los que se les imputan ambos hechos, de modo que no admite que se dicten sobre los mismos, resoluciones contrarias.

Por ello, considero que frente al caso en cuestión, no cabe lugar a dudas que la acusación formulada no sólo no viola garantía invocada, sino que la sostiene y defiende.

Así, se les brindará a los posibles autores del hecho mayores posibilidades de defensa, resguardando en forma más efectiva sus derechos al conocer todos los hechos imputados, amparando así la actividad del Estado y la situación del imputado frente a todas las situaciones que se le plantean, para poder ejercer su defensa correctamente.

Ello, asimismo conforme fallos: 303:88; 308:67 y 311:443 y competencia 58 XXXI "Gimenez" rta; 30/05/1997 que consideró que "el juez que entiende en la causa motivada por la sustracción de un vehículo deberá conocer además en las actuaciones derivadas de un eventual encubrimiento en virtud de la alternatividad de las figuras de que se tratan. Siguiendo con esa línea, en los fallos: Sala VI, C-6811 "Leiva, R"., "Campillay R"., C.8304 "Degenaro, M", entre otros.

Teniendo en cuenta ello, se deberá declarar la incompetencia de este tribunal y remitir testimonios de lo actuado a la Justicia de aquella jurisdicción provincial que intervino originariamente en el robo automotor, siguiéndose en trámite ante esta sede con la investigación por los hechos que dieron inicio a la presente causa, relacionado con la tentativa de sustracción de una rueda automotor y la sustracción de otra, por ante la Fiscalía instructora.

En cuanto al delito de adulteración de documentación tendiente a acreditar la titularidad del automotor aludido, como ha dicho la fiscalía, se entiende que nada se resolverá aquí, a fin de evitar un posible entorpecimiento de la investigación, remitiéndolo en consecuencia a aquella jurisdicción a fin de adoptar el criterio que corresponda.

Por ello,

RESUELVO:

I) DECLARAR LA INCOMPETENCIA PARCIAL en los presentes actuados nro. 35.144 del registro de la Secretaría nro. 78 del Juzgado Nacional en lo Correccional nro. 12 a mi cargo, en orden al hallazgo del automotor marca Peugeot 206 dominio ETU-716 con numeración de chasis no original y, remitirlos al Juzgado en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín, Provincia de Buenos Aires que por turno se corresponda con la Unidad Fiscal nro. 10 de Instrucción de ese medio, en relación a la IPP nro. 15-00-016306-09 caratulada: "s/robo calificado a Mondí, Lilian Elina" y remitirle testimonio de todo lo actuado con oficio de estilo, con la documentación original reservada por Secretaría y que corre por cuerda a la presente causa, a sus efectos.

II) Devolver las actuaciones a la Fiscalía instructora, en relación al hecho remanente y origen de la presente investigación por tentativa de hurto de rueda de auxilio del rodado marca Renault Scenic dominio FKW-389 y la sustracción de la rueda de auxilio del rodado Volkswagen y demás características que se desprenden de autos.

Notifíquese y cúmplase.

María Soledad Planes

Juez XXXXXX

Secretario.

En del mismo mes y año notifiqué al Sr. Fiscal. Firmó, doy fe.

XXXXX, Fiscal

XXXXX Secretario.

En del mismo mes y año se libró oficio y se extrajeron copias certificadas de la presente causa. Conste.

XXXXX Prosecretario Administrativo

CONCLUSIÓN:

Considero que en base en lo hasta aquí expuesto se han llevado a cabo en los lineamientos de este somero trabajo exponer las posturas a favor y en contra en relación al uso de las acusaciones alternativas, que como hemos observado de la lectura del presente, el debate en torno a las mismas es muy amplio y abre un nuevo horizonte en el que considero que se debería aceptar en materia legislativa una herramienta para introducir una normativa que permita un eficaz uso del instituto para que aquellos que lo critican o están en contra del uso de las mismas por no estar reguladas en el derecho positivo, al verlas insertas en el código sustantivo, las empleen válidamente.

Por otro lado, de la manera que se implementaron y dinámicamente fueron introduciéndose, sentaron precedente a través de la jurisprudencia, por lo que dejan entrever que es factible y aceptable la utilización de las acusaciones alternativas y subsidiarias, aunque como vimos, la jurisprudencia no es pacífica ni uniforme en el tema.

Y ello, es lo que me ha resultado interesante del tema traído a análisis, el observar como convive en un mismo universo jurídico de nuestro derecho positivo un instituto puesto en crisis por distintas posturas y tesis a favor y en contra, por un lado, quienes defienden su uso dado que beneficia al imputado y le brinda un mejor ejercicio del derecho de defensa en juicio y quienes sostienen que los perjudica porque los coloca en un estado de coerción frente al Estado de Derecho siendo perseguidos doblemente, en el caso de no poder probarse el hecho principal, ser juzgados por el encubrimiento de ese hecho.

Y van más allá, preguntándose hasta dónde debe ir la injerencia estatal con la suma de sus recursos y hasta cuándo con tal de perseguir penalmente hasta conseguir una condena sino lo logra por el hecho principal, por el subsidiario o accesorio, en virtud de la posibilidad del uso de la alternatividad?

Por último y relacionando este trabajo final con la materia cursada, Las Resoluciones Judiciales, teniendo en cuenta que el presente se basó en analizar un expediente judicial en el cual se debió resolver y fallar conforme lo hubiese hecho el juez de la causa, conviene traer al caso, que el juez deber ser alguien que no se deje llevar por pasiones personales ni por tener una afección particular por alguna de las partes en el momento del juicio y durante su investigación, ya que si le ocurre esto, se

ve afectada la garantía fundamental de imparcialidad, lo que tornaría vicioso el actuar del juzgador, viéndose afectada su función en el marco del proceso penal, puesto que alguna de las partes resultaría perjudicada por el accionar de quien debe juzgar.

Así, el Juez es libre de asignarle el valor a los elementos de prueba reproducidos en el juicio, fundamentando por supuesto por qué motivos está convencido de la decisión que tomó.

MAGARIÑOS manifiesta que *“la exigencia de un juicio previo, oral, público, contradictorio y continuo, como requisito para la imposición de una pena a un habitante de la Nación, no sólo es una garantía fundamental, contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino que además, es un imperativo de orden institucional en razón de lo establecido en los arts. 1, 33 y 118 de la Constitución Nacional”*. (MAGARIÑOS, H. Mario, “El “juicio previo” de la Constitución Nacional y el “juicio abreviado”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 9-B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 92.)

ANEXO

En este trabajo hemos hablado de algunos preceptos, los cuales es preciso dejar en claro, tales como los principios que rigen un verdadero proceso penal en un Estado de Derecho, a saber: la oralidad, la publicidad, el contradictorio y continuo.

En cuanto a publicidad, es necesario que el proceso se lleve a cabo frente a la comunidad, que los ciudadanos puedan apreciar la manera como los jueces ejercen su función. La participación de los ciudadanos comprende también la posibilidad de que puedan presenciar el juzgamiento penal, en todo momento hasta que se dicta sentencia.

Esto hace que así el proceso o el debate se lleven a cabo en forma rápida, con todos los elementos que hemos visto, con público, que pueda concurrir al tribunal a presenciar el juicio, hasta inclusive periodistas que puedan informar lo que ocurre en sede judicial.

La publicidad en palabras de ANITUA, integra el catálogo de derechos fundamentales de una persona en tanto sirve al efectivo cumplimiento de todos los otros.

Si el juicio se realiza ante los ojos de todos y no al amparo del secreto y la oscuridad, se evita la posibilidad de arbitrio del juzgador.

Como garantía individual, la publicidad está contenida en los arts. 10 y 11 inc. 1º, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: art. 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...) para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal", art. 11 inc. 1º.: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

También en el art. 6 de la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, y en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.³

La publicidad también permite el control de la “razonabilidad” de las sentencias, que se relaciona con la motivación pero también con la publicidad.

Se debe entender que la publicidad es el ejercicio de darle legitimidad a los actos de gobierno, ya que el poder público debe velar porque los actos se realicen delante de la población toda, para que la responsabilidad porque los juicios se lleven a cabo en forma justa, pueda hacerse efectiva.

MAGARIÑOS manifiesta que *“la exigencia de un juicio previo, oral, público, contradictorio y continuo, como requisito para la imposición de una pena a un habitante de la Nación, no sólo es una garantía fundamental, contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, sino que además, es un imperativo de orden institucional en razón de lo establecido en los arts. 1, 33 y 118 de la Constitución Nacional”*.⁴

El juicio escrito torna que todas estas cuestiones se desarrollen en el marco de lo que podríamos llamar secreto o “puertas adentro”, que no permite a los ciudadanos ver cómo actúan los jueces a la hora de estar en juicio, lo que a veces lleva a plantear discusiones de transparencia frente al dictado de algunas sentencias, que como no fueron hechas a la vista de la comunidad, hace que surjan polémicas frente a determinadas resoluciones.

La oralidad permite mejor que se cumpla con ello, ya que en el proceso escrito hay intermediarios, en cambio, en el oral, el Juez debe recibir todos los elementos de prueba, frente a todas las partes, lo cual le permite apreciar la veracidad de la misma según las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología y el sentido común.

En el sistema escrito no hay posibilidad de apreciar los gestos de las personas, el lenguaje, etc., lo que es importante a la hora de valorar, y como ya se dijo

³ ANITUA, Gabriel Ignacio, “El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado”, publicado en HENDLER, Edmundo S., “Las garantías penales y procesales” Enfoque histórico- comparado, Ed. Del Puerto, 2001, pág. 78.

⁴ MAGARIÑOS, H. Mario, “ El “juicio previo” de la Constitución Nacional y el “juicio abreviado”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 9-B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 92.

hay una gran insuficiencia del acta con lo verdaderamente declarado, puesto que otra persona es la que escribe e interpreta que es lo que dijo el testigo.

Luego, debemos tener en cuenta que en el proceso oral se requiere, y se debe exigir, que los mismos jueces que habrán de resolver el caso deban presenciar y dirigir los actos del juicio oral, y que esa asistencia sea obligatoria e imprescindible.

El proceso escrito no garantiza esa situación porque permite delegar la mayoría de las actividades jurisdiccionales a auxiliares, por lo general, anónimos, desconocidos, sin posibilidad de recusación siquiera.

Por otro lado, el juez debe motivar su sentencia y debe hacerlo valorando toda la prueba introducida en el proceso, aplicando los principios enunciados, utilizando la regla de la sana crítica, valorando lo que se reprodujo en el juicio y a lo largo de la investigación, para lo cual el sistema oral permite que esto lo pueda hacer con una mayor fluidez, sin dejarse llevar por aspectos ajenos al proceso. En cambio, el proceso escrito puede estar viciado porque no estuvo presente a lo largo de toda la investigación y en cada momento que se introducía y valoraba la prueba agregada a la causa, o mejor dicho, lo relevante fue percibido por terceros auxiliares que pueden imprimir ciertas subjetividades en el proceso.

Frente a lo dicho, claramente nos enrolamos a favor de la tesis que defiende la oralidad.-

En lo que hace al principio contradictorio, es más preciso en el sistema oral, dado que tiene que ver con que las partes puedan controlar la prueba producida, con la posibilidad de intervenir, haciendo preguntas, formulando observaciones, etc.

En cambio en el proceso escrito esto no sucede, ya que todas las partes no están presentes. Por ejemplo, en una audiencia testimonial, ésta, la toma un auxiliar del juez o de la Fiscalía o son estos mismos sujetos quienes piden un informe o una pericia y llevan a cabo el trámite de la causa, lo que torna difícil que se pueda participar más activamente, puesto que luego de que esa prueba esté introducida en la causa y al momento que las partes puedan cotejarla y extraer lo que les parezca relevante, no sucede en forma continua y cronológica, sino que se da a medida que la causa está disponible para que la parte pueda compulsarla.

BIBLIOGRAFIA

- BAIGUN, David, ZAFFARONI, Código Penal y normas complementarias, Análisis Doctrinal y jurisprudencial, Tomo 11, Artículos 275/299 Parte Especial, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 1ª Ed.
- Código Penal concordado, Código Procesal Penal de la Nación concordado, Constitución Nacional, Grun Editora, Buenos Aires, 2008.
- MAGARIÑOS, Mario, La ilegitimidad de la imputación-alternativa o subsidiaria a una persona por un hecho delictivo principal y por el encubrimiento de ese hecho. publicado, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- ALMEYRA, Miguel Angel, Tratado Jurisprudencial y doctrinario, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, La Ley, Volumen3, Buenos Aires, 2011.
- DE LUCA, Javier A., “Acusación, su ampliación, imputación alternativa, defensa y congruencia”, publicado en Suplemento Penal 2010.
- GUZMAN, Nicolás, *La acusación fiscal alternativa o subsidiaria, reflexiones en torno a su validez lógica y jurídica*, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, Octubre 2006
- QUINTEROS, Ivana S., a través de su artículo “*Nuevamente acerca de las acusaciones alternativas y subsidiarias... y otros estudios en defensa del derecho de defensa*”, publicado en Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VI, Nro. 10 C, 2000, AD HOC, Villela Editor, Buenos Aires
- MAIER, Julio B. J, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Números 4-5, Ad Hoc, Bs. As
- MAGARIÑOS, H. Mario, “El “juicio previo” de la Constitución Nacional y el “juicio abreviado”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 9-B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999
- “LUQUE, Guillermo D. y otro s/homicidio”, 26/11/2002, 325:3118 C.S.J.N.
- http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=124

- ANITUA, Gabriel Ignacio, “El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado”, publicado en HENDLER, Edmundo S., “Las garantías penales y procesales” Enfoque histórico- comparado, Ed. Del Puerto, 2001.