

"K , Hernán Pablo y otro s/privación ilegal de la libertad c/muerte (art. 142 bis)".

C.C.C. 29646/2013/TO1/19/1/RH3.-

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 18, de esta ciudad, resolvió no hacer lugar a las nulidades y planteos de inconstitucionalidad presentados por las respectivas defensas y condenar a Sebastián B y a Hernán Pablo K a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlos coautores del delito de privación ilegal de la libertad, con el fin de obligar a la víctima a hacer algo contra su voluntad, agravado por haber causado intencionalmente su muerte (artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal).

Para así decidir, el tribunal consideró probado que "como consecuencia de una negociación [...] vinculada con un emprendimiento comercial, Gustavo Federico G se dirigió al inmueble ubicado en la calle Larrazábal 2 , el 5 de junio de 2013, poco después de las 15 horas, a fin de mantener una reunión con quien detenía la posesión de dicho inmueble, el imputado Sebastián B . En el lugar se encontraba, además de B , el imputado Hernán Pablo K ".

"La relación entre G y B se había iniciado a raíz de la actividad del primero como administrador del Hotel Apart O D [...]. En tal condición evaluaba la posibilidad de realizar un acuerdo con la empresa 'C ', prestataria de PAMI, y de ese modo ofrecer el hotel para el alojamiento de personas de edad avanzada, para lo cual debía proveer el servicio de comida, que el hotel no podía proporcionar pues no tenía la habilitación correspondiente".

"En esas circunstancias, G tomó contacto con B , quien tenía disponible el mencionado inmueble de la calle Larrazábal, que era apto para la elaboración de viandas, y para ello también contactó a Juan Manuel B , quien se había desempeñado como cocinero en otro emprendimiento hotelero en la zona de Piñamar".

"La reunión de aquella tarde se convirtió en una discusión violenta, cuando B le exigió a G iniciar el negocio a la brevedad [...] o que cuanto menos le entregara una suma de 30.000 pesos mensuales hasta que el negocio se concretara [...]. Lo cierto es que para ese momento G ni siquiera había logrado concretar un acuerdo válido con la empresa prestataria de PAMI [...], motivo por el cual las posibilidades de iniciar las tareas que estaba acordando con B se tornaban inciertas".

"Esta discusión acabó con el impedimento de que G abandonara el lugar y en una exigencia violenta de dinero que se extendió durante algún tiempo y provocó que la víctima, en primer término, le hiciera entrega a través de su esposa de una suma aproximada de 2.700 dólares, y también la entrega de su tarjeta de débito con la correspondiente clave, con la cual hicieron al menos tres extracciones en los días subsiguientes, por una suma total de 6.600 pesos".

"En efecto, poco después de las 20 de aquel 5 de junio, G se comunicó telefónicamente con su esposa [...] indicándole que en algunos minutos pasaría por su casa una persona para retirar unos dólares que guardaba en la mesa de luz [...]. Su esposa tomó de ese lugar una suma de aproximadamente dos mil seiscientos dólares, los introdujo en un sobre y se los entregó a un hombre que se hizo presente unos cuarenta minutos más tarde".

"Ese llamado telefónico fue la última referencia objetiva de G con vida. No obstante, permaneció retenido en el lugar un tiempo más hasta que murió como consecuencia de varios golpes en su cara y cabeza propinados por B y K".

"Su cadáver fue llevado por los imputados a un descampado ubicado en [...] la localidad de Bella Vista, Provincia de Buenos Aires, donde fue hallado por la policía bonaerense el día 8 de junio" (fs. 6 y vta.).

“K , Hernán Pablo y otro s/privación ilegal de la libertad c/muerte (art. 142 bis)”.

C.C.C. 29646/2013/TO1/19/1/RH3.-

Contra esa decisión, las respectivas defensas interpusieron sendos recursos de casación. En lo que aquí importa, la asistencia técnica de K insistió en que su defendido fue vinculado al caso únicamente en virtud de la declaración bajo juramento que se le había tomado a Sebastián B cuando éste ya era sospechoso del hecho objeto del proceso. Recordó que el propio tribunal de juicio había considerado que ese testimonio había sido anulado por la cámara de apelaciones, y sostuvo que correspondía por ello declarar la nulidad de todo lo actuado en consecuencia y absolver a su asistido, pues –contrariamente a lo resuelto por los magistrados– no existía un cauce independiente de investigación que relacionara a su defendido con el caso (fs. 3 vta.).

A su turno, y tras acoger el agravio *ut supra* reseñado, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional resolvió, en lo que aquí interesa, declarar la nulidad del testimonio de Sebastián B , hacer lugar al planteo de la asistencia técnica de K , revocar a su respecto la sentencia impugnada y absolverlo de los hechos por los que había sido acusado (fs. 3/78).

En sustento de esa decisión, el camino argumental que en prieta síntesis siguió el juez que lideró el acuerdo, a cuyo voto adhirieron los otros magistrados, fue el siguiente. En primer término, indicó que, en rigor, la cámara de apelaciones no había declarado nulo el testimonio de B , como erróneamente lo había afirmado el tribunal de juicio en su sentencia. Luego señaló que este último, pese a esa errónea creencia, se abocó al tratamiento de la nulidad planteada y la rechazó (cf. fs. 11).

Frente a ese escenario, y en el entendimiento de que ese rechazo era ahora el objeto de impugnación, el *a quo* se pronunció sobre la diligencia cuestionada por el recurrente y aseveró que los policías habían conducido a Sebastián B ante personal de la División Antisecuestros para recibirle declaración bajo juramento no obstante haberlo estado investigando como sospechoso.

A continuación sostuvo que sin esa declaración, tomada a B en violación de la garantía constitucional contra la autoincriminación forzada (artículo 18 de la

Constitución Nacional), la policía no habría llegado inevitablemente a descubrir que K \_\_\_\_\_ era la persona filmada por la cámara de seguridad del cajero del cual se extrajo dinero con la tarjeta de la víctima, así como tampoco habría sabido de la relación de conocimiento entre los imputados, ni que ellos habían mantenido comunicación entre sí durante la desaparición de G \_\_\_\_\_, ya que, hasta entonces, no se conocía el número de abonado telefónico de K \_\_\_\_\_. Sobre esa base, concluyó que la acusación a su respecto debía ser anulada y, por consiguiente, que correspondía dictar su absolución.

El fiscal de esa instancia dedujo entonces recurso extraordinario (fs. 79/91 vta.), cuya denegación motivó la presente queja (fs. 98/99 y 100/104 vta., respectivamente).

-II-

En su apelación federal, el representante de este Ministerio Público cuestionó, de manera central, el alcance que el *a quo* le otorgó a la prohibición de la auto-incriminación forzada, en virtud del cual dictó la nulidad de la declaración de Sebastián B \_\_\_\_\_ y la inadmisibilidad de los elementos probatorios en que se basó la condena de K \_\_\_\_\_.

Afirmó, en ese sentido, que a la luz del artículo 18 de la Constitución Nacional la cámara de casación fijó un estándar irrazonable del escrutinio policial en los momentos iniciales de una investigación, extendiendo indebidamente por ese cauce el alcance de los precedentes de Fallos: 1:350 y 281:177. Sobre este último aspecto afirmó que aquéllos habían sido dictados con base en circunstancias sustancialmente distintas a las del caso de autos, pues básicamente en ambos se trataba de la declaración bajo juramento de personas que estaban formalmente imputadas.

Añadió que mediante una sesgada reconstrucción de los precedentes de la Corte el *a quo* soslayó, entre otros, el fallo "García D'Auro" del que se desprende, en lo pertinente, que el estándar de escrutinio judicial del valor de la testimonial anterior a la condición de sospechoso debe ser permeable a la progresión de situaciones que

"K , Hernán Pablo y otro s/privación ilegal de la libertad c/muerte (art. 142 bis)".

C.C.C. 29646/2013/TO1/19/1/RH3.-

normalmente aparecen en el curso de una investigación y que, en la consideración de esa situación, lejos de exigirse un confronte con la explicación que el propio investigador dé sobre el desenvolvimiento de la pesquisa, corresponde partir desde una posición de deferencia hacia el relato y el punto de vista del preventor.

En esa inteligencia, el fiscal descalificó el pronunciamiento impugnado por considerar que, en la ponderación de los elementos significativos concernientes a la declaración de B , el *a quo* se apartó sin más de la explicación policial y construyó *ex post* —aunque sobre la base de los mismos elementos colectados y expuestos por la prevención— sus propias especulaciones no sólo acerca de las circunstancias que rodearon el testimonio anulado sino también de la percepción que tuvieron los agentes de las fuerzas de seguridad y el fiscal antes de su declaración respecto de las diversas hipótesis que barajaban en ese momento y cuando todavía no había aparecido el cuerpo sin vida de la víctima.

Por último, tachó de contradictorio el fallo en el entendimiento de que, mientras toda su argumentación giró en torno a que al tomarle declaración a B pesaba ya sobre él una "vaga sospecha" y, por lo tanto, no podía testificar, en un pasaje de ese mismo pronunciamiento el *a quo* asumió una tesis contraria al reclamarle a la policía el no haber interrumpido esa declaración para indicarle al imputado sus derechos.

### -III-

Ante todo, pienso que asiste razón al recurrente en cuanto a que sus agravios suscitan cuestión federal bastante para la apertura de la instancia prevista en el artículo 14 de la ley 48, pues de adverso a lo que sostiene el *a quo* a fojas 98/99, advierto que la sustancia de su planteo conduce, en definitiva, a determinar el alcance de la garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo —artículo 18 de la Constitución Nacional— (Fallos: 310:1847 y sus citas, 324:3593), lo cual, cabe aclarar, se encuentra de tal modo ligado aquí a las

circunstancias fácticas del caso que resulta imposible dilucidar la cuestión sin atender a ellas.

—IV—

En cuanto al fondo del asunto traído a conocimiento de V.E., adelanto mi opinión, coincidente con la que ha invocado el representante de este Ministerio Público, en el sentido de que la cámara de casación fundó su decisión de revocar la sentencia condenatoria de K y absolverlo de los hechos por los que había sido acusado, en una irrazonable interpretación del artículo 18 de la Ley Fundamental que, a su vez, condujo a los magistrados a la errónea aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, receptada en numerosos precedentes.

Pienso que ello es así, pues si bien la Corte tiene dicho que no es posible aprovechar las pruebas obtenidas con desconocimiento de las garantías constitucionales, aun cuando presten utilidad para la investigación, pues ello compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias (Fallos: 46:36, 303:1938, 306:1752, 308:733, 310:1847 y 317:1985, entre muchos otros), el Tribunal también ha establecido que, a fin de determinar si de lo actuado surge una real afectación de los preceptos constitucionales, es preciso, por un lado y como ocurre con cualquier norma, interpretar la garantía de modo tal que no se prescinda de sus términos o se desvirtúe su sentido (*mutatis mutandis*, doctrina de Fallos: 323:3251 y 327:3937) y, por el otro, realizar un exhaustivo análisis de las circunstancias que rodearon cada situación en concreto (Fallos: 313:612 y sus citas, y 320:1717, entre muchos otros).

Precisamente esta doctrina de V.E. es la que, en mi opinión, ha desatendido el *a quo* al resolver del modo en que lo hizo, y ello, por un doble orden de razones. Primero, porque juzgar la legalidad de la declaración de B exigía dilucidar previamente un estándar razonable para la aplicación del artículo 18 de la Constitución Nacional, sobre la base del cual se pudiera ponderar, en el caso concreto, la situación

“K , Hernán Pablo y otro s/privación ilegal de la libertad c/muerte (art. 142 bis)”.

C.C.C. 29646/2013/TO1/19/1/RH3.-

particular de quien –en la génesis de la investigación– resultaba una persona de interés para la pesquisa a fin de determinar si correspondía tratarla como testigo o imputado.

Segundo, porque la verificación del estado de cosas que, al decir de los magistrados, impedía recibirlle declaración testimonial debió ser realizada por ellos situándose en el momento anterior a la toma de esa declaración, sin prescindir, como lo hicieron, de la perspectiva de los funcionarios policiales –así como tampoco de la del fiscal y juez intervenientes–, ni de una adecuada consideración de las circunstancias concretas de sus actuaciones que demuestran que la responsabilidad de B en el caso fue descubierta de modo progresivo y concatenado a la realización de medidas adicionales a su declaración testimonial.

En cuanto a este segundo aspecto, cabe señalar que en contraste con el fallo impugnado, en el que el magistrado que lideró el acuerdo afirma que "los policías sospechaban de B , aunque la sospecha fuese todavía vaga, y decidieron sacarle información bajo juramento" (cf. fs. 15 vta.), las constancias del legajo indican que los agentes de las fuerzas de seguridad actuaron de buena fe y que, con comunicación al fiscal (cf. fs. 86), siguieron todas las líneas de investigación paralelamente planteadas, sin favorecer ninguna hipótesis o apoyarse en prejuicios que derivaran de manera pre-determinada la investigación hacia una persona en particular.

En efecto, en las primeras horas de la investigación el fiscal ordenó varias medidas, entre ellas, la búsqueda de imágenes del cajero, intervenciones telefónicas y declaraciones de familiares, compañeros de trabajo y allegados a la víctima. Fue así como se tomó conocimiento de la existencia del local de la calle Larrazábal y del emprendimiento de comidas que G llevaba adelante con quien detentaba su posesión, Sebastián B , y con el cocinero de un hotel que la víctima había administrado en el verano, Juan Manuel B , a quien también se lo interrogó como testigo.

De la causa surge también que, al momento de recibirlle declaración, B no era sospechoso y ni siquiera resultaba claro todavía para los investigadores si G

había sido víctima de algún delito o había desaparecido voluntariamente con una mujer con la que, según los testimonios concordantes de su pareja y de su hermano, había mantenido una relación sentimental en el pasado.

Sin embargo, tal como se adelantó *ut supra*, ninguna de estas circunstancias fueron debidamente consideradas por el *a quo* para juzgar la validez de la declaración de B a la luz del artículo 18 de la Constitución Nacional. Por el contrario, además de afirmar la existencia de una sospecha previa a la declaración con base en meras conjeturas y subjetividades, el tribunal de casación, sin desarrollo argumental alguno, estableció que la imposibilidad de recibirla declaración testimonial a quien está formalmente imputado en el hecho que se investiga, alcanza también a aquellas personas sobre las que tan solo pesa una "vaga sospecha" como, al decir del *a quo*, ocurría con B previo a su testimonio (cf. fs. 15 vta.).

Al respecto, me permito recordar que la garantía contra la autoincriminación forzada que emerge tanto del artículo 18 de la Constitución Nacional, como de los artículos 14.3 «g» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 «g» de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consiste en la prohibición de compelir a un imputado a declarar contra sí mismo, y que tal precepto constitucional no sólo consagra el derecho de quien es objeto de imputación penal a guardar silencio sino que excluye también a su respecto la posibilidad de que se le exija declarar bajo juramento o promesa de decir verdad.

Ello es lógica consecuencia del derecho fundamental de defensa en juicio, en virtud del cual toda persona, desde el momento en que es objeto de una imputación penal por parte de un órgano estatal, tiene el derecho inalienable de defenderse de ella. La forma más básica de defensa en juicio se concreta en el reconocimiento del derecho a ser oído sobre esa imputación. Si hay un derecho a ser oido hay, en primer lugar, un derecho a declarar, que se ejerce de modo libre y facultativo y sobre cuyo ejercicio el imputado es quien tiene el señorío.

"K , Hernán Pablo y otro s/privación ilegal de la libertad c/muerte (art. 142 bis)".

C.C.C. 29646/2013/TO1/19/1/RH3.-

Es en este contexto que se comprende por qué el derecho a no declarar bajo juramento o promesa de decir verdad, y a obtener protección jurídica contra cualquier acto estatal que persiga soslayar ese derecho, constituye un "privilegio" del imputado en causa penal, más no un derecho general del que gozan otras personas llamadas a realizar declaraciones en un proceso, como sucede, entre otros, con los testigos.

De allí la importancia del criterio para resolver bajo qué circunstancias una persona que resulta *prima facie* de interés para la investigación debe ser tratada como testigo o como imputado. Y, a este respecto, es preciso señalar que la mera existencia de una sospecha no puede ser el criterio diferenciador, pues una sospecha genérica, sobre todo en los albores de la investigación, puede existir también respecto de personas que no revisten la condición de imputados, sino de simples testigos, como lo revela la propia ley en el artículo 281 del Código Procesal Penal de la Nación.

El planteamiento de la doctrina consiste, por ello, en diferenciar según la intensidad de la sospecha. La "mera o vaga sospecha" no basta para adquirir la condición de imputado y hacer operativa la garantía en examen. Antes bien, se requiere, como mínimo, que la sospecha se haya "concretado" es decir, que existan puntos de partida concretos que, según la experiencia criminalística, hagan aparecer como posible la intervención de la persona en la comisión de un delito. Por debajo de ese umbral, por ejemplo, en el caso de meras conjeturas o coronadas no fundamentables objetivamente, la persona contra la que se dirigen no reviste aún la calidad de imputado. Con otras palabras, hasta que no se concretiza esa vaga sospecha, el "sospechoso" es, en tanto sea reclamado como medio de prueba personal subjetiva, un testigo (cf. Lesch, Strafprozessrecht, 2<sup>a</sup> ed., Luchterhand, Neuwied, 2001, n° 3/38 y ss., págs. 120 y s. En igual sentido, entre otros, Beulke, Strafprozessrecht, 9<sup>a</sup> ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2006, núms. 111 y ss., págs. 67 y ss.; Kleinknecht-Meyer/Schmitt, Strafprozeßordnung, 57<sup>a</sup> ed., Beck, Múnich, 2014, Introducción, núm. 77, pág. 20;

Volk, Curso fundamental de Derecho Procesal Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 85 y ss.).

De ello se sigue que no toda declaración que se le requiera a aquél sobre el que pesa una sospecha vaga o genérica es inminentemente una declaración que lleva la prohibición de que se la tome bajo juramento de decir verdad (artículo 298 del Código Procesal Penal de la Nación). Por el contrario, existe con frecuencia, particularmente en los inicios de cualquier investigación criminal, un estadio en el que no es posible requerirle todavía a los funcionarios que determinen, entre las personas que revisten interés para la pesquisa, quiénes detentan la calidad de testigos y quiénes de imputados. Así, supuesto que al arribar al lugar del hecho ilícito denunciado todas las personas resultan *a priori* sospechosas, pero ninguna de manera suficientemente concreta para ser considerada imputada, es evidente que los investigadores no sólo pueden sino que además deben dirigirles las preguntas necesarias, sin que previamente se los instruya como imputados, hasta que la pesquisa se encauce en una dirección determinada y, eventualmente, también se concrete la sospecha genérica que pesaba sobre alguna de ellas.

Afirmar lo contrario no sólo tornaría inoperante el citado artículo 281 del Código Procesal Penal de la Nación sino que, como bien señala el recurrente, conduciría a negar la progresión propia del conocimiento de cualquier investigación y a fijar un estándar extremadamente estrecho, en virtud del cual, las fuerzas de seguridad no pueden abordar prácticamente a ningún individuo cercano a un suceso delictivo, a riesgo de que la información reunida carezca de valor alguno en caso de que más tarde se determine su participación en el hecho. Una conclusión tal desatiende que, como ha señalado el Tribunal, las medidas en la instrucción "parten precisamente de un campo de ignorancia que ellas están destinadas a eliminar" (Fallos: 341:150, por remisión al dictamen, con cita de Fallos: 315:1043, considerando 10º, tercer párrafo).

Por lo demás, una exégesis de la garantía en examen como la que postula el *a quo*, según la cual, el "privilegio" contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional que prohíbe recibirla declaración bajo juramento al imputado se extiende también a aquellos sobre los que pesa una "vaga sospecha", no sólo contradice el alcance que fijan los precedentes de Fallos: 1:350 y 281:177 —que el propio *a quo* cita en sustento de su decisión—, por cuanto en ellos se trataba de la declaración de personas formalmente imputadas en el caso, sino que desconoce, además, la regla que, salvo mejor interpretación de V.E. de sus propios fallos, se desprende de los precedentes "Rodríguez Parmiás" (Fallos: 227:63), "Agüero Corvalán" (Fallos: 312:2146), "Cabral" (Fallos: 315:2505) y "García D'Auro" (Fallos: 318:1476), y que podría formularse del modo que sigue: excepto que las preguntas que se dirigen a la persona requerida en calidad de testigo sean de cargo, es decir, de aquéllas que sólo pueden ser formuladas por vía de indagatoria, no puede afirmarse coacción y, por consiguiente, tampoco violación alguna a la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada.

En tales condiciones, y con arreglo a lo precedentemente expuesto, al no surgir de las constancias de la causa —ni haber sido invocado por el *a quo*— que el interrogatorio efectuado a B bajo juramento de decir verdad haya estado dirigido a determinar su responsabilidad en el hecho con base en una sospecha concreta (no vaga), no advierto fundamento alguno para considerar viciado el acto y, por tanto, tampoco para declarar su invalidez, tal como lo hizo el *a quo* en el punto I de su fallo, máxime si se tiene en cuenta el criterio restrictivo que rige en materia de nulidades procesales (Fallos: 323:929, 325:1404 y 328:1874 y sus citas).

En consecuencia, habré de solicitar a V.E. que deje sin efecto ese aspecto de la sentencia.

-V-

Para el supuesto de no compartir V.E. el criterio hasta aquí postulado, corresponde ahora la consideración de un segundo aspecto que suscita la sentencia recurrida y que es derivación del agravio antes desarrollado. Me refiero, concretamente, a la aplicación de la regla de exclusión probatoria que, en el caso, y por efecto de la declaración de la nulidad que se cuestiona, condujo al *a quo* a dictar la absolución de K .

Cabe recordar que, a través de la aplicación de dicha regla, se imposibilita que una decisión judicial adversa para el titular de la garantía constitucional de la que se trate, se funde en elementos de prueba obtenidos mediante su inobservancia o en violación de las formas previstas en su resguardo.

Ahora bien, como se dijo en el apartado anterior, a la luz de un estándar razonable de aplicación, la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada que supone el juramento o promesa de decir verdad sólo rige respecto de quien ha sido imputado explícitamente en causa penal o, a lo sumo, de aquél sobre el que pesa una sospecha concreta y, por lo tanto, dado que B no reunía por entonces ninguna de esas condiciones, su declaración testimonial constituyó un acto legítimo.

Pero de ello se sigue que la información que B brindó en ese marco, relativa a la vinculación de K con el hecho objeto del proceso, no sólo no es – como sostuve– ningún "fruto" de un procedimiento irregular que torne aplicable la regla de exclusión invocada por el *a quo*, sino que, por el contrario, se trata de una prueba legítima, válida, que podía y debía ser tomada en consideración para apoyar una decisión judicial respecto del segundo de los nombrados.

Si bien esto bastaría, por sí solo, para descalificar la aplicación de la regla de exclusión que hizo el *a quo*, a ello se suma una consideración ulterior. Me refiero a que incluso si, por vía de hipótesis, se concediera por un momento que la mera o vaga sospecha que pudiera haber pesado sobre B hacía ya operativa la prohibición de

“K , Hernán Pablo y otro s/ privación ilegal de la libertad s/ muerte (art. 142 bis)”.

C.C.C. 29646/2013/TO1/19/1/RH3.-

tomarle declaración bajo juramento, ello no sería óbice para valorar su testimonio respecto de K , pues la prohibición de valoración probatoria que deriva de la inobservancia de los deberes que habrían sido incumplidos en el *sub lite* sólo alcanzaría a B , pero no se extendería a terceros.

En efecto, es cierto que la garantía proscribe todo ejercicio de coerción para obligar a un imputado a declarar contra sí mismo fundamenta además un deber de informarle sobre el derecho que le asiste de abstenerse a declarar. Pero, como resulta evidente, no todas las formas de afectación de la garantía revisten la misma gravedad ni tienen por qué tener los mismos efectos. Concretamente, a diferencia de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, es decir, de las formas de coerción que constituyen, además de una afectación de la garantía, una grave violación de los derechos humanos, los deberes de relevar del juramento e informar sobre la facultad de abstenerse a declarar, de los artículos 296 y 298 del Código Procesal Penal, reconocen como fundamento exclusivo el de asegurar el derecho del imputado a decidir libremente la estrategia de su defensa, de modo que su inobservancia sólo afecta sus derechos pero no los de terceros.

Una referencia al derecho comparado permitirá confirmar la conclusión a la que aquí se ha arribado, concretamente, a los párrafos 163a, IV, y 136, I, 2, de la Ordenanza Procesal Penal alemana y a los criterios que, en el marco de la interpretación de esas normas, han elaborado la doctrina y la jurisprudencia de ese país como modo de dar respuesta a la misma cuestión que aquí interesa. Se trata de una comparación pertinente, pues las normas que se toman como referencia se insertan en una regulación de derecho procesal penal moderno basado en los mismos principios constitucionales que informan nuestro ordenamiento jurídico.

Del mismo modo que sucede en los artículos 296 y 298 del Código Procesal Penal de la Nación, los párrafos 163a, IV, y 136, I, 2, de la Ordenanza Procesal Penal alemana establecen un deber de informar al imputado acerca del derecho que le

asiste de abstenerse de declarar. Y atendiendo al fundamento específico de ese deber, que no es otro que el de asegurar el derecho del imputado a decidir libremente la estrategia de su defensa, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por considerar que la circunstancia de que un coimputado no haya sido informado de su derecho a no declarar determina que su declaración no se pueda usar en su contra, pero no impide que pueda ser valorada en contra de otro coimputado (cf., por ej., Kleinknecht-Meyer/Schmitt, *op. cit.*, § 136, núm. 20, pág. 643; Beulke, *op. cit.*, § 23, núm. 468, pág. 278). En otras palabras, la prohibición de valoración no se extiende a terceros.

En este sentido, se ha señalado con claridad que "[d]ado que el § 136, I, 2, garantiza el estatus activo del imputado como sujeto procesal, en especial, su libertad de elegir su estrategia de defensa, si se incumple este precepto sólo resulta afectada su propia esfera de derechos, pero no aquella de un tercero en cuyo proceso el imputado aparece como testigo. Tampoco los intereses de un coimputado o coacusado están abarcados por la regulación del § 136, I, 2, de modo que el acta en el que consta la confesión de un imputado que no fue informado puede ser valorada, sin más, contra un coimputado o coacusado" (cf. Lesch, *op. cit.*, 3/72, p. 134).

Ésta, según lo entiendo, es la lógica de pensamiento que subyace no sólo al deber de informar al imputado del derecho de abstenerse de declarar sino también al de relevarlo de cualquier juramento o promesa de decir verdad, establecidos en los artículos 296 y 298 del ordenamiento procesal nacional, pues la verdadera ubicación sistemática de esas manifestaciones de la garantía reside, como se ha expresado, en el ámbito de un aspecto específico del derecho de defensa vinculado con el derecho del declarante a conocer la imputación y decidir libremente su estrategia de defensa. Por ello, la inobservancia de aquéllos deberes que derivan de la garantía en examen sólo tiene consecuencias en la esfera del derecho del propio imputado afectado, y no tiene por qué proyectar efectos sobre terceros.

No obstante, sin dar cuenta de ello, el *a quo* extendió –también en lo que a K concierne– la prohibición de valorar la declaración que brindó B bajo juramento, mediante la sola invocación de la regla de exclusión receptada en el considerando 12º de Fallos: 317:1985 (“Daray”), sin siquiera reparar en las sustanciales diferencias que ese precedente exhibe con el *sub judice*.

Así lo considero, pues tanto en ese caso como en los fallos que en él se citan como receptores de la doctrina que el *a quo* invoca –así como del criterio de curso independiente de investigación–, la imposibilidad de otorgar valor probatorio a los elementos en los que se habían fundado las condenas así anuladas –algunas también respecto de coimputados o terceros–, residió en que a ellas se arribó, o bien en el marco de una detención ilegítima, o bien en el de una requisita o allanamiento ilegal, circunstancias que hacen a la concurrencia de otros derechos fundamentales, como la libertad ambulatoria y la inviolabilidad del domicilio, distintos al que, como fue dicho, entra en consideración en el *sub examine*.

Sin embargo, el *a quo* ignoró estas particularidades, a pesar de la relevancia que ellas revisten para la razonable interpretación de la doctrina sentada en los fallos que cita, de modo que al déficit vinculado con la correcta ponderación del alcance de la garantía constitucional que prohíbe la declaración coacta del imputado, tratada en el acápite anterior, se añade la infundada proyección de la regla de exclusión probatoria en la que el *a quo* apoyó su decisión, circunstancia que impone su descalificación como acto jurisdiccional válido también con arreglo a la doctrina de V.E. en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos: 311:2314, 316:1877, 322:1488, 324:4123, entre muchos otros).

Finalmente, coincido con el recurrente en que el *a quo* debió hacer mérito del precedente “Rau” (Fallos: 339:480), que versaba también sobre el alcance de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional contra la autoincriminación forzada, si bien respecto de hechos diferentes, y en el que la Corte, por remisión al dic-

tamen de esta Procuración, hizo propio el criterio allí expresado en cuanto a que "[t]ampoco debe olvidarse que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro y, tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de defensa en juicio, lo que puede tornar estéril, en la práctica, la persecución penal de los delitos..." (apartado VI del dictamen emitido el 30 de junio de 2014, y sus citas).

—VI—

Por ello, y los demás fundamentos expuestos por el fiscal ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, mantengo la presente queja y solicito a V.E. que declare procedente el recurso extraordinario, deje sin efecto la sentencia impugnada y ordene el dictado de una nueva conforme a derecho.

Buenos Aires, 28 de junio de 2019.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL



ADRIANA N. MARCHISIO  
Subsecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación