



# **INSTITUTO DE DERECHO PENAL**

**AÑO 2019-2020**

En esta ocasión, dado el carácter extraordinario del evento epidemiológico que nos afecta, y las dificultades que genera en todos los ámbitos de la vida, este ejemplar de la Revista del Instituto tiene una relevancia superlativa. Agradezco el esfuerzo de quienes participaron con sus trabajos, y de todos quienes colaboraron para su edición. El ejemplar que nos ocupa trae minuciosos y profundos desarrollos de temas clásicos de derecho penal de fondo, cuestiones vinculadas a la ejecución de la pena, problemáticas que emergieron con la pandemia, y por último enfoques procesales relacionados al ofrecimiento de prueba en el marco de la etapa intermedia del proceso penal. Mis felicitaciones a todos y hasta la próxima edición, y aprovecho estas escasas líneas para invitar a los colegiados a participar de nuestras actividades habituales.

Daniel Norberto Ferrero

Director

10/09/2020

## ÍNDICE

Omisión Impropia: Deber de Garantía por Delegación (Marco Antonio Terragni)	pg. 2
- La víctima en la Etapa de Ejecución Penal: Luces y Sombras de su incorporación (Bruno Rossini)	pg. 12
- Pandemia y Prisión Domiciliaria (Estrella Moreno)	pg. 29
- COVID-19 y Código de Convivencia: ¿No usar barbijos es una contravención?	pg. 38
- Algunas cuestiones sobre el ofrecimiento de pruebas y los alcances de la decisión judicial sobre su admisibilidad (Mario Guedes)	pg. 51

## OMISIÓN IMPROPIA. DEBER DE GARANTÍA POR DELEGACIÓN

*Por Marco Antonio Terragni<sup>1</sup>*

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Deber de garantía por delegación. 3. Omisión impropia. 4. Imputación objetiva. 5. Deslinde de los deberes.

**1. Generalidades:** Antes de comenzar a tratar este tema, vinculándolo con los delitos empresariales, es preciso recordar cuáles son las reglas básicas de la omisión impropia (conforme a la terminología alemana) o comisión por omisión, según se la conoce en España:

1°. Es un mecanismo que permite ampliar el tipo y la pena, como que se castiga al que omite evitar el resultado correspondiente al tipo de una ley penal; según reza el parágrafo 13 del *StgB*. La pena será la indicada por ese mismo tipo.

2°. Los requisitos para la aplicabilidad de la estructura son dos: (a) Que el individuo esté jurídicamente obligado a evitar ese resultado; lo que la doctrina traduce como *hallarse en posición de garante*; y (b) Que la omisión guarde correspondencia con el actuar positivo al que refiere aquel tipo que mencioné en el punto anterior.

3°. El tipo de referencia tiene que ser el de un delito doloso y, por lo mismo, el sujeto que omite evitar ese resultado debe hacerlo con dolo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral, por la Universidad de Buenos Aires y por la Universidad Complutense de Madrid, Doctor Honoris Causa por la Universidad de Flores, profesor de varias Universidades nacionales y extranjeras, ex becario del Max-Planck- Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, Alemania. Publicó libros y artículos en varios países. Miembro de los Institutos de Derecho Penal de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y de Córdoba. Mantiene el sitio de doctrina e información [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar)

<sup>2</sup> Esta opinión mía no coincide con la doctrina y con la jurisprudencia que por lo general aceptan que puede haber comisión por omisión en los hechos culposos. Mi argumento es que, teniendo los hechos culposos un componente de omisión -la negligencia- es innecesario hacer un rodeo; con mayor razón siendo que no es posible encontrar el tipo de referencia al que aludo en el punto 3°.

**2. Deber de garantía por delegación.** Llevadas esas ideas al tema de la imputación que se le puede formular al principal por el hecho del dependiente en quien ha delegado funciones, parte de la doctrina y de la jurisprudencia insiste en un razonamiento que hace patente un delicado equilibrio:

a. Por un lado, reconocen que existe la necesidad de ceder a otros las tareas que no pueden hacerse en forma personal. Invocan el *Principio de división del trabajo* mediante el cual tratan de dilucidar las cuestiones relativas a esta problemática en torno de los hechos culposos: Qué funciones desempeña cada uno de quienes intervienen; cómo es su contribución al desarrollo y al cumplimiento del trabajo en común; y de qué forma se deben tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en régimen de trabajo en equipo<sup>3</sup>.

Es que el principio de división del trabajo, relacionado con el *Principio de la confianza*, permite deslindar los deberes que se originan en toda actuación colectiva. Habilita para definir quién ha violado (con una actuación propia, no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse externamente conforme a las exigencias de la norma. Los aportes de los demás, según el caso pueden ser de autoría conjunta o de simple intervención, no punible, en el hecho del autor o autores.

b. Por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina, a las cuales me he referido, mantienen en cabeza del delegante la imputación, invocando un pretendido deber de hacerse cargo de las consecuencias que apareje la transferencia<sup>4</sup>. Entienden que es aplicable al caso la idea de garantizar a los demás que ésta ha sido hecha correctamente; a la persona adecuada y asignándole –en su caso– los medios para desempeñar con eficiencia la comisión.

No advierten, quienes así piensan, que la última reflexión contradice la primera por lo que anula la vigencia del principio de división del trabajo.

Por mi parte tengo claro que la única forma de resolver el conflicto es examinar si el principal ha conservado el control de lo que

---

<sup>3</sup> v. Wilhelm, Dorothee, *Probleme der Medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtliche Sicht*, en *MedR*, 1983-Heft, 2.

<sup>4</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4a. edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 568.

hace el subordinado, entendido esto no en un sentido puramente formal (v.gr. contemplando el esquema teórico de la competencia funcional para aplicar en su caso los criterios de la posición de garante para fundar la imputación en comisión) sino indagando qué ha ocurrido en la realidad fáctica. Si el suceso consistiese en uno de los previstos por la ley penal como un delito que tiene como tipo subjetivo el dolo, para imputarlo al principal será necesario demostrar que ha obrado con dolo.

La sustitución de las ideas tradicionales de imputación penal por otras que tienen su raíz en otras ramas -como el Derecho de Daños o el Comercial - no es admisible<sup>5</sup>. Como ha escrito Hassemer con relación a situaciones similares: En Derecho Penal, la imputación de la actitud pasiva a más de una persona obligada a actuar, no se puede establecer con criterios abstractos basados en el Derecho societario, o en todo caso, extrapenales. Sin una concretización específicamente penal no se puede justificar suficientemente una imputación recíproca ni describir con sentido obligaciones de actuar<sup>6</sup>.

Sin embargo, no es posible desconocer que existe una tendencia a conseguir que se fije por ley esa responsabilidad penal. Así Faraldo cita el *Corpus Iuris*:

"1. Cuando se cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 1 a 8 en nombre de la empresa por una persona sometida a su autoridad, serán penalmente responsables el empresario o cualquier otra persona con poder de decisión o de control en el seno de la empresa que conscientemente hubieran dictado órdenes, permitieran la comisión del delito u omitieren los controles debidos.

"2. La delegación de poderes, y la consiguiente responsabilidad penal, será válida únicamente cuando fuere concreta y especial, correspondiéndose a una necesidad de la organización empresarial, y si aquellos en quienes delegue estuvieran en condiciones de cumplir las

---

<sup>5</sup> En sentido contrario: La sentencia "Lederspray" del BGH sostuvo: "La responsabilidad penal del acusado por las lesiones causadas por el uso del spray deriva de su posición como directivo de la empresa. La producción y distribución de productos en el marco de la política de empresa de una sociedad anónima, son atribuibles -también en Derecho Penal- a los directivos de la misma como una acción propia. Corresponde, pues, a los procesados, en su calidad de directivos de la empresa el deber de tomar las medidas necesarias para que el usuario de un producto, elaborado y distribuido por la misma no resulte lesionado".

<sup>6</sup> Hassemer/Munoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 185.

funciones asignadas<sup>7</sup>. La delegación no excluye la responsabilidad general de control, vigilancia y selección del personal y no puede abarcar ámbitos propios del empresario, como la organización general del trabajo en el seno de la empresa”<sup>8</sup>.

De todo ello se desprende, que así como el autor ha debido y podido prever la consecuencia inmediata de su propia conducta, también será responsable si existe la obligación, legalmente impuesta, de hacerse cargo de las consecuencias de la conducta ajena. No obstante mi rechazo personal a esa extensión de la responsabilidad penal, por lo menos destaco que lo importante es que la obligación surja de la ley. Por lo mismo, no es válida la doctrina que se explaya sobre posición de garante sin señalar cuál es la fuente normativa de la que derivaría el deber de afianzar.

La indiferencia y consiguiente expansión aparece, sobre todo, en alguna doctrina alemana, que trasladó reglas del Derecho civil al penal, invocando la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Así Romeo Casabona cita a Welzel según quien en ocasiones se ha imputado al padre un delito de comisión por omisión por no haber impedido la realización de un delito por parte de su hijo. El autor español reflexiona al respecto: “Lo que desvirtúa la posición de garante y la reconduce hacia bienes de terceros con los que no existe vínculo previo, ni puede decirse que la pasividad del padre sea en sí misma fuente de peligro para aquéllos, trasladando así al ámbito penal una institución puramente civil (la culpa *in vigilando*)”<sup>9</sup>.

Aquellas opiniones doctrinarias tudescas repiten lo que argumentan algunas decisiones judiciales de aquel origen. Así se ha resuelto: “Quien embriaga a otro, de modo que éste deja de poder actuar en forma responsable, debe conjurar los peligros que puedan derivarse para él mismo o para terceras personas (BGH, 19, 152). Incluso la creación, contraria al deber, del peligro de un hecho punible

---

<sup>7</sup> Así, la STS de 26 de marzo de 1994, en cuanto dice: “El ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuanto tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función”.

<sup>8</sup> Faraldo Cabana, Patricia, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 164, nota 331.

<sup>9</sup> Romeo Casabona, Carlos María, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, p. 3.

por parte de una persona plenamente responsable debe acarrear responsabilidad jurídico-penal para la omisión del deber de impedir delitos (BGC 2, 279; 17,321), aunque generalmente sólo sea en forma de complicidad por omisión”<sup>10</sup>.

De estas ideas, tan brevemente resumidas puedo extraer las siguientes conclusiones:

1. En tren de encontrar autor a quien omite, se dejan de lado las reglas de Derecho positivo alemán (parágrafo 13) que exigen que el deber de evitar el resultado esté jurídicamente impuesto y que la omisión guarde correspondencia con el actuar positivo.

2. A la dificultad que acabo de señalar se agrega otra: Así como habría un autor también, teóricamente al menos, podría existir un partícipe. De manera que si el autor por omisión fuese el dependiente, el principal podría ser castigado, no como autor sino como partícipe del hecho del dependiente, salvo que se interprete, como lo hace Bacigalupo, que existe coautoría: “Como es obvio, toda participación requiere que el partícipe haya obrado con dolo, es decir, con el conocimiento del peligro concreto de la comisión del delito por parte del dependiente o del subordinado. Por un lado se sostiene que, dada la posición de garante del omitente sólo cabe calificar esta conducta como (co) autoría por omisión del hecho cometido por el subordinado y que, en general, la distinción de distintas formas de participación no son pertinentes en los delitos de omisión. Es decir, el administrador que no impidió la comisión del delito será también autor del mismo delito por omisión, naturalmente si obró dolosamente”<sup>11</sup>.

3. El deber de garantía, aunque esté impuesto por ley, por sí solo no transforma a nadie en autor de un delito en comisión por omisión, salvo que también haya correspondencia entre la inercia y la actuación positiva a la que alude el tipo penal que finalmente se habrá de aplicar.

---

<sup>10</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4a. edición, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 861. V. también la jurisprudencia extensiva que se cita en p. 863.

<sup>11</sup> Bacigalupo, Enrique, *"Compliance" y derecho penal. Prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 149.

3. **Omisión impropia.** Expresada esta idea con otras palabras: Si se quisiese imputar al empresario como autor del homicidio doloso que configuró el dependiente al poner en el mercado un medicamento que el dependiente sabía podía provocar la muerte de los consumidores, tendría que especularse con el deber de garantía del primero y también comprobarse que esa omisión de controlar al subordinado guarda correspondencia con un actuar positivo del principal también destinado a matar.

Como se echa de ver, es muy difícil que una hipótesis así se presente en la vida real. Por lo mismo, especular sólo con el deber de garantía constituye un ejercicio intelectual desprendido de lo que dice la ley positiva. Obviamente me estoy refiriendo al parágrafo 13 del StGB alemán, pese a que algunos sostienen lo contrario. Así Bottke escribe: “En la teoría del Derecho penal alemana está reconocido que la posible responsabilidad penal de los miembros de la empresa sujetos al deber de vigilancia y autorizados para dictar instrucciones, por la no evitación de hechos punibles de sus subordinados, se rige por el parágrafo 13 StGB. o -expresado en los términos de la dogmática del Derecho criminal general- que, más allá de las eventuales disposiciones especiales de responsabilidad del empresario, titular del establecimiento o principal, así como de las relativas a la lesión del deber de vigilancia, pertenece al Derecho de los delitos de omisión impropios”<sup>12</sup>.

4. Si concudiesen ambos requisitos: posición de garante y correspondencia, habría posibilidad de aplicar aquel precepto y aún especular con que el deber de garantía es, en general, delegable<sup>13</sup>.

Aún así se podría hablar de una responsabilidad primaria de garante y otra responsabilidad secundaria de garante. La persona más cercana a la cosa que ejerce el dominio inmediato sobre la cosa posee también la responsabilidad primaria de garante.

---

<sup>12</sup> Bottke, Wilfried, *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, coordinadores S. Mir Puig y D.M. Luzón Pena, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 129 ss.

<sup>13</sup> Equivale a lo que yo analizo en la órbita de los principios de división del trabajo y de confianza y la subsistencia de deberes de cuidados secundarios o deberes por derivación defectuosa del paciente hecha por el médico tratante.

El contenido normal de los deberes secundarios de garante son la coordinación y el control, sin que por ello queden agotadas sus obligaciones. Porque si, en el ejercicio del deber de control, se pone de manifiesto que los encargados de la ejecución no observan sus deberes de garante de la manera exigida, entonces la posición de garante resultante del supradominio desencadena la obligación de subsanar esa deficiencia, esto es: de dar las informaciones u órdenes necesarias, y, en caso de necesidad, incluso de destituir al garante primario que está actuando deficientemente. Pues como, mediante la transferencia de parte de sus facultades de dominio en lo que se refiere a la ejecución inmediata, está haciendo cumplir ésta de cierta manera mediante sustitutos, si reconoce la insuficiencia de esa sustitución debe ocuparse del remedio correspondiente en observancia de sus facultades de dirección.

Según Bottke: “Así como un empresario tiene que vigilar que los medios materiales y los procesos de producción que organiza no sean peligrosos o que no rebasen la intensidad del peligro que es exigible a terceros, o tiene que cuidar que la aceptación del riesgo sea tolerable, del mismo modo sólo podrá emplear en el establecimiento en precaución del riesgo a personas respecto a cuyos trabajos peligrosos en o en beneficio de la empresa establezca cobertura ante la realización del riesgo. Pues también en relación con los medios personales de producción sería contrario a la idea de la equidad social el utilizar espacios de libertad en propio beneficio sin precaver al mismo tiempo, en contra del mandato *nemimen laede*, los peligros que ello entraña”<sup>14</sup>.

Este publicista extiende la responsabilidad del principal de una manera tan amplia como inaceptable; tal como yo pienso. Tanto que le carga las consecuencias de hechos punibles como sobornos, diciendo que “serán atribuibles a la esfera vital organizada por el empresario, a pesar de que también puedan ser cometidos culpablemente o sobre la base de una decisión autónoma del subordinado”<sup>15</sup>.

No obstante mi disenso debo reconocer que, en ocasiones, el propio legislador argentino hace responsable al superior de algunos

---

<sup>14</sup> Loc. cit., p. 146.

<sup>15</sup> Idem, p. 147.

delitos cometidos personalmente por sus subordinados. Son, como diría Bottke, “casos de omisión contraria al deber de la evitación de hechos punibles de subordinados”. Aquí hay “una autoría de la omisión sin consideración a la responsabilidad propia del que actúa inmediatamente”. Son excepciones a la regla según la cual no puede haber imputación en comisión por omisión cuando quien no actúa se limita a no impedir el hecho punible cometido por un autor plenamente responsable.

Las reglas del Código Penal argentino, que he mencionado y de las que me puedo valer como ejemplos son:

El art. 144 cuarto números 1.2.3 en cuanto constituyen en autor de los delitos de los que allí se habla a los funcionarios que incurren en las omisiones descritas en esas normas; faltas que, a su vez, están relacionadas con los delitos de torturas que cometen otras personas.

El mismo mecanismo aparece empleado en el art. 144 quinto: hay un autor del delito de torturas y otro del delito de haber omitido la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios para que el primero no hubiese acontecido.

El art. 235 amenaza con castigo al funcionario público que no hubiese resistido la comisión, por otros, de los delitos de rebelión o sedición.

El art. 277 ter constituye en autor del delito autónomo culposo a quien omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia ilegítima del ganado que otros han sustraído.

El art. 303 números 1 y 3 prevé penar como autor de un delito autónomo a quien realice las acciones de lavado de activos provenientes de delitos perpetrados por otros.

**4. Imputación objetiva.** En cuanto a la aplicación de las reglas de la Moderna teoría de la imputación objetiva, esta existe cuando el principal determina la introducción de un riesgo que va más allá de lo permitido, y que se traduce en el resultado lesivo. En una estructura jerárquica empresaria, con sujetos ejecutores intercambiables, sin poder de decisión propio, a éstos no se les puede formular imputación objetiva, porque no son quienes incrementan el riesgo. Según una concepción

doctrinaria alemana<sup>16</sup>, el titular del establecimiento responde, pues puede dominar la situación, (y se encuentra en posición de garante) por no evitar los hechos punibles cometidos por sus empleados cuando el comportamiento del autor inmediato puede ser calificado como “delito de grupo” o de “hecho vinculado al establecimiento”; es decir, cuando el autor ha actuado en interés de la empresa. Así el dueño está obligado como garante a evitar los negocios ilegales que el empleado realiza en el interés supuesto o real del titular de la empresa. Junto a la posición de garante sobre la base del dominio sobre las cosas y sobre actividades vinculadas a cosas peligrosas, figura la responsabilidad como garante del superior por las acciones de sus subordinados, que resulta –independientemente de la responsabilidad del propio subordinado– del dominio de los superiores sobre la base de la organización jerárquica de la empresa. Este dominio descansaría tanto en el poder de dar órdenes proporcionado por derecho de dirección del mismo, como también el preponderante acopio de información del superior, por lo que en principio habría que partir de que cuando el autor por comisión actúa en interés de la empresa, habría podido ser reconducido a un comportamiento conforme a la norma mediante una dirección, control y coordinación apropiados por parte del dueño del negocio, de tal manera que, en los resultados, incluso se podría hablar de una “inimputabilidad parcial”<sup>17</sup> del trabajador<sup>18</sup>.

Conforme la postura de Gimbernat es responsable el principal por una omisión impropia si el hecho punible imprudente o doloso que

---

<sup>16</sup> Que analiza Enrique Gimbernat Ordeig en *Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho Penal de empresa, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIV MMI, Madrid, 2003 pp. 5 ss)

<sup>17</sup> Tal opinión es recogida por Gimbernat. En tanto Bottke, citando a Schünemann, menciona la tesis de la “minoría de edad parcial” del subordinado (Ibidem, p. 136).

<sup>18</sup> Sobre el punto escribe Trujillo: “Quien acepta un cargo dentro de la estructura empresaria asume la obligación de evitar que las tareas encomendadas produzcan afectaciones a terceros de acuerdo con el reparto de competencias específicas. En la ley de sociedades en especial en las sociedades anónimas, la regulación de los deberes y atribuciones del consejo de vigilancia (arts. 281 y 283) y de la sindicatura (arts. 294, 295 y 296) son fuentes de posición de garante en punto al control de las actividades de la empresa. En igual sentido, la asignación de las funciones de administración bajo ciertos estándares de conducta (arts. 59 y 274), emplazan a los directores de la sociedad en garantes de la indemnidad y preservación del patrimonio que administran. “De tal suerte, quien incumple con sus funciones dentro de la esfera de competencia asignada y -pudiéndolo hacer- no evita la producción de una afectación a bienes jurídicos de terceros que su competencia tiene como finalidad conjurar- es como si hubiera realizado la conducta misma” (Trujillo, Juan, *Responsabilidad penal de los órganos de la empresa en materia penal tributaria*, en *Derecho penal económico*, Tomo II, Ramiro M. Rubinska y Daniel Schurjin Almenar, coordinadores, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 1788).

no ha impedido, porque la falta incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabo de bienes jurídicos ajenos.

De todas maneras, critica la aplicación no cuidadosa de las ideas “riesgo”, “foco de peligro” y “posición de garante”, porque extiende la posibilidad de imputar, poniendo en crisis el principio de legalidad. En nuestro ámbito diríamos que se trasladaría hacia el Derecho Penal la idea civilista “responsabilidad objetiva” (art. 1113 C.C. argentino).

## **La víctima en la etapa de ejecución penal**

### *Luces y Sombras de su incorporación*

Mg. Bruno Leonidas Rossini<sup>19</sup>

## **I. La voz de la víctima y el Populismo Penal II. Luces y Sombras en la Teoría III. Reflexiones finales**

### I. La voz de la víctima y el populismo penal

A lo largo de la historia, se han adoptado diferentes posturas en relación a la víctima y su participación en el procedimiento penal, que van desde su reconocimiento hasta su invisibilización (Macedonia Hernández, 2009). En nuestro país en el último tiempo, las respuestas penales han avanzado en el reconocimiento de la víctima, en especial en la etapa de ejecución penal, es decir, en el momento en que se evalúa el efecto que la pena ha tenido sobre el sujeto penado, en función de una grilla de objetivos que se entroncan en una manera de justificar la aplicación de ese dolor.

En la Argentina, la ley que regula esta etapa es la 24660 y sus sucesivas y permanentes reformas, que parecen estar más atadas a requerimientos legislativos contextuales que a la resignificación de postulados iusfilosóficos en los que se basa el sistema penal. De este modo, el artículo 11 bis, incorporado en la última reforma del año 2017, aumenta la participación de esta parte del binomio del conflicto penal, mediante la posibilidad de emitir opinión al momento de definir la concesión o el rechazo de los beneficios penitenciarios consagrados en dicho plexo normativo. Quedando redactado de la siguiente manera:

*“La víctima tendrá 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*

---

<sup>19</sup> Abogado (UNL). Maestro en Criminología y Seguridad (Universitat de València, España). Maestrando en Criminología (UNL)

El presente texto se circunscribe en un Proyecto de Investigación que está siendo llevado a cabo en la Universidad Católica de Santiago del Estero – Delegación Académica Rafaela.

*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;*
- g) Régimen preparatorio para su liberación.*

*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.*

*Incurrirá en falta grave el juez que incumpliere las obligaciones establecidas en este artículo.”*

La primer arista del problema es la del contexto de irrupción que no puede desconocer el descontento ciudadano en relación a la justicia penal, en especial a los decisores profesionales en materia de ejecución, que devino de la muerte de Micaela García; la espectacularización de este deceso, apuntalado por haber sido cometido por un recluso que se encontraba en ejercicio de beneficios penitenciarios, consolidó las dinámicas de desconfianza que estructuran la relación de la sociedad con la justicia, a punto tal de exigir a los políticos respuestas inmediatas a este respecto, más allá del análisis en concreto de las potenciales soluciones que traigan aparejadas.

En este marco de profunda crisis, a la reforma en clave de aumento punitivo de las restricciones de los beneficios que asisten a los condenados al momento del cumplimiento de las penas definidas por la autoridad competente, se le agregó la posibilidad de las víctimas de ser escuchadas, dotándolas de derechos para que expresen su parecer en relación a la conveniencia y a la oportunidad de la consagración de un

derecho de raigambre constitucional, lo que trae no pocas preguntas a ser respondidas.

En las Actas de la Sesión de Diputados<sup>20</sup> donde se votó esta reforma se encuentra la misma tensión, anclando las posturas al contexto, lo que da cuenta del interés de muchos de los legisladores al momento de alzar su mano. Por su parte, muchos de los argumentos que dan quienes votaron por la negativa sostienen que este reconocimiento no está en condiciones de cumplir los objetivos que operan como su fundamento, teniendo en cuenta que es una acción superficial en un problema más profundo. En este sentido se expresa la Diputada Sosa al proferir: “Aquí estamos ante una demagogia electoral, una manipulación. Si bien este proyecto de ley viene discutiéndose desde el año pasado, se hace referencia al caso de Micaela García(...)”, lo que aporta elementos para entender el contexto de irrupción de la voluntad sancionante en diálogo con elementos del entorno, más allá de los tiempos legislativos. Por su parte, quienes estuvieron a favor, se encuentran representados en la voz del Diputado Martínez que manifestó: “podríamos estar horas explicando y lamentando ejemplos de por qué es necesaria la sanción de este proyecto de ley”, haciendo mención a la urgente situación de los femicidios en la República Argentina.

Cabe destacar que de la lectura de las Actas deviene que todos y todas son coincidentes en la importancia del reconocimiento victimal en la búsqueda de la mejora de los procesos penales, mas discrepan en la consideración de que esta reforma tenga la capacidad de producir cambios en el flagelo de los delitos de género y en el modo en que se despliegan los procedimientos penales en nuestro país. La crítica más asidua para oponerse a la reforma es la que surge de legisladoras que afirman que se instrumentaliza los reclamos de los colectivos feministas para introducir sesgos punitivos, a los que los mismos grupos, e incluso los padres de Micaela, se mostraron reacios.

Las víctimas no son un bloque monolítico, existiendo variaciones y matices en función de un espectro de características que han de ser tenidas en cuenta, entre las que se destacan el tipo de delitos del que

---

<sup>20</sup> Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Período 135°. 12ª Reunión – 7ª Sesión Ordinaria (Especial) 5 de Julio de 2017.

fueron damnificadas y el acervo cultural y social del que gozan, motivo por el cual el estudio de los delitos que se persiguen es una dimensión que ha de ser considerada en el planteo del problema a transitar.

Bien sabido es que el sistema penal es *selectivo*, es decir, que contrariamente a la ficción de la oficiosidad, que exige que todos los delitos sean perseguidos con el mismo ahínco y dedicación, la realidad impone que se elijan las acciones a perseguir, entre el extenso número de conductas prohibidas; esta traducción práctica del poder de penar y este recorte está sujeto a una decisión política, que conlleva una determinada postura que desplaza de plano la pretensión de objetividad que suele campea en la autopercepción judicial y que amerita una discusión colectiva a los efectos de definir los criterios a partir de los cuales se realiza tal selección.

La política criminal es la que construye no sólo la noción de delito, a partir de la reacción ante conductas seleccionadas, sino también a las víctimas, que serán las que estarán en condiciones de opinar sobre la consecución de los objetivos previstos en la aplicación de la pena.

De esta forma, el análisis de las decisiones que se toman en relación al universo de delitos que conforman el tráfico social tendrá un impacto directo en la construcción de las víctimas a las que se pretende convocar; consecuentemente, la persecución penal, más allá del derecho penal nuclear, incide en el cariz que adoptará este problema, toda vez que las víctimas serán -y esperarán actos- distintos de acuerdo al tipo de delito que las transformó en tales y al riesgo en concreto que sufren a partir de su posición en el cuerpo social.

La presión de la sociedad y la lectura del gobierno de ésta permea las fronteras de las otrora divisiones estatales y edifica una lógica gubernamental que se conecta de modo directo con la intención de dar respuestas a la problemática de la seguridad; en este contexto, de picos de criminalidad reales o percibidos, la política criminal no se encuentra aislada, sino que comienza a reconocer esas demandas en la diagramación de los objetivos del proceso penal, más allá de sus posibilidades ciertas de satisfacerlas. La política criminal no deja de ser una política pública, sometida a las mismas tensiones que los otros procesos decisorio del Estado ante las demás demandas, con la

particularidad que en este marco se buscan defender la legitimidad estatal, pero también, la legitimidad de la norma, que se ve cuestionada por la incapacidad de dar respuestas a un problema que, en principio, se escapa de los deberes tradicionales que había asumido el proceso penal

La posición social de las víctimas también es una variable a considerar porque de la misma forma que la selectividad penal tiende a morder a los segmentos más desaventajados de las estructuras sociales, las víctimas también suelen pertenecer a la misma franja (Zaffaroni, 2012), en la parte de la dialéctica del conflicto penal que suele mantenerse en la sombra; los criterios de selectividad que valen para la reflexión en torno a los transgresores, pueden ser extendidos para pensar las víctimas habituales que se crean a partir del recorte referido y de las posibilidades que surgen de su posición social. La decisión que determina que una conducta prohibida se transforme en delito y transite el proceso hasta la definición de un monto de pena es del Estado, se da en el marco de un ejercicio de poder soberano al servicio de la consagración de una plétora de intereses que construyen un entramado de significados que es necesario traer a la luz.

El *ius puniendi* estatal, es decir, la facultad del estado de volver acto el poder punitivo que lo constituye como tal, es otro de los sectores en conflicto con el aumento de las facultades de la víctima al interior del proceso penal, puesto que implica la celebración de la estrategia expropiatoria, que no se enlaza con facilidad con la aparente reprivatización de la que da cuenta la decisión estatal *sub exámine*.

La noción de vindicta personal, que suele pensarse como sed de venganza, fue dejada de lado, por su carácter irracional y desproporcionado, ocupando su lugar el Estado, quien ya no representa al interés de la víctima en soledad, sino al de la comunidad afectada por la lesión a un bien jurídico colectivamente definido como valorado; razón por la cual el reingreso de la víctima a la discusión respecto a la concesión o no de un beneficio debe ser leída en consonancia con este esquema ideal que se mantiene impertérrito, lo que no resulta sencillo.

Se ve con nitidez en este esquema que en la idea se impuso como necesario la quita de las manos de la víctima de la aplicación de pena,

para dismantelar el mecanismo de la venganza, y en ese proceso el Estado se elevó como resolutor ecuánime, garante de la proporcionalidad. El monopolio del castigo en manos del estado construyó una noción de víctima vindicativa y volvió la definición del monto de dolor a aplicar un asunto público, atado a intereses grupales y no a derechos subjetivos.

Esta estructura general de justificación, al igual que el esfuerzo expropiatorio por parte de agentes estatales, se mantiene incólume en el proceso penal actual, por lo que la dimensión filosófica también ha de ser abordada, pues la noción de víctima que perfila no se ha alterado, pero sí se pretende hacerla convivir con modelos que nada tienen que ver con ésta; dotar de voz a la víctima en el proceso de valoración de los efectos generados por la aplicación de pena parecería asumir que el proceso puede lograr, de algún modo, reparar su lesión privada, a pesar de que el conflicto le ha sido expropiado, lo que requiere un esfuerzo de estudio para determinar en qué medida puede darse y si es posible cambiar la concepción de víctima, sin modificar el andamiaje filosófico del sistema que la alberga.

El injusto penal implica a la vez una afrenta pública y una afrenta privada, siendo la lesión a un interés colectivo lo que habilita la posibilidad de que la víctima sea expropiada, ingresando al proceso a través de un representante estatal que será quien impulse la acción en relación a estas dos heridas latentes. Por lo tanto, recuperar la voz en esta etapa, que conlleva el tránsito por la cárcel o la aplicación de una pena, de la víctima, luego de haber sido relegada en la búsqueda de la solución original puede traer de la mano ciertas complejidades, a pesar de ser un reconocimiento válido de una de las partes del proceso a las que se suele mantener alejada.

Siguiendo a Christie (2004) el procedimiento penal produce una víctima por partida doble: primero por el ofensor y luego por el Estado; el acto que las vuelve víctima es ejecutado por un particular, pero es el estado quien apoya tal status a partir del fenómeno expropiatorio que realiza al momento de perseguir el accionar lesivo; desde esta perspectiva, la devolución de su condición de actora en una etapa procesal en la que ya fue resuelto el problema, mediante una opinión que podrá ser dejada

de lado, vendría a reforzar el desplazamiento original antes que a concederle un espacio de participación efectivo a la víctima.

El eje que da cuerpo al problema es el de la tensión que parece existir entre la reserva del Estado del poder de castigar y la convocatoria a una agencia que no representa más interés que el de su propia entidad, en una suerte de devolución del conflicto en una etapa en la que la solución a éste no sólo ya fue definida sino también ejecutada; más aún, resulta problemático el supuesto en que la víctima se niegue a la concesión del beneficio o entre en disputa con su representante, en general el fiscal, teniendo en cuenta que la cuantía de la pena es muchas veces definida por la misma persona que se cuestiona en cuanto a su definición; por lo que, la oposición de la víctima podría implicar un cuestionamiento a la solución adoptada por el representante del estado y una muestra de la falta de reconocimiento de su voz durante las etapas resolutorias del conflicto. Convocar a una víctima a que se exprese sobre los resultados producidos por una solución a la que en muchas ocasiones no adhirió puede considerarse un vínculo histórico con la trama estatal, que reivindica su capacidad de solucionar el conflicto penal pero luego solicita el aval en lo referente a los efectos generados por una vía resolutoria en la que no tuvo posibilidad de participar.

## II. Luces y Sombras en la Teoría

La ambivalencia a la que el texto refiere es la que atraviesa toda la discusión en torno a la participación de la víctima, donde tanto desde el punto de vista reflexivo como el teórico, las posturas no son contestes, sino más bien duales. Este contrapunto, del que se busca dibujar sus contornos más rústicos, aporta la materia mediante el cual seremos capaces de suspender el abordaje moral y trascender la tentación del maniqueísmo, para de esta forma acercarnos a la posibilidad de definir el marco a partir del cual trazar lineamientos en el abordaje de esta problemática.

Incluso desde la perspectiva tradicional las posturas son disímiles, por lo que algunas posiciones a favor que sostienen que es *“el momento*

*justo para que el garantismo también consagre, una amplia participación de las víctimas en todas las etapas del proceso penal*” (Alvero, 2017: 13), se conjugan con otras que no lo ven como necesario ni le otorgan la capacidad de producir cambio alguno.

En el expresado contrapunto, nos resultan relevantes el esquema propuesto por Mateos Castell (2017) quien analiza ambos extremos tratando de dilucidar los argumentos que sostienen cada uno, a los efectos de determinar su andamiaje teórico. En nuestra perspectiva se destaca la importancia que le da el trabajo referido al rol del ius puniendi, como rasgo eminentemente público, y a la naturaleza refractaria de la ampliación de derecho a los fines de resocialización y rehabilitación, en las posturas negativas; como así también, en sentido contrario, a ciertas tesis que propugnan por la incorporación de la víctima como un elemento positivo, por reconocerla como una parte constitutiva del proceso a la que hay que tender a reconocer.

Nuestro enfoque, consecuentemente, tratará de dilucidar los puntos neurálgicos de cada postura, sin perder de vista que aún los defensores de la víctima en esta etapa manifiestan que las reformas *“deberán ser revisadas a los fines de garantizar su concordancia con las normas de cita que detentan un previsión adecuada y más efectiva, como así también aquellos ordenamientos locales para hacer efectiva la participación de la víctima”* (Alvero, 2017: 15), lo que pone en evidencia la utilidad de estudios como el que pretende este texto, que busca repensar la vinculación entre lo permanente y lo mutable al interior de los procesos penales.

El derecho también aporta ciertos principios estructurantes del sistema de ejecución de la pena, entre los que se destacan *“Principio de Legalidad Ejecutiva, Principio de Resocialización. Principio de Judicialización de la Ejecución Penal y el Principio de Inmediación de la Ejecución Penal”* (Guillamondegui, 2005), que, a decir de Guillamondegui (2005), deben orientar a los legisladores en la reflexión sobre estos temas y a los operadores judiciales en las decisiones que toman, por lo que son claves de estudio válidas pues permiten operar como guías en la valoración de las estrategias, en función de la cercanía o abandono que se detecte.

Las posiciones favorables más extremas quedan graficadas por las palabras de Nistal Burón (2009): *“El ámbito penitenciario de la ejecución penal debe ser el marco idóneo para satisfacer en su más amplia medida los intereses de las víctimas del delito. Los derechos de la víctima deben de ir incorporándose a la práctica penitenciaria de manera que su valor normativo sea real y efectivo y no meramente programático, de ello dependerá el efectivo respeto de sus derechos.”*(Nistal Burón, 2009: 30). En consonancia con esta tesitura, la incorporación de la víctima en esta etapa es un reconocimiento lógico y necesario para recuperar el interés victimal, en la voluntad de reparar el interés subjetivo.

En otro sentido, Goldstein (1982) sostiene que este proceso no es nuevo sino que *“en los curiosos caminos de la historia, el resentimiento y la presión de la víctima puede haber cumplido un rol no solo en términos de catarsis sino también de efectos restaurativos del sistema de justicia penal”*<sup>21</sup>. No resulta extraño, por lo tanto, que en contextos de aparente crisis se recurra a modificaciones en esta dimensión, tanto en miras de un empoderamiento victimal, como en la búsqueda de un bálsamo en la estima judicial perdida, pues como el autor sugiere, se ha realizado en otros momentos de la historia.

La doctrina jurídica se compromete en determinar el sentido y alcance de ciertos vocablos al interior de los sistemas, así, el término opinión, que se recoge en la norma, ha sido motivo de ciertos desarrollos teóricos (Guillamondegui, 2005) necesarios, siendo nuestra postura que los requisitos que debe tener la expresión del parecer son los de racionalidad y coherencia, tratando de matizar el interés subjetivo y la emoción y dando herramientas al juzgador para fundamentar en contrario a la concesión, de otra manera, como bien manifiestan Figari y Herrera (2017), la gravedad del delito podría hacer presumir una negativa irreflexiva a la que no es posible dotarla de efectos jurídicos.

El derecho aporta un marco dentro del cual debería gravitar las decisiones de los legisladores en la creación de los sistemas, no obstante lo cual, como ha demostrado la teoría, muchas de las

---

<sup>21</sup> Traducción propia. Cita original: *“In the curious ways of history, victim resentment and victim pressures may serve not only a cathartic purpose for the victim but may have a restorative effect on the criminal justice system.”*

definiciones políticas se realizan lateralizando el rol de los expertos, a partir de la lectura que hacen los políticos profesionales de los esperado por todos. Este fenómeno, conceptualizado por Pratt (2007) como populismo penal, creemos aporta en la búsqueda de interpretar tanto la resignificación de la reparación victimal, la intención de las reformas y el contexto de irrupción de los cambios legislativos motivo de estudio. Siguiendo a Pratt (2007) *“el proceso de sentencia ya no puede mantenerse como propiedad exclusiva judicial mediante la inoculación que tenía respecto al escrutinio público”* (Pratt, 2007:15), y se comienza a juzgar a los juzgadores en función de los intereses de las víctimas, muchas veces refractarios de los sistemas de garantías, lo que moviliza un descontento popular que el político reconoce y vuelve norma, con una impronta *“más simbólica que estratégica”* (Pratt, 2007:16); es decir, *“es frecuente que el legislador use a las víctimas, aludiendo a sus deseos y necesidades, para crear esta política penal coercitiva”* (Mateos Castels, 2017: 5).

La tendencia punitiva puede ser una interpretación de los políticos a los reclamos victimales, como nos dice el mismo autor (Pratt, 2007), sin comprometerse con el resultado efectivo en el plano de la realidad, con un abordaje más de índole discursivo que, no obstante, genera desarticulaciones sistémicas y conflictos potenciales. Las tensiones que se producen a partir de la sanción normativa apuntalada por estos motivos en detrimento de intenciones de mejora de los sistemas, se ubican en diversos segmentos, pero, en el caso que nos convoca, creemos que éstas se pueden evidenciar con nitidez al nivel de la justificación, donde, además, reviste especial gravedad, pues no debemos perder de vista que estamos ante los argumentos que legitiman al estado para blandir la espada.

Si bien las perspectivas humanistas son las que se destacan en los discursos de justificación de la prisionización, acordamos con Pueyo (2015) que en el estudio de éstos se advierte una dialéctica que configura un precario equilibrio entre, por un lado, las posiciones que mantienen la defensa de los fundamentos resocializadores y rehabilitadores y, por el otro, las que asumen la punición como un medio para la corrección del infractor y la evitación de este tipo de

conductas. La historia ha demostrado que los mayores abusos se han dado precisamente durante la etapa de aplicación de las penas (Ferrajoli, 2007), donde la tortura y las vejaciones han sido prácticas habituales, luego abandonadas, al menos en los relatos respecto a las motivaciones de encarcelar a individuos, para dar lugar a espacios donde se gozan de ciertas garantías, incluso de raigambre constitucional. Empero, las presiones sociales de dar respuestas céleres, la superposición que suele darse entre estrategias preventivas y la prisión y una miríada de causas que han de ser dilucidadas, producen una paradoja, puesto que generan un estado que permite a los decisores suspender la operatividad de ciertas garantías, para dar lugar a prácticas que no serían posible si éstas se mantendrían activas, produciendo una fragmentación de la legislación que se traduce en un estado de excepción o emergencia (Ferrajoli, 1999), que tiende a la perpetuidad; es decir, que se rigidiza y que desconoce que “siempre invoca una necesidad que no conoce ley ni límites.”

*“La estricta medida de la necesidad es la estricta medida de algo que no tiene límites , porque los establece el mismo que ejerce el poder”* (Zaffaroni, 2006: 18). En este estado de excepción, no obstante, existen ciertos reductos inalterados, en especial los que están al servicio de los intereses de los poderosos, por lo que la novedad de la urgencia debe convivir con el mantenimiento de las estructuras que dan forma a los sistemas; la confiscación del conflicto a la víctima por parte del poder público se encuentra en este armazón estructural y no se suspende por la excepción, no siendo capaces los matices que se introducen de disimular la esencia confiscatoria y mucho menos cancelar este rasgo esencial (Zaffaroni, 2006).

Este enfoque es el que permite analizar la reforma, teniendo en cuenta que parecen surgir de un estado de excepción que confronta con el modelo de garantías hacia el imputado, recuperando la noción de víctima en un proceso que, sin embargo, sigue estructurado a partir de la expropiación del conflicto por parte del Estado y la resolución del mismo a través del poder punitivo; tal como nos dice Macedonio Hernández (2009) *“cuando el Estado asume la venganza para sí, la víctima fue olvidada en el procedimiento respectivo, lo cual indica que*

*los métodos utilizados para hacer efectiva la reparación no fue suficiente, y la principal demanda de las víctimas de los delitos quedó en segundo término, incluso fue olvidada dentro del procedimiento penal*". En otras palabras, parece que el arco de posibilidad que abre la demanda de la víctima es reconocido por el legislador que le concede el derecho de participar de un proceso en el que su rol sigue siendo retaceado y supeditado a los intereses del poder punitivo.

Una variable destacada, pues tiene especial relevancia en la previsión de quienes pueden ser las víctimas, es la del principio de selectividad que, tal como hemos expresado, puede ser aplicado a las víctimas, a partir del descubrimiento de que los índices de victimización se reparte con tan poca justicia como los de criminalización (Zaffaroni, 2012). Esta consideración, que se complementa con el reconocimiento del recorte que realiza el decisor respecto a las acciones a perseguir, son las herramientas de estudio que nos permiten entender quiénes son las víctimas a las que se pretende invocar para que expresen su opinión. Esta capacidad del poder punitivo de seleccionar las acciones a condenar, produce una gran cantidad de efectos, motivo por el cual, como estrategia para matizarlos, los modelos de resolución de conflictos fueron ampliándose de acuerdo a diferentes vertientes teóricas, algunas de las cuales incluso proponen dismantelar ese sistema confiscatorio, ya que solo extraído el conflicto de las garras del estado, se podrá empezar a pretender que los efectos positivos que le atribuyen a su resolución puedan llegar a impactar en la víctima, como actor relevante.

Siguiendo a Zaffaroni (2006), la capacidad de expropiar el conflicto le dio al estado un gran margen de decisión sobre los conflictos, por lo que la víctima mantiene, mientras la solución surja del poder penal, un rol pasivo, como testigo de la decisión tomada por un otro legitimado. Las perspectivas que suelen alinearse tras el rótulo de abolicionistas cuestionan esta posibilidad por parte del Estado, pero no debe incurrirse el error de superponerlas totalmente, dado que si bien algunas miradas sostiene que la forma de oponerse a la expansión del aparato del dolor es moviéndonos en el sentido contrario (Christie, 2004:158) las posturas no están exentas de matices.

Las tradiciones abolicionistas tienen el mérito de haber puesto en tensión la expropiación del conflicto, mediante la expresión de los efectos que produce sobre la víctima y de haber robustecido las posiciones que sostienen que la selección de criminalizar implica un recorte que transmite mensajes respecto a la posición del poder, mucho antes que de los intereses ciudadanos (Christie, 2004). Por otra parte, los vocabularios de estos autores habilitan una vía de ingreso para otros mecanismos de solución de conflictos que entronizan las necesidades de la víctima, reduciendo el poder punitivo, única vía para lograr un cambio efectivo en las prácticas que no respondan a esfuerzos cosméticos. Algunos de sus postulados pueden valer para pensar otros caminos en los que la víctima sea reconocida en toda su extensión y no como mera invitada a un proceso que sigue sosteniendo un poder público muchas veces cuestionado.

Las claves teóricas desarrolladas, aunque insuficientes, ponen en evidencia que existe un universo de propuestas que han de ser consideradas a la hora de pensar el reingreso de la víctima, que no pueden resumirse a la mera consideración positiva o negativa de esta situación, sino más bien pensarla en toda su extensión, tanto desde el punto de vista teórico como desde su traducción práctica.

### **III. Reflexiones Finales**

Con base en todo lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que la incorporación de la víctima a la etapa de ejecución penal no se da de manera incontrovertida, sino más bien en un contexto de tensiones a los que hemos buscado referir.

En el trámite de reflexiones ulteriores se impone como necesario deslindar las dinámicas que gestaron la reforma de sus consecuencias en concreto, toda vez que la dimensión de los discursos y de los efectos, si bien unidos en origen, transitan diferentes derroteros.

En lo referente al contexto de irrupción de la reforma se reconocen presiones externas que los legisladores han propendido a responder mediante la sanción de una norma que había empezado a discutirse antes pero que se abrió paso a partir de las lecturas de los congresistas

del contexto. En este sentido, los movimientos sociales que buscan soluciones más de fondo sentaron la posición de que no era un camino útil más las necesidades de mostrar acción pudieron más, incluso bebiendo de algunos de los reclamos de dichos colectivos que no se vieron representados en dicho uso.

Por otro lado, la palabra que define la posición de la víctima es *opinión*, lo que es una respuesta ambigua, que no confronta de manera directa con la capacidad del Estado de resolver pero produce una incorporación parcial con trascendencia tenue en el devenir de la etapa donde se realiza la convocatoria. A pesar de que se parte del supuesto de que es un opinión, el incumplimiento del juez de la convocatoria a la víctima se transforma en una falta grave, lo que puede ser considerado un esfuerzo por reconocer a la víctima, mediante la adenda de nuevas obligaciones.

Es evidente la naturaleza anfibológica de la reforma al obligar al juez a convocar a la víctima para que exprese una posición que asume la condición de opinión, aunque quizás no sea más que la única incorporación posible en las modalidades resolutorias de los procesos penales en la actualidad. El Estado sigue siendo quien define las soluciones y, por lo tanto, quien evalúa los efectos producidos por la misma, pero se empieza a reconocer, de manera inestable, el rol que debe desempeñar la víctima en términos de legitimidad del proceso y la posibilidad de construir modelos victimales que no respondan a las tradicionales consideraciones de venganza e irracionalidad.

De la mano de las teorías abolicionistas irrumpen estrategias restaurativas que buscan empezar a disputar la punición como acto reflejo del sistema penal, introduciendo otros modelos resolutorios en los que la víctima abandona su rol pasivo y acciona de manera directa en la búsqueda de soluciones; en estas nuevas modalidades el fenómeno expropriatorio se suspende, poniendo la solución al conflicto penal en línea con la voluntad de reparar el interés de la víctima antes que el del propio Estado. La víctima, mientras el Estado sea el resolutor, solo podrá ser convocada a los efectos de expresar opiniones, pues en el sistema de enjuiciamiento moderno la autoridad de poner fin al conflicto penal sigue estando en manos del Estado, quien es el intérprete de la

voluntad de la víctima y quien defiende el interés general. Es en este plano donde debe tomarse la posición que traerá aparejada la incorporación o no de la víctima al proceso, toda vez que mientras se mantenga el andamiaje iusfilosófico que sustenta el modo actual de resolver conflictos penales será el propio Estado el que mediatice y armonice el interés particular de reparación con la consolidación de su propia autoridad puesta en vilo.

El devenir del presente texto pretende ser un esfuerzo por salir de las posturas maniqueas, aportando claves de interpretación de un problema antes que soluciones totales para zanjarlo. Si quien se asoma a estas líneas logra descubrir que la incorporación de la víctima al proceso penal, en este caso a la etapa de ejecución, es un fenómeno signado por diferentes posturas, que trasuntan luces y sombras, el objetivo del mismo estará cumplido.

## Bibliografía

- **ALVERO**, José Luis (2017). La nueva ley de ejecución de la pena privativa de la libertad: ¿Fin de la Puerta Giratoria?. Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/12/doctrina46112.pdf>.
- **CHRISTIE**, Nils (2004) Una sensata cantidad de delito. Buenos Aires, Argentina.. Ediciones Del Puerto.
- **CHRISTIE**, Nils (1993) La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Del Puerto.
- **FERRAJOLI**, Luigi (2007) Derecho y dolor. Isonomía, 27, 195-204.
- **FERRAJOLI**, Luigi. El derecho como sistema de garantías. Nuevo Foro Penal, 60, 59-75.
- **FIGARI**, Rubén y **HERRERA**, Hernán (2017) Análisis crítico sobre las reformas a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375 (B.O. 28/07/2017). Disponible en <http://www.rubenfigari.com.ar/analisis-critico-sobre-las-reformas-a-la-ley-deejecucion-de-la-pena-privativa-de-la-libertad-introducidas-por-la-ley-no-27-375-b-o-28072017/>
- **GOLDSTEIN**, Abraham (1982). Defining the role of the victim in criminal prosecution. Mississippi Law Journal, 52(3), 515-562
- **GUILLAMONDEGUI**, Luis Raúl (2005) Los principios rectores de la ejecución penal. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. 12, 1104-1118.
- **MACEDONIO HERNÁNDEZ**, Carlos (2009). "Breve análisis del origen y evolución de la víctima en el Derecho Penal". *Revista jurídica Tohil*. Núm. 25. Recuperado de: <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/origenyevolucion.pdf>
- **MATEOS CASTELL**, Nuria (2017). El papel de la víctima en la fase penitenciaria. *Trabajo Final de Grado*. Universitat de Girona, Girona. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/153360535.pdf>
- **NISTAL BURÓN**, Javier (2015). "La participación de la víctima en la

ejecución penal. Su posible incidencia en el objetivo resocializador del victimario". *Diario La Ley*, núm. 8555, pp.1-8. Ed: La Ley.

- **PRATT**, Jhon (2007) *Penal Populism*. Londres, Reino Unido. Routledge, Taylor and Francis Group.

- **PUEYO**, Antonio Andrés (2015) ¿Prisiones de Ikea?. Disponible en: <http://laspersonasonlaclave.blogspot.com/2015/01/prisiones-de-ikea-el-complejo-problema.html>

- **ZAFFARONI**, Raúl Eugenio (2006) *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina. Edear Editorial.

- **ZAFFARONI**, Raúl Eugenio (2012) *Delincuencia Urbana y Victimización de las víctimas*. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, 9, 1-12.

Estrella Jorgelina Moreno

### **Pandemia y prisión domiciliaria**

El tema del otorgamiento de prisión domiciliaria durante la pandemia del COVID-19<sup>22</sup> a personas privadas de libertad, ya sea procesadas o condenadas, ha sido ampliamente debatido en los medios de comunicación, en general con una alta dosis crítica a las decisiones judiciales favorables.

Creemos que ese enfoque crítico ha omitido todo análisis y evaluación sobre el verdadero rol del Estado en relación a las personas que han sido encarceladas, los compromisos y las responsabilidades internacionales que le competen en cuanto integrante del sistema interamericano de Derechos Humanos, la realidad carcelaria actual, el hacinamiento y las recomendaciones de los organismos internacionales a nivel mundial para abordar esta situación así como los remedios que intentaron ante la emergencia sanitaria mundial otros países.

Por ello abordaremos estos tópicos, con el objetivo de demostrar que es tarea de los jueces en esta etapa de emergencia evaluar favorablemente la aplicación, en cada caso concreto y con respeto al debido proceso, de medidas no privativas de libertad, o en otras palabras de medidas alternativas a la prisión preventiva o a la ejecución de la pena tras las rejas.

### **El rol de garante del Estado respecto de las personas privadas de libertad**

Sabido es que "...las personas detenidas conservan todos sus derechos de los que no los priva su condición. La pena reside solamente en la privación de la libertad y no en el cese de otros derechos fundamentales"<sup>23</sup>, debiendo recibir las mismas un trato humano y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Principio I de los

---

<sup>22</sup> Declarada por la Organización Mundial de la Salud del 11/03/2020

<sup>23</sup> Cámara Federal de Casación Penal- Sala de ferias -FGR  
10014/2014/TO1/11/2/1/CFC3

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas).

Sintéticamente, el único derecho afectado de quienes están privados de libertad es el de la libertad ambulatoria.

En este sentido el sistema interamericano de derechos humanos ha establecido que los Estados se encuentran en una posición especial de garante de todos los derechos de las personas que se hallen bajo su custodia<sup>24</sup>, y conforme lo establece el Principio I citado se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Claro está que las personas en contexto de encierro tienen el derecho a la salud que está intrínsecamente ligado al derecho a la vida (numeral 3 de la Declaración de los Derechos Humanos) y que es el Estado el responsable de garantizarlo como lo establecen las Reglas de Mandela (Regla 24.1).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su comunicado de fecha 31 de marzo de 2020 le recordó a los Estados ese especial rol de garante que han asumido y a cuyo cumplimiento está obligado nuestro país en virtud de estar integrado al sistema interamericano de derechos humanos.

*Así expresó “Conforme con lo establecido en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, la CIDH recuerda a los Estados que toda persona privada de libertad bajo sus jurisdicciones tiene derecho a recibir un trato humano, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos fundamentales, en especial a la vida e integridad personal, y a sus garantías fundamentales, como lo son el acceso a las garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades. Los Estados se encuentran en una especial condición de garante frente a las personas privadas de libertad, lo cual implica que deben respetar la vida e integridad personal de ellas, así como asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Así, los Estados están*

---

<sup>24</sup> “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas”  
[http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA\\_SPA.pdf](http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf)

*obligados a realizar acciones concretas e inmediatas para garantizar los derechos a la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad, en el marco de la pandemia.”*

Sin embargo, frente al profuso marco normativo constitucional y convencional que protege los derechos de quienes están en prisión, lo cierto es que las cárceles en toda Latinoamérica y en nuestro país no se encuentran en condiciones para asegurarlos.

El Dr. Daniel Erbetta en la conferencia “Personas privadas de libertad y COVID-19” organizada por la Corte IDH <sup>25</sup> (en adelante: la conferencia) habló de un “divorcio” de magnitud superlativa entre el reconocimiento de derechos y la realidad. Sostuvo que la propia elaboración de las 100 Reglas de Brasilia en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana evidencian ese “divorcio” entre la proclama de derechos y la operatividad de los mismos, señalando que en alguna medida es responsabilidad de los jueces, fiscales y defensores y de otras agencias estatales.

### **Vulnerabilidad al contagio del COVID-19 en contextos de encierro: una cuestión de salud pública**

Las personas privadas de libertad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad al contagio del COVID-19 comparadas con la población en general, dado que viven en espacios confinados con muchas otras personas por períodos de tiempo prolongados. Así también enfrentan otros factores que aumentan su riesgo ante el COVID-19, como el encontrarse en peores condiciones de salud y contar con un sistema inmunológico debilitado debido al estrés, malnutrición o por la prevalencia o coexistencia de otras enfermedades como la tuberculosis u otras enfermedades virales sanguíneas, afirmó la Organización Mundial de la Salud. <sup>26</sup>

<sup>25</sup> Primer Webinar: Personas privadas de libertad y COVID- del Ciclo de Conferencias Interamericanas organizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
[https://www.youtube.com/watch?v=vwBYGc7D\\_jY](https://www.youtube.com/watch?v=vwBYGc7D_jY)

<sup>26</sup> Oficina Regional para Europa de la OMS “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention interim guidance. 15 de marzo 2020.

La vulnerabilidad “per se” al contagio del COVID- 19 de los privados de libertad, es decir por la sola razón del encierro, es compartida por la Guía Práctica de la OEA, por las Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura <sup>27</sup> y por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) <sup>28</sup>.

Pero a este factor se le suma el grave problema que afecta a todas las cárceles de la región y a nuestro país, el hacinamiento.

Tal como lo afirma la Guía Práctica de la OEA el hacinamiento propicia la propagación de enfermedades, dificulta el acceso a los servicios básicos y de salud de las cárceles y constituye un factor de riesgo para la ocurrencia de calamidades, agregando que la separación física y el auto-aislamiento de estas personas en las condiciones en que viven son prácticamente imposibles, así como las recomendaciones de higiene y lavado de manos.

Así, la Guía de la OMS entiende que el ámbito de las prisiones y contextos similares pueden actuar como fuente de infección, amplificación y propagación de enfermedades infecciosas dentro y fuera de las mismas y por ello entiende que la respuesta al COVID-19 es particularmente compleja y requiere de un enfoque integral porque:

- La transmisión generalizada de un virus que afecta a la comunidad en general representa una amenaza de introducción del agente infeccioso en las cárceles y otros lugares de detención.
- Es probable que una mayor transmisión de la enfermedad dentro de esos establecimientos tenga un efecto amplificador sobre la epidemia, multiplicando rápidamente el número de personas afectadas.
- Es probable que no sean exitosos los esfuerzos para controlar COVID-19 en la comunidad si la prevención y el control de infecciones, tratamiento y atención no se llevan a cabo en las cárceles y otros lugares de detención.

---

<sup>27</sup> Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura a los Estados Partes y Mecanismos Nacionales de Prevención relacionados con la pandemia de Coronavirus (adoptado el 25 de marzo de 2020)  
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/AdvicesToNPMS.aspx>

<sup>28</sup> El Sistema Penitenciario Ante La Encrucijada Producto De La Crisis Provocada Por El Covid-19 -ILANUD  
[https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/ILANUD%20COVID-19%20\(1\).pdf](https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/ILANUD%20COVID-19%20(1).pdf)

- La coordinación y colaboración entre los sectores de salud y justicia son primordiales para la salud de las personas en dichos establecimientos.
- Las personas privadas de la libertad pueden reaccionar de forma diferente a otras medidas restrictivas impuestas sobre las mismas.

### **Hacinamiento- Algunos datos y jurisprudencia actual**

En el año 2016 en Argentina había un exceso de población carcelaria de 9.151 personas <sup>29</sup>, a fines de 2018 había aproximadamente 103.000 personas privadas de libertad lo que representa un crecimiento exponencial respecto de las 31.600 que había en 1998 y las 54.000 en 2008, encontrándose más de la mitad de esa población en la Provincia de Buenos Aires, hubo una curva ascendente en 2016 cuando la tasa de 176 privados de libertad cada 100.000 habitantes ascendió a 213 a fines del año 2018.

De esas cifras el 60 por ciento están encerradas cautelarmente, es decir sin condena. Aproximadamente un 13 por ciento están vinculados a homicidios dolosos y en alguna medida culposos, otro 13 o 14 por ciento aproximadamente a agresiones sexuales y la mayoría con delitos contra la propiedad.<sup>30</sup>

En nuestra provincia el exceso aproximado actualmente es de 1000 personas en los diversos establecimientos.<sup>31</sup>

En la Alcaldía local se alojan un promedio de 80 personas en este último período siendo el cupo administrativo reconocido judicialmente de 46.

En los últimos días, el 3 de junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha expresado que *“históricamente la sobrepoblación carcelaria ha constituido un problema que ha sido repetidamente condenado por los Tribunales Internacionales y los Superiores Tribunales de diversos países americanos, incluso antes de que se presente la pandemia del COVID-19. De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el año 2018 que si bien toda pena privativa de libertad y cualquier privación de libertad*

<sup>29</sup> Según el informe de ILANUD (referido en la cita 6)

<sup>30</sup> Conferencia del Dr. Daniel Erbetta (Webinar cita 3)

<sup>31</sup> Resolución N.º 29/2020 del SPPDP

*-aún a título preventivo o cautelar- conlleva necesariamente una cuota de dolor o aflicción inevitable, ésta se reduce básicamente a las inevitables consecuencias de la limitación ambulatoria de la persona, a la necesaria convivencia impuesta por una institución total y al respeto a los reglamentos indispensable para la conservación del orden interno del establecimiento. Sin embargo, cuando las condiciones del establecimiento se deterioran hasta dar lugar a una pena degradante como consecuencia de la sobrepoblación y de sus efectos comprobadamente negativos, el contenido aflictivo de la pena o de la privación de libertad preventivas se incrementa más allá del límite de pena impuesta o de las circunstancias que justifican la privación cautelar de la libertad (resolución de medidas provisionales respecto de Brasil en el “INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO”, fallo del 22.11.2018, párrs. 91/92).”<sup>32</sup>*

El fallo da cuenta del consenso jurisprudencial existente a nivel internacional respecto de la solución propuesta frente al hacinamiento que es la despoblación carcelaria, con base en criterios convencionales y constitucionales debidamente fundamentados.

En especial respecto de la pandemia del coronavirus reseña las recomendaciones de la OMS, de la CIDH, del portavoz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (comunicado CP-27/2020) e incluso el “Angelus” del domingo 29 de marzo de 2020 en el que el máximo líder de la Iglesia Católica, el Papa Francisco, se refirió a la vulnerabilidad a la pandemia de quienes están obligados a vivir en grupo pidiendo a las autoridades sensibilidad ante el problema y la adopción de las medidas necesarias para evitar una tragedia; determinando que *“...en la particular situación de pandemia que se vive actualmente, es más categórica aún la necesidad de evitar la sobrepoblación, de manera que en la medida en que el Estado no*

---

<sup>32</sup> CUIJ 21-00512856-8 “HÁBEAS CORPUS COLECTIVO Y CORRECTIVO-RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CARPETA JUDICIAL: “HABEAS CORPUS COLECTIVO Y CORRECTIVO EN FAVOR DE TODAS LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN LAS CÁRCELES DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL Nro.2 (UNIDADES PENITENCIARIAS III, V, VI, XI)”- (CUIJ 21-07005347-8 S/QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD) (Del Voto del Dr. Erbetta).

*pueda garantizar la despoblación en la Unidad Penitenciaria de Piñero con traslados a otros centros de detención, se requieren no sólo medidas firmes de prevención y control de infecciones, pruebas, tratamiento y atención adecuados para prevenir la pandemia, sino también de la reducción de la cantidad de privados de libertad...debe considerarse la adopción, en el ámbito jurisdiccional, y previo análisis de cada caso en particular, de medidas alternativas a la privación de libertad, tanto en la etapa de investigación y juicio, como en la de condena y ejecución de pena.”*

**Reducción de la población carcelaria - Recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos en el marco de la pandemia respecto de las personas privadas de libertad**

En este marco la CIDH en el comunicado de fecha 31 de marzo instó a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia, manifestando su profunda preocupación por las precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos, haciendo hincapié en las personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmunosuprimidos, pacientes oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros. Dijo también *“Esta coyuntura exige a los Estados un gran esfuerzo coordinado para descongestionar tanto unidades penitenciarias como comisarías a través de criterios de excarcelación o adopción de medidas alternativas a la privación de la libertad para garantizar la vigencia y goce de los derechos humanos a todas las personas.”*

También hizo un llamado la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet (Acnudh) el 25 de mayo exhortó a los Estados a proceder con la debida urgencia para reducir el número de personas privadas de libertad y a examinar los distintos casos para poner en libertad a las personas especialmente vulnerables al COVID-19, en particular a las personas que tienen más edad y aquellas aquejadas por enfermedades así como también a las mujeres

embarazadas, las personas menores de edad y a los detenidos menos peligrosos.

Las Recomendaciones del Subcomité de Prevención de la Tortura de fecha 25 de marzo de 2020 instaban a los Estados a reducir las poblaciones penitenciarias siempre que fuera posible mediante la implementación de esquemas de liberación temprana, provisional o temporal para aquellos detenidos para quienes sea seguro hacerlo, teniendo en cuenta las medidas no privativas de libertad de las Reglas de Tokio y a evaluar si los casos de detención preventiva son estrictamente necesarios a la luz de la emergencia de salud pública, extendiendo el uso de la fianza salvo para los casos más graves. El Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (C.N.P.T.) también solicitó medidas para descomprimir la sobrepoblación carcelaria.

En tanto ILANUD afirmó que *“La respuesta del Sistema de Naciones Unidas ha sido bastante clara y uniforme en el sentido de que, en el curso de la presente emergencia sanitaria, se debe reducir, en la medida de lo posible, la población carcelaria, ello ante el riesgo de que el covid-19 cause una explosión grave de casos de la enfermedad, en vista de las condiciones de vida en el medio cerrado. Sin embargo, es en extremo importante tener claro que -aparte del deber ético de brindar condiciones de salud buenas a las personas privadas de libertad- protegiendo a las prisiones de un contagio masivo, estamos protegiendo al conjunto de la sociedad, puesto que, tal y como se ha analizado desde hace ya mucho tiempo, lo que sucede dentro de las prisiones en materia de salud, también repercute en lo que acontece extramuros.”*

Además, haciéndose cargo de la encrucijada ante la que se encuentran los sistemas carcelarios frente a la emergencia global en las prisiones de Latinoamérica y el Caribe, que casi siempre están sobrepobladas dificultando el acceso a saneamiento adecuado, considera que para reducir el riesgo de situaciones extremas en la que el COVID-19 haga estragos sobre una población de por sí vulnerable deben tomarse medidas para reducir la cantidad de personas privadas de libertad.

Enfatiza como respuesta posible la puesta en marcha de los mecanismos que se encuentran en las Reglas Mínimas de las Naciones

Unidas sobre las Medidas no Privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Estas medidas sustitutivas del encarcelamiento son aplicables tanto a los condenados como a los procesados *“lo que es de gran relevancia, dado que en Latinoamérica y el Caribe tenemos, además de un uso a veces excesivo de la sanción penal privativa de libertad, poblaciones en prisión preventiva que son absolutamente inaceptables, lo que hace que el componente de indiciados tenga demasiado peso en el conteo global de las personas privadas de libertad”*.

### **Las decisiones judiciales**

Hacer operativas las recomendaciones de los organismos internacionales en este contexto involucra la responsabilidad judicial, que debe tener en cuenta los compromisos internacionales asumidos por el Estado cuyo incumplimiento da lugar a eventuales responsabilidades no sólo del Estado nacional, sino también del propio Estado provincial e incluso de los funcionarios involucrados.

En esta línea se han dictado a nivel nacional, provincial y local resoluciones que otorgaron la prisión domiciliaria, especialmente en el caso de personas pertenecientes al grupo de riesgo y mujeres.<sup>33</sup> Estas resoluciones, además, aplicaron del principio humanitario que debe regir en todas las etapas del proceso penal.

Rafaela, 22  
de junio de 2020

Estrella  
Jorgelina Moreno

---

<sup>33</sup> <http://fundejus.org/wp-content/uploads/2020/04/LIBERTAD-Y-PRISION-DOMIC.-M-ARCO-PANDEMIA.pdf>

Adrian Mauricio Rocca

COVID-19 Y CÓDIGO DE CONVIVENCIA: ¿No usar barbijos es una contravención?

INTRODUCCIÓN

El poder ejecutivo provincial mediante decretos números 270/20 y 304/20 y 328/20 ha adherido a las medidas de “aislamiento social preventivo y obligatorio del gobierno nacional, por todos ya conocidas.

Asimismo el ejecutivo santafecino ha dictado el decreto 347/20 por el cual se dispone el uso obligatorio de máscaras para evitar el contagio entre personas infectadas.

En este contexto el MPA de la provincia de Santa Fe ha advertido que su incumplimiento encuadraría en el artículo 57 del Código de Convivencia, ley 13774.

A partir de dicha situación fáctica el MPA ha recomendado mediante instrucciones, establecer criterios estandarizados y uniformes de actuación fiscal y policial.

Que lo expresado precedentemente tiene el objetivo de intentar reflexionar sobre esta nueva forma de contravención que a partir de decreto provincial y de las instrucciones del MPA podrían caer bajo el aparato punitivo estatal.

En tal contexto, y así como en el inicio de la denominada cuarentena a través del DNU 260/20 habíamos reflexionado que iban a ser conductas sancionadas penalmente el no acatamiento, ( ver diario el departamental San Cristóbal, fecha 18 de marzo de 2020, ‘ Coronavirus y derecho penal’.) lo que posteriormente trajo miles de detenidos por no respetar el aislamiento, (art. 205 CP) con sus respectivas audiencias, procesos penales en marchas y fiscalías especializadas orientadas a la persecución de dicha conducta. Nos queda ahora una tarea similar, que es advertir que el no uso de medidas de protección

en boca nariz y mentón podrían traer como consecuencias la sanción estatal establecida en el artículo 57 Código de Convivencia santafesino.

#### LEY PENAL EN BLANCO, PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Nuevamente la discusión de habilitar poder punitivo estatal, quizás en este tema de menor intensidad -como es sabido teniendo en cuenta las respuestas que el Código de Convivencia santafesino tiene para las acciones allí contempladas- pasa por lo que se denomina en derecho: *ley penal en blanco*.

Dicho esto en torno al artículo 57 del ya nombrado cuerpo legal, el mismo regula la siguiente acción: *“Incumplimientos de mandatos legales, el que por imprudencia, negligencia o impericia no observare una disposición, legalmente tomada por la autoridad por razón de justicia, de seguridad o de higiene será reprimido con arresto hasta quince días o multa hasta tres jus”*.

#### NUEVAS ACCIONES, NUEVAS CONTRAVENCIONES.

En este entendimiento así como en su momento habíamos pensado lo novedoso desde el punto de vista de la persecución penal y del sistema represivo en su conjunto la idea de que a partir de DNU 260/2020 comenzaban a considerarse delitos determinadas acciones que tenían que ver con no respetar el aislamiento por 14 días de determinados grupos de personas, luego extendido a la población en general.

Es conveniente pensar en estos días que mediante resolución del MPA al relacionar el decreto provincial 347/20 con el art. 57 Código de Convivencia pasarán a ser contravenciones las siguientes acciones.

Según decreto recientemente publicado por el poder ejecutivo provincial mediante número 347 de fecha 15 de abril de 2020 se dispone *el uso obligatorio de máscaras para evitar que las personas infectadas transmitan el virus a otras y lo dispersen a las superficies*.

*El artículo 1 del decreto citado dispone: el uso obligatorio de elementos de protección que cubran nariz, boca y mentón durante la realización de actividades o circulación autorizadas en virtud de las excepciones a las*

*disposiciones legales vigentes de aislamiento social, preventivo y obligatorio en los siguientes ámbitos y circunstancias:*

- a) *Vehículos de transporte público de pasajeros, taxis y remises;*
- b) *Para el ingreso y permanencia de los locales comerciales, dependencia de atención al público en reparticiones oficiales, entidades financieras u otros casos en que la misma estuviera permitida, en especial cuando no fuera posible garantizar el aislamiento social, incluida la filas de personas que se formen al efecto;*
- c) *Actividades de entregas autorizadas de productos y a quienes las reciban, en el acto en que se produce la entrega.*

Veamos entonces, a partir del análisis que se hace de dicho decreto y considerando que completa la ley contravencional en blanco del artículo 57 sería una contravención no usar barbijos en las circunstancias mencionadas en el artículo ut supra descripto.

Antes lo dicho vemos el paralelismo existente entre esta situación legal de contemplar como posible contravención, el no uso de barbijos o tapabocas, y el decreto 260/20 y siguientes donde a partir de su publicación era delitos no respetar el aislamiento.

En ambos casos se advierte un denominador común, la *ley penal en blanco*, tanto la penal -art. 205- como la contravencional -art. 57-.

Motivo por el cual es importante a partir de dicho disparador reflexionar si se trata de la misma situación de hecho entre un artículo y otro, para poder pensar nuevamente si se habilita reacción estatal punitiva contra personas que no usan protección de nariz boca y mentón en determinadas actividades.

Para poder hacer dicho análisis conviene ser más preciso en el concepto y contenido de lo que se denomina *ley penal en blanco*.

Cuando el poder ejecutivo nacional mediante DNU 260/2020 completo la ley en blanco del art. 205 del CP hemos manifestado nuestro convencimiento de determinado consenso en cuanto a la constitucionalidad, razonabilidad de su contenido, en tal sentido

recordamos que hemos dicho en breves líneas lo siguiente: Siguiendo a Donna: se entiende por ley penal en blanco aquella que es sólo formalmente una ley, ella solo es el requisito de punibilidad, que requiere la especie y la medida de la pena, lo que vendría a ser la norma de sanción. Pero la concretización de mandato o de la prohibición depende de otra ley, en especial otra disposición legal o un acto administrativo.

El Tribunal Supremo de España ha sostenido que son leyes penales en blanco aquellos cuyos supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente legítima de poder.

El problema de las leyes penales en blanco surge, habida cuenta de que tiene significación constitucional, allí donde la norma que completa el tipo penal proviene de una instancia que carece de competencias penales. En cambio si la autoridad que sanciona la prohibición o el mandato tiene competencia penal, las leyes penales no ofrecen dificultad.

También la discusión se presenta cuando la norma remite a leyes, decretos o reglamentos y además en caso de aceptarse esta remisión, cuáles serán las condiciones que deban tener estas disposiciones que no poseen la jerarquía de leyes.

DE LUCA citando al dictamen del procurador en la causa "SA Automotores Sena, fallo 296:466 dijo: "si bien es principio recibido para el mantenimiento e integridad de nuestro sistema de gobierno que el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo ninguna de las atribuciones o poderes que les han sido expresa o implícitamente conferidos, si puede otorgarle autoridad a fin de arreglar los pormenores o detalles necesarios para la ejecución de la ley, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. En tales supuestos, el Poder Ejecutivo no obtiene una delegación proscrita por los principios constitucionales sino que al contrario, es habitual para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia ( art. 86 inc. 2), cuya mayor o menor extensión depende del uso que la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo.)

Sostiene Donna que en principio habría duda sobre la posibilidad de la delegación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75, inc. 12 CN, habida cuenta de la exigencia de quien debe dictar la ley penal es solo el Congreso de la Nación, de manera que en este aspecto habría una delegación no permitida, ya que ni siquiera entre en los supuestos del artículo 76 que solo habla de materias de administración o de emergencia pública, y con plazo fijado para el ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

Malagarriaga había advertido el problema, las penas, según la Constitución, sólo se imponen por infracciones legales y no son tales las que prevé el artículo, que no se refieran a la ley alguna sino a medidas que puedan adoptar las autoridades competentes, es decir, no solo el Poder Ejecutivo, sino las municipalidades, policiales y aun las técnicas como el Consejo nacional de higiene o ciertos provinciales análogos.

Aguirre Obarrio afirma lo contrario, en primer lugar estas leyes se justificarían debido a una especie de estado de necesidad legislativo, en sus palabras, y en segundo lugar, se trata de una desobediencia que se agrava por las circunstancias y esto no admite el cuestionamiento de su constitucionalidad. Esta es la interpretación de la CSJN, con argumentaciones propias “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que quedan libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo (Donna, parte especial, tomo II C pag.246 y ss).

Sin embargo es dable volver a profundizar sobre dicha temática y repensar si aquello que era razonable en virtud de completar el art. 205 donde el bien jurídico protegido era la salud pública y el objetivo de completar la prohibición tenía como finalidad no introducir o propagar una epidemia, ahora reúne este decreto los elementos y requisitos esenciales requeridos para no volver ilegal la norma.

Profundicemos un poco en el estudio de la *ley penal en blanco* y sus vinculaciones penales y extrapenales: dice Luzón Pena que es frecuente considerar a las leyes penales en blanco a aquella en que su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido o regulado por otra norma extrapenal a la que se remiten.

En cuanto al rango de la norma complementadora o de remisión ( a la que efectúa la remisión la norma remitente), un sector defiende un concepto estricto de la ley penal en blanco, según el cual tal nombre debe reservarse para las leyes penales cuya remisión en una norma de carácter inferior, reglamentario o incluso de acto administrativo de una autoridad y que por tanto suponen una delegación a una autoridad inferior, pues ese es el origen histórico de las leyes penales en blanco – concepto que en Alemania surge para explicar el fenómeno de autorización o delegación de la ley de Reich para los Lander o lo municipios determinarán o complementaran el supuesto de hecho típico de algunos delitos- y precisamente ese supuesto de determinación del supuesto de hecho delictivo por parte de una norma inferior a la ley es el que plantea dudas sobre su compatibilidad con el principio de legalidad.

En cuanto a la admisibilidad constitucional o no de la ley penal en blanco según su compatibilidad o no con el principio de legalidad penal existen varias posiciones, las cuales podríamos resumir en los siguientes criterios: para la doctrina alemana generalmente la considera admisible, en Italia hay mayor discusión, la doctrina española generalmente admite con cierta resignación ese tipo de leyes, argumentando que viene exigidas en ciertos campos por la complejidad técnica o carácter cambiante de la materia y exigiendo en los últimos años, de acuerdo a la posición del Tribunal Constitucional sostiene que el núcleo esencial de la acción prohibida ya esté descrito por la propia ley penal en blanco, aunque algunos autores formulan exigencias adicionales y más estrictas. Pero también existe un sector que sostiene que la técnica de remisión a normas de rango inferior a la ley vulnera el principio de legalidad y es por tanto inconstitucional.

Como adelantamos si bien el Tribunal Español se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad de tal fenómeno de

remisión de leyes penales a reglamentos, admitiendo la “colaboración reglamentaria”, en la legislación sancionadora, que a veces es obligada por la naturaleza de las cosas, siempre que se cumplan con determinados requisitos, así las cosas exigen para su constitucionalidad de las leyes penales en blanco “que el reenvío normativo sea expreso y éste justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Es decir, el recurso a tal técnica ha de ser absolutamente excepcional por resultar estrictamente necesario, imprescindible y no meramente conveniente, para completar la descripción típica (Diego Manuel Luzón Pena, Derecho Penal Parte General, editorial B.de f. Pag. 144 y ss).

Explican Muñoz Conde y Mercedes Aran los siguiente : “según el Tribunal Constitucional –español- para respetar la reserva de la ley en materia penal el núcleo esencial de la conducta punible, su contenido de desvalor respecto de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, debe encontrarse descrito por la ley penal. Si la definición del núcleo esencial del hecho punible se remite al reglamento, la infracción administrativa definida en este se convierte automáticamente en delito, habilitándose con ello a la Administración para legislar en materia penal e infringiéndose la reserva de ley” (Munoz Conde y García Arán, Derecho Penal Parte Gral. Editorial Tirant lo Blanch libros pag. 110 y ss).

De este línea interpretativa seguida por el TC español, podríamos sacar varias conclusiones, en primer lugar si se trata del mismo *bien jurídico tutelado* el regulado por el art. 57 del Código de Convivencia santafecino y el decreto provincial que exige el uso obligatorio de barbijos o tapabocas, en este sentido podríamos pensar la diferencias centrales que existen entre uno y otra norma.

El Código de Convivencia regula una sanción a quienes no respetan una disposición legalmente tomada por la autoridad, dicha contravención está contenida en el Libro III TITULO I denominado: "CONTRA LA AUTORIDAD" por lo que el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la autoridad pública, este artículo está íntimamente relacionado con el artículo 239 del CP que establece lo siguiente. *"será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal"* el cual se ubica dentro del TITULO XI del CP que reprime conductas contra la Administración Pública, cuyo bien jurídico protegido tal cual lo sostiene Creus es "el orden externo impuesto por la conducción administrativa del Estado", a su vez que, Núñez y Donna hablan del "normal desenvolvimiento de la administración".

Por su parte Estrella y Godoy Lemos comentando el artículo dicen: que justamente lo que se pretende proteger en la figura del art. 239 es el libre accionar del funcionario. (Estrella Lemos, Código Penal, Parte Especial tomo 3, Ed. Hammurabi, pag. 407).

Vemos que unas de las acciones reprimidas en el artículo comentado -239 CP- es la desobediencia de una obligación legal, motivo por el cual esta descripción del supuesto de hecho contemplado en la prohibición coincide en su plataforma fáctica con el mencionado art. 57 del Código de Convivencia, cuando expresamente dice: *"no observare una disposición, legalmente tomada por la autoridad"*.

Claramente se tratan de una misma situación de hecho o acciones, en ambos cuerpos legales que tienen que ver con no observar o desobedecer una disposición legal de autoridad, la diferencia entre ambos artículos y quizás el fin de regularlos en diferentes espacios jurídicos, -penal y contravencional- es que justamente las conductas contemplada en el art. 57 del código de convivencia es una acción culposa, sin embargo la reacción estatal no deja de ser importante en ambos códigos, ya que se parte de un arresto de 15 días al posible infractor.

Si advertimos de esta manera, que en los artículos analizados, el bien jurídico tutelado o protegido es el correcto funcionamiento de la autoridad, vemos que no coincide el *bien jurídico* que surgiría en el decreto provincial al regular el uso obligatorio de medidas de protección facial, ya que claramente esta supuesta norma que hipotéticamente complementaría la ley penal en blanco del art. 57 –código contravencional- protege como es sabido la salud pública.

Razón de lo antes dicho al atender o proteger bien jurídicos distintos (art. 57 CC y decreto provincial 347/20) no estaríamos cumpliendo con las exigencias mínimas requerida por la doctrina y la jurisprudencia más destacada a la hora de poder justificar la *ley penal en blanco*, dado que falta una norma que la complemente expresamente en el mismo bien jurídico tutelado, en el caso que nos ocupa sería la salud pública.

Remisión expresa:

Asimismo debemos apuntar que en relación al decreto provincial a la hora de completar la norma contravencional, no realiza una *remisión expresa* al Código de Convivencia, motivo por el cual es solo la decisión o interpretación de MPA en encuadrar dicha prohibición de índole administrativa en el art. 57.

Esta situación es totalmente diferente cuando pensamos y avalamos la constitucionalidad del decreto 260/20 y siguientes que también recordemos completaba una *norma penal en blanco* (art. 205 CP), en este decreto del ejecutivo nacional expresamente menciona que dichas conductas prohibidas iban a encuadrar en el art 205 del CP, y tanto la descripción normativa de hecho conteniendo la conducta prohibida en el art. 205 como los siguientes DNU nacionales todos tenían un objetivo único que era el de proteger el bien jurídico salud pública.

Conteste con este pensamiento se expresa Buompadre, al decir “*que la remisión que hacen los decretos del ejecutivo nacional 260/297 del 2020 a los citados artículos del Código Penal es relativamente correcta, por las siguientes razones...el delito que se comete en estos casos-como bien se anuncia en dicha normativa- es el que está previsto en el artículo 205 del Código penal, esto es, la “violación de medidas*

*anti epidémicas”, consistente en “violar las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”, infracción que tiene una pena de prisión de seis meses a dos años”.*

Distinta es la situación del presente comentario ya que el decreto provincial no completa la norma del art. 57 del Código de Convivencia, sino que tiene una situación de hecho prohibitiva autónoma y diferente de dicho cuerpo legal.

Como consecuencia de lo anterior también es necesario reflexionar en dónde está el núcleo esencial de la conducta prohibida, si en la acción que describe el 57 del CC mediante la disposición “no observare una disposición legalmente tomada por autoridad por razón de justicia, de seguridad o de higiene” o en el la plataforma fáctica del decreto provincial cuando describe la conducta prohibida disponiendo el uso obligatorio de máscaras para nariz, boca y mentón.

Por lo que sostenemos que el decreto 347/20 provincial contiene una prohibición de hecho independiente de otras normas por lo que considerar que este decreto es complemento de *una ley penal en blanco* del código de convivencia es inconstitucional dado que hace a la administración pública generadora de normas penales, lo cual es violatorio a la división de poderes y al principio de reserva y legalidad penal.

Por último también nos parece incorrecto asociar al decreto 347/20 como complemento de *norma penal en blanco* cuando entre ambas difieren en cuanto al contenido dogmático de las acciones, es decir en art. 57 CC regula una acción culposa, al decir *“el que por imprudencia, negligencia o impericia no observare una disposición...”*

Sin embargo el decreto manda a sancionar una conducta dolosa, a saber intención más voluntad de querer ese obrar, es decir de no querer usar elementos de protección facial.

DOLO E IMPRUDENCIA:

Concretamente y en breve síntesis la norma puede ser dolosa o culposa, por lo que corresponde distinguir: a) un delito es doloso cuando en el momento del hecho, el autor sabe que está realizando la conducta típica, y es culposo cuando el autor no sabe que está realizando el comportamiento típico, pero lo comete por falta de cuidado.

En un escenario más teórico se consideró que para poder caracterizar una conducta como dolosa no bastaba con que el autor hubiera conocido los elementos del tipo objetivo, sino además que hubiera querido realizarlo.

Se aprecia así, que la voluntad de realizar el tipo objetivo era lo que permitía distinguir entre delitos dolosos y culposos, ya que lo que caracterizaba a los primeros era una completa coincidencia entre lo realizado y lo querido, es decir entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El delito culposo en cambio era caracterizado por la ausencia de finalidad delictiva. (Esteban Righi, Derecho Penal Parte General, Ed. Abeledoperrot. Pag. 270 y ss).

En cuanto a la forma culposa contenida en el C.C. (art. 57) que reprime a quien *“por imprudencia, negligencia o impericia no observare una disposición legalmente tomada por la autoridad...”*

Estas formas comisivas tienden a describir comportamientos imprudentes: que supone la ausencia de cordura y sobre todo falta de reflexión. El imprudente realiza una conducta que las reglas de la prudencia y del buen tino indican no hacer, en definitiva en la imprudencia el sujeto hace lo que no debe hacer.

Respecto de la negligencia, como forma de culpa contemplada en el art. 57 C.C., consiste en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen una conducta solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso, la negligencia es mirar con indiferencia o desidia, siendo un defecto de atención y de voluntad. Se ha reiterado por la doctrina y la jurisprudencia que el negligente hace menos de lo que la normal diligencia exige.

Por último la impericia debe producirse en el desempeño de la actividad o profesión que constituye el medio de vida del sujeto. Toda profesión o arte ha de ser ejercido según determinadas reglas dictadas por la ciencia o la práctica. La impericia debe ser considerada como una insuficiente preparación o ineptitud en la profesión o en el arte, pero teniéndose en cuenta que esa inhabilidad debe referirse al momento en que se realiza el hecho ( Alejandro Tazza, Código Penal Comentado, parte especial tomo 1, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 137 y ss).

Estas diferencias llevan al absurdo algunas cuestiones de la práctica diaria, ya que al presunto infractor le bastaría con manifestar su clara intención y voluntad (elementos del dolo) de no usar máscaras de protección de nariz, boca y mentón, para no quedar encuadrado en el art. 57 CC y su posible sanción de 15 días de arresto o multa, ya que la acción típica descrita en el mencionado cuerpo legal es culposa es decir para que estén contemplados en la contravención, la personas que no lleven o usen barbijos tiene que haberse olvidado o descuidado o haber sido negligente o imprudente en el no uso del mismo para que sea sancionado contravencionalmente.

### CONCLUSIONES

Habiendo transitado por varios de los institutos mencionados precedentemente, concluimos que no sería posible encuadrar la obligación provincial de usar elementos de protección facial con una posible contravención, en virtud de las siguientes consideraciones:

En primer lugar el decreto provincial no hace remisión alguna al artículo 57 del Código de Convivencia; a diferencia de los decretos 260 y 297/2020 que si hace referencia al art. 205 CP;

El núcleo fáctico de la prohibición del decreto 347/20 no tiene vinculación con la acción típica del art. 57 CC: sino que contempla una situación de hecho propia, por lo que utilizarlo como complementaria de una *ley penal en blanco* convierte al ejecutivo provincial como generador de norma penal o contravencional en este caso, prohibido por mandato constitucional ;

Ambos cuerpos normativos regulan bienes jurídicos distintos, a nivel nacional, la salud pública, ya que es consecuencia de los DNU 260/20 y siguientes y a nivel provincial, el art. 57 CC la administración pública.

Por último, también es significativa las diferentes conductas reguladas en las normas analizadas, ya que mientras el código contravencional contempla una acción culposa, el decreto provincial remite a una acción dolosa.

Por lo expuesto sostenemos que el no uso de protección de boca, nariz y mentón de determinadas actividades y personas contempladas en el decreto provincial -347/20- si bien puede generar distintos tipos de respuestas o sanciones de diferentes órdenes y niveles administrativos, nunca podría encuadrar en una acción contravencional de acuerdo al artículo 57 del Código de Convivencia.

No obstante lo antes dicho que seguramente no deja de estar en el plano de lo ideológico y siempre será en última instancia la decisión jurisdiccional la que pueda resolver el conflicto partivo, el MPA de la provincia ha instruido al personal policial y sus fiscales en toda la provincia para perseguir el no uso obligatorio de dichas máscaras como una contravención, motivo por el cual es importante tener en cuenta que en esta provincia los fiscales, y la policía –como órgano delegado - podrá perseguir contravencionalmente a personas que no cumplan con el uso de barbijos en las condiciones y actividades precedentemente descriptas tal cual ha sucedido desde el inicio del denominado *aislamiento social preventivo y obligatorio*, respecto de personas que no respetaban la prohibición de circulación.

Mario Javier Guedes (1)

*Algunas cuestiones sobre el ofrecimiento de prueba y los alcances de la decisión judicial sobre su admisibilidad.*

El llamado “procedimiento intermedio” en nuestro proceso penal santafesino tiene, como comúnmente se afirma, dos funciones esenciales: *controlar la acusación y preparar el juicio*.

Precisamente, la segunda de estas funciones se refiere –en gran medida– a una actividad propia de esta etapa intermedia: el *ofrecimiento de prueba*, el acto por el cual las partes ofrecen los medios de prueba que producirán durante el debate y con los que pretenderán acreditar la existencia de hechos controvertidos.

Las numerosas modificaciones introducidas al Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe por la Ley 13.746 (B.O. 16/02/2018) trataron de subsanar aspectos que, tras cuatro años de vigencia de este nuevo sistema de enjuiciamiento, se mostraban como problemáticos. Entre ellos, precisamente, cuestiones relativas al ofrecimiento de las pruebas para el debate y a los alcances de la resolución judicial que las admite.

1. Ofrecimiento de prueba. Oportunidad y forma.

Conforme la redacción original de nuestro digesto procesal, la prueba para el debate se debía ofrecer durante la audiencia preliminar, oportunidad en la que las partes tenían que presentar la “lista de testigos, peritos e intérpretes” que deseaban convocar, y acompañar los documentos de los que pensaban servirse o bien indicar donde se encontraban los mismos (art. 299, t.o. Ley 12.734).

Esta disposición fue objeto de críticas, dado que:

- Para las partes, esto implicaba tomar conocimiento de la prueba de la contraria recién durante el desarrollo mismo de la audiencia, por lo que analizar recién allí la pertinencia y relevancia de esa prueba –y en su caso, oponerse a la misma– demandaba un mayor esfuerzo;
- Para el juez, el análisis de la pertinencia y relevancia de la prueba en gran medida estaba condicionado por el contradictorio provocado entre las partes, que son quienes conocen el caso. Si ese debate no se producía, generalmente no existía una decisión fundada sobre este punto y se admitía mecánicamente la prueba ofrecida.

A nivel práctico, esta metodología provocaba a menudo demoras en el desarrollo de la audiencia o suspensiones por pedidos de las partes, para poder ejercitar correctamente su derecho de defensa.

En la redacción actual del art. 299 CPP (según Ley 13.746), quedan marcados claramente dos momentos: un primer momento *escrito*, donde las partes en forma previa a la audiencia preliminar ofrecen las pruebas para el juicio, mencionando los hechos o circunstancias que con ellas pretenderán acreditar. Y otro momento *oral*, que permite el contradictorio que eventualmente puede darse durante la audiencia preliminar sobre la admisibilidad de esa prueba.

De este modo se asegura un adecuado desarrollo de la función de “preparación de juicio”, ya que se mejora el tratamiento de la cuestión: al conocer en forma previa a la audiencia preliminar la prueba de la contraria, cada parte puede elaborar de antemano sus estrategias y, en su caso, controvertir mejor la pertinencia de aquella prueba. Y así el debate se torna más rico y permite, también, una actividad judicial de mejor calidad a la hora de resolver las cuestiones de admisibilidad que puedan plantearse.

Precisamente, si ya se han ofrecido las pruebas por escrito y en forma previa, la dinámica de la audiencia preliminar se agiliza notablemente: las partes conocerán de antemano el listado de aquellas que la contraria pretenderá producir durante el debate y el juez podrá directamente consultar si existe algún planteo con relación a esos ofrecimientos y, en su caso, resolver las controversias que se produzcan. Y este conocimiento previo facilita además cierta

“proactividad” del juez tendiente a lograr, por ejemplo, acuerdos en materia probatoria.

## 2. Alcances de la decisión judicial. Algunos supuestos problemáticos.

Planteada, en su caso, la controversia sobre alguna prueba ofrecida, le corresponderá al juez decidir si la admite o si la rechaza. Y si la admite, será porque el juez ha realizado un juicio de valor y concluyó que la misma (1) no viola garantías constitucionales, (2) no es impertinente y (3) no resulta superabundante.

Esto nos lleva a considerar, precisamente, los alcances que tiene ese juicio de admisibilidad que realiza el juez de la audiencia preliminar sobre aquella prueba, la que deberá ser producida recién durante el debate y frente al Tribunal del juicio, lo cual puede dar lugar a algunas cuestiones problemáticas.

2.1. La exigencia de que la prueba que se ofrece en la audiencia preliminar se hace “con mención de los hechos y circunstancias que se pretendan probar” es a los fines de valorar –en el marco de esa audiencia– la pertinencia de la prueba y resolver las controversias que allí puedan suscitarse. *Pero si el juez admite la prueba, no creemos que esa mención también limite la producción o utilidad de esa prueba durante el debate.*

Con un ejemplo: si el juez de la audiencia preliminar admite un testigo porque entiende que su testimonio es pertinente para acreditar “un hecho o circunstancia”, ello no quiere decir que esa decisión limite de antemano el ámbito de pertinencia de las preguntas que pueden formularle las partes a ese testigo durante el debate. En otros términos: una vez admitida su producción, quien lo ofreció podrá examinarlo sobre otros hechos distintos y la contraria contraexaminarlo libremente, sea para desacreditarlo o desacreditar su testimonio.

Ello porque la “valoración de pertinencia” que se efectúa en la audiencia preliminar es en términos generales: con relación al objeto del proceso

y a la utilidad del medio de prueba. Pero durante el debate se podrá efectuar un segundo control de pertinencia, esta vez mucho más específico y con relación a la información concreta que se pretenda incorporar con ese concreto órgano de prueba. Eso permite una decisión mucho más precisa, que se desarrolla en el marco de la controversia sustancial, donde las partes podrán objetar (por impertinente o irrelevante) la pregunta que se le intente formular al testigo.

Lo resuelto en la etapa preliminar no vincula en este punto al Tribunal de juicio. Por ello, dispuesta la admisión del testimonio, no será necesario dejar constancia en la resolución de la audiencia preliminar –menos aún, en el auto de apertura a juicio– sobre los hechos o circunstancias sobre los que se examinará al testigo durante el debate.

Lo contrario sería hacer un mérito de la prueba, y el auto de apertura a juicio (que encabeza la carpeta judicial del debate) debe carecer de motivaciones. Recordemos además que en la audiencia preliminar no se pueden abordar cuestiones que sean propias del juicio (art. 296, última parte, CPP).

2.2. Otra cuestión problemática se relaciona con la exigencia formal de que los testigos que se pretenden convocar al debate deben ofrecerse “con indicación de nombre, profesión y domicilio”.

La exigencia de indicar “domicilio” es entendible, ya que es a los fines de la citación que deberá cursar la Oficina de Gestión Judicial para el debate. Pero una cuestión que se suscita es *la posibilidad de que se admita un testigo sin que se haya consignado su nombre en el ofrecimiento*. Como principio, parecería difícil admitir esta posibilidad, ya que por lógica la parte oferente debería conocer este dato tan personalísimo de su propio testigo. Pero sin embargo, se trata de una situación que bien puede presentarse.

El caso más frecuente se relaciona con una correcta hermenéutica entre los artículos 299 y 326 del código procesal: el primero nos dice que las partes, al ofrecer prueba, acompañarán “los documentos de que piensan servirse o indicarán donde se encuentran” y el segundo, que “la prueba material (entre la que incluye los documentos) ... será siempre

introducida al juicio a través de los testigos y peritos...”.

Bien puede suceder –de hecho, sucede– que al momento de ofrecer pruebas la parte no tenga materialmente en su poder un documento con el que pretenderá acreditar una proposición fáctica de su teoría del caso, pero sí está en condiciones de indicarle al juez donde se encuentra ese documento. Y que al momento del ofrecimiento ignore los datos de identidad del testigo que resultará idóneo para introducir ese documento al debate. Por ejemplo, se desea acreditar que de un hecho o circunstancia se dejó constancia en algún registro (un libro de guardia policial, una historia clínica, una planilla de asistencias, etc.), para lo cual se podrá manifestar en poder de quién está esa documental (una comisaría, un hospital, un instituto educativo, etc), señalar que se requerirán copias certificadas y solicitar que se cite como testigo “a quien remita las mismas” a los fines de su acreditación e introducción.

Nótese que, si bien no se consigna el nombre del testigo, hay una indicación precisa de *quién* será el convocado: la persona que remita copias del documento o que conteste el informe. Y, además, una indicación de lo *para qué* se realiza esa convocatoria: para acreditar e introducir ese documento al debate.

Otra posibilidad de que se ofrezca un testigo sin consignar sus datos de identidad estaría dada en aquellos casos donde resulta necesaria su protección. Esto puede darse en la etapa de investigación y en casos de cierta significación. Pero esa situación es problemática si el testimonio se ofrece para ser producido en el debate, donde el ejercicio pleno del contradictorio y la necesidad de asegurar la defensa en juicio –y su derivación de controlar la prueba de la contraria– no pueden limitarse arbitrariamente.

El Tribunal de juicio puede tomar medidas para proteger a un testigo (retirar de la sala al imputado y que el mismo controle la producción de esa prueba remotamente, restringir la publicidad del debate cuando ese testigo declare, no develar su domicilio, etc.). Pero mantener en reserva su identidad puede dar lugar a una afectación al derecho de defensa si ello conduce a que no se pueda controlar la información que aportará ese testigo (sus cualidades personales, antecedentes y condiciones

particulares).

2.3. Una tercera cuestión, y quizá la más importante tras la reforma operada por la Ley 13.746, refiere a *la facultad expresa de las partes de recurrir la decisión del juez* (esto es, la resolución de la audiencia preliminar del art. 303 CPP) y a la supresión del párrafo final del art. 305 CPP que establecía que “la decisión del Juez que admite o rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal del debate”.

a) En cuanto a lo primero, la jurisprudencia ya aceptaba la posibilidad de recurrir esta decisión, siempre y cuando la resolución provoque un gravamen irreparable en una instancia ulterior: por ejemplo, en materia de admisibilidad de las pruebas, si se rechazaba una prueba ofrecida por la parte que resulta dirimente para el juicio. El último párrafo del actual art. 303 CPP consagra hoy expresamente que esta decisión será recurrible por las partes.

b) Lo segundo era una disposición que había generado fuertes críticas, por contrariar la lógica del sistema: si el Tribunal de juicio podía admitir prueba que había sido rechazada o rechazar la producción de prueba que ya había sido admitida... ¿qué sentido tenía la preparación del juicio durante la etapa intermedia? Estas conductas contaminarían al Tribunal, al permitirle un acceso a los antecedentes del caso. Y ni hablar de la sospecha de parcialidad que con ello se generaría.

Para evitar esto, se necesitaría de un juez que resuelva cuestiones preliminares durante el juicio y que sea diferente de los que luego integren el Tribunal, lo que implicaría una suerte de “nueva” audiencia preliminar, tornando inoficioso lo ya resuelto en la etapa intermedia y desnaturalizando la dinámica propia del proceso prevista legalmente.

En consecuencia, una correcta hermenéutica entre ambas disposiciones legales – arts. 303 y 305, CPP– parece indicar que:

A.- lo resuelto por el juez de la audiencia preliminar en cuanto a la admisión de la prueba es recurrible por las partes por vía de apelación, siempre que el agravio se sustente en la existencia de un gravamen irreparable ulteriormente, y;

B.- una vez firme esa decisión sobre la admisibilidad de la prueba, la misma vincula al Tribunal del juicio en lo que hace a su producción –frente al pedido de la parte que la ofreció–, pero obviamente no en cuanto a su validez y entidad convictiva.

### 3. Algunas conclusiones de lege ferenda y de lege data.

Las modificaciones introducidas por la Ley 13.746 en esta etapa del proceso, si bien tuvieron en miras dar respuesta a problemas enunciados por la doctrina y detectados en la aplicación práctica, supusieron esperables mejoras normativas. Pero no por ello esta reforma queda exenta de críticas, ya que en algunas cuestiones parece haber quedado a mitad de camino. Vayan aquí algunas sugerencias *de lege ferenda*:

A.- La redacción del actual artículo 299 CPP es poco feliz, ya que en lugar de prescribir que la prueba se deberá ofrecer “tres (3) días antes de la fecha de la audiencia preliminar”, debió decir “*hasta* tres (3) días antes de la fecha de la audiencia preliminar” o emplear una fórmula similar. Y aunque se trate de un *plazo ordenatorio*, cuyo incumplimiento no apareja la pérdida del derecho (las partes podrían, inclusive, ofrecer sus pruebas durante el desarrollo de la audiencia preliminar, tal como estaba previsto en su redacción original), queda claro el sentido eminentemente práctico de la reforma: permitir un acceso previo a las pruebas ofrecidas por la contraria, de modo tal que cada parte concurra mejor preparada a la audiencia, fortaleciendo de ese modo el ejercicio del contradictorio y la tarea judicial resultante.

B.- Aún así, se trata de un plazo bastante acotado, que puede dificultar las comunicaciones por parte de la Oficina de Gestión Judicial: si las partes ofrecen sus pruebas cerca de su vencimiento, la contraria tomará conocimiento del ofrecimiento generalmente un día antes de la audiencia, por lo que la “finalidad práctica” de la reforma parece diluirse en estos casos.

C.- Si bien la norma no distingue, no debería tratarse de un plazo común para la acusación y la defensa. Dado que la acusación es quien maneja el “*timing*” del proceso penal –al decidir *cuándo* y *cómo* acusar–

resulta lógico que sea ella quien debele en primer lugar las pruebas de las que se valdrá en el juicio, para permitir de ese modo un mejor ejercicio del derecho de defensa. De hecho, la decisión estratégica de acusar se toma ya con base en una determinada teoría probatoria. Es la defensa la que usualmente contará con términos más acotados y sus decisiones estratégicas estarán condicionadas directamente por los términos en los que se ejerce la acción (el tenor de la acusación y de las pruebas ofrecidas por la acusadora), frente a la cual ella efectuará su reacción. La lógica indica que esta actividad se debería desarrollar de modo secuencial y no simultáneo.

En cuanto a nuestras conclusiones *de lege data*:

- Entendemos que en caso de plantearse controversias en la audiencia preliminar sobre la admisibilidad de la prueba para el juicio, las partes podrán recurrir por vía de apelación la resolución judicial del artículo 303 CPP (dentro del plazo común de cinco días), en tanto y en cuanto su agravio en este punto se base en la existencia de un gravamen irreparable ulteriormente;
- Una vez firme esa decisión, la admisión o el rechazo de la prueba decidida en la etapa preliminar (que luego se reflejará en el contenido del auto de apertura a juicio del art. 304 CPP) vinculará al Tribunal del juicio, que solamente podrá autorizar durante el debate la producción de las pruebas allí admitidas. Las partes no podrán pedir que se admitan otras, a no ser que durante el debate surja un hecho nuevo (art. 321) u otro caso de excepción que permita la producción de nuevas pruebas (art. 324) distintas a las ya admitidas en la etapa intermedia. Pero, por supuesto, siempre conservarán la facultad de desistir de sus pruebas y hasta de realizar un acuerdo durante el debate en los términos del art. 13 CPP.
- La producción de la prueba durante el debate, que se realiza siempre a instancia de la parte a la que le pertenece, estará solo limitada por el ejercicio del contradictorio propio de esta etapa. Esta actividad se realizará bajo la dirección del Tribunal (art. 316, CPP), quien resolverá en cada caso sobre la pertinencia o no de las preguntas que formulen los litigantes, sin estar limitado por la decisión relativa a la pertinencia

de la prueba decidida durante en la etapa preliminar (que el Tribunal de juicio desconoce por no formar parte del auto de apertura de juicio).

Con su redacción actual, las normas que regulan el procedimiento intermedio del proceso penal santafesino han delineado mucho mejor las finalidades de depuración y control propias de esta etapa. Queda en claro que la intención del legislador ha sido que sea aquí donde las partes agoten todo lo relativo a la admisibilidad de la prueba, para no contaminar al Tribunal del juicio con planteos que puedan comprometer su imparcialidad.

1.-Mario Guedes: Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral; Especialista en Derecho Penal y Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Nacional del Litoral; Profesor de Derecho Penal Especial en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Actualmente se desempeña como Defensor Público del Servicio Público Provincial de Defensa Penal, Defensoría Regional Santa Fe.

**Miembros del Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal  
del Colegio de Abogados de la V Circunscripción Judicial -Pcia. de  
Santa Fe-:**

Ferrero, Daniel Norberto (Director)

Terragni, Marco Antonio (Director Honorario)

Degiovanni, Juan Bautista (Secretario)

Alamo, Cecilia (Secretaria Ad Hoc)

Rossini, Bruno Leónidas

Berzero Cherubini, Raúl

**Colaboradores Externos:**

Suarez Faisal, Martín

Flakenberg, Nicolás

Oliva, Juan Manuel

Fortunato, Cristina

Feraudo de Platini, Alejandra

Jauchen, Eduardo

Oroño, Nestor

Palacín, Natalia

Machado, Mariela

Caula, Jimena

Gentile Bersano, Fernando

Moreno, Estrella Jorgelina

