

¿ES CONSTITUCIONALMENTE ACEPTABLE EL INDICIO DE “MALA JUSTIFICACION”?

(Entre el “vuelo de la golondrina” y el “vuelo del murciélago”).

por

José I. **Cafferata Nores**

Sumario: 1. *Introducción*; 2. *Noción*; 3. *Alternativas posibles*; 4. *Esquema conceptual*; 5. *El silogismo que “da nacimiento” al indicio de “mala justificación”*; 6. *Las garantías constitucionales que gobiernan la declaración del imputado*; 7. *La declaración del imputado como “eventual fuente de pruebas”*; 8. *¿Cual será, entonces, la consecuencia de la mentira?*; 9. *¿“Fair trial” o puñalada trapera?*; 10. *El vuelo del murciélago*; 11. *Mentira e individualización de la pena*; 12. *El argumento de la garantías judiciales de la víctima*; 13. *¿Van por mas?*; 14. *La jurisprudencia*; 15. *Opiniones doctrinarias*; 16. *Conclusiones*.

1.Introducción

El acotado propósito de estas líneas es hacer un **aporte crítico** a la utilización de las mentiras que el imputado haya proferido en su defensa al prestar declaración como tal (indagatoria, arts 258 y ss CPP de Córdoba¹) como un indicio de culpabilidad en su contra: es lo que se conoce como **“indicio de mala justificación”** (el que **adelanto, desde ya**, me parece una flagrante violación a la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a acusarse) consagrada en el art 18 de la Constitución Nacional y en

¹ El desarrollo del presente trabajo se hizo sobre la base de las disposiciones del Código Procesal Penal de Córdoba, que guardan estrecha relación en este punto con las de los demás códigos procesales argentinos. Debo agradecer aquí el rico intercambio de serios argumentos sobre este tema, mantenido con el Prof. Mauricio V. Sanz.

la normativa supranacional de derechos humanos incorporada a ella a su mismo nivel (art. 8.2,g CADH; art. 14.3,g PIDCP; art 75 inc 22 CN).

Por cierto que no se pretende aquí abordar **toda** consecuencia perjudicial que pudiere acarrearle **cualquier mentira** que pronuncie en ese acto procesal. Por ejemplo, si sus dichos resultan agraviantes para el honor de una persona por imputarle falsamente un delito de acción pública, podrá –eventualmente- quedar sujeto a responsabilidad penal o civil (art 109 CP); o si proporciona datos falsos sobre el delito de terrorismo que se le imputa buscando las ventajas del “arrepentido”, quedará sujeto a las sanciones expresamente previstas para ese supuesto en el art. 6 de la ley 25241. Tampoco nos referimos al ofrecimiento de testigos probadamente inducidos por él a falsear la verdad (art 275 CP) o al dictamen pericial oficial que hubiere obtenido mediante cohecho (art 276 CP).

Y no nos ocupamos del interesante – y no suficientemente debatido- punto de la mentira del imputado como posible manifestación o actividad indicativa de su intención de fugar o entorpecer la investigación².

² El desarrollo in extenso de este último –e interesante- aspecto excede los límites de este trabajo. Puede señalarse para mayor ilustración de este tópico que la Cámara de Acusación de Córdoba” afirmó que “el derecho del imputado incluso a mentir” ...”no se hace extensivo a proteger maniobras tendientes a eludir o entorpecer la acción de la justicia en lo que hace al procedimiento a aplicar...” (C. Acus.Cba., A.I. N° 5, febrero 2007, “Bustos Daniel Alfredo”); Véase la nota n° 54. Es en este sentido que se ha discutido acerca de si la declaración del imputado sobre sus condiciones personales (art 260 CPP), se encuentra o no amparada por el nemo tenetur. Quienes así no lo piensan, argumentan – controversialmente, nos parece- que el interrogatorio de identificación no versa sobre los hechos delictivos atribuidos, obviando el hecho que la garantía que consagra la libertad de declarar se encuentra contenida en el artículo anterior (art 259 CPP) y que sus dichos verdaderos pueden serle perjudiciales (vgr. a los fines de la reincidencia o para la individualización de la pena). Una especialista en medidas de coerción, Natalia Sergi, destaca que en la jurisprudencia reciente, el “arraigo” se ha convertido en un aspecto fundamental en el análisis del peligro procesal (vgr. CNCP, Sala 2°, Da Costa Días, Manuel s/ recurso de casación, del 2/5/2008); y que a este concepto aquella lo vincula con la verificación del nombre y domicilio correctos del imputado (vgr. CNACC, Sala 1°, Velasco Laime, Rene, del 30/9/2010), y *la evaluación sobre si el imputado ha sido veraz en brindar estos datos* (vgr. CNCP, Sala 3°, Villalba, 22/12/2009; CNACC, Sala 1°, Méndez, 29/6/2010; Sala 1°, Liway, 24/6/2010), Sergi, Natalia, *Díaz Bessone y sus consecuencias* (inédito).

2. Noción

Se trata, en cambio, de establecer si la **mentira** generada como **expresión defensiva** frente a la imputación que se le formula, puede ser utilizada como **prueba de culpabilidad** en su contra, en forma **directa** (prueba de su participación en el hecho que se le atribuye: indicio de "mala -o falsa- justificación") o **indirecta** (prueba negativa sobre su personalidad: indicio "de aptitud criminal") o como **elemento agravante** en la mensuración concreta de la pena que se le imponga (arts 40 y 41 C. Penal)³.

Para seguir despejando el campo del análisis, señalamos que si el imputado se limita a decir, globalmente, que "niega los hechos que se le atribuyen" y esta negativa genérica resulta mentirosa – pues se acredita su culpabilidad por otros medios de prueba-, a nadie se le debería ocurrir⁴ esgrimir esta simple falsa negación "global" de culpabilidad como un "indicio de mala justificación", porque este, conceptualmente y como su nombre lo indica, requiere de una **falsa** justificación⁵.

³ Aquí cabría analizar también la nota precedente.

⁴ Aunque si se ha hecho, vgr. en un caso en el que el imputado negó haber cometido el hecho y ello es usado como agravante de "falta de arrepentimiento" en su contra a los fines de la individualización concreta de la pena (arts 40 y 41 CP"). Este razonamiento es expresamente descalificado por la Corte Suprema pues **"implica la existencia de un estímulo –para ese imputado, pero además, válido para los casos siguientes– de confesar el hecho, para que su negativa no sea valorada en su contra.** (CSJN, "Casas, Alejandro ", Expte C. 2016/06, Rex, del 3 de Mayo de 2007, remitiéndose a los fundamentos del Procurador General del 27 de octubre de 2006.) Desde luego que nuestra crítica abarca también este supuesto.

⁵ Se ha intentado diferenciar la falsa justificación de la "*justificación insuficiente*", señalándose "que esta sólo puede valorarse en contra del imputado, si las posibilidades de aportar prueba se encuentran tan a su alcance que debería estar en condiciones de hacer indicaciones claras. Todo depende, pues, de sí ha tenido acceso a esos datos y de si el estado de la causa le permitiría fácilmente poner sobre el tapete eventuales elementos que le favorezcan" (Dohring, Erich. *La prueba. Su práctica y apreciación*, pág. 230) El intento de distinción es inadmisibles, pues no solo da por sentada la validez indiciaria de la "falsa justificación", sino porque acuerda a la "justificación insuficiente" una menor potencia inculpante, *solo* cuando al imputado se le haga mas difícil la carga de la prueba.

Justificar significa, según el Diccionario de la lengua, **“probar la inocencia de uno en lo que se le imputa o se presume de él”**.

O sea que, a los fines de dar por existente este pseudo “indicio” no debería bastar la simple negativa global; seguramente por esta razón, aún la doctrina y la jurisprudencia más “restrictivas” que lo aceptan- requieren mentiras tendientes a **probar una inocencia** que no es tal⁶; se trata, como ya se adelantó, de **una falsa justificación**⁷.

3.Alternativas posibles

La posición defensiva **mentirosa** del imputado, una vez comprobada su falsedad, puede, según las distintas posiciones enunciadas sobre el punto, producir dos efectos:

a. Ser considerada un indicio de culpabilidad, es decir, **ser tomada como una prueba de cargo en su contra**, para acreditar su responsabilidad penal o para agravar la pena a individualizar en el caso

⁶ Gorphe, François, *De la apreciación de las pruebas*, pág. 345 señala que “la mala justificación **colora**, cabe decir, actos simplemente equívocos, mucho más seguramente de lo que permitiría la falta exclusiva de justificación”: y se explaya sobre una experiencia personal suya “donde la intención culpable fue deducida únicamente de las explicaciones falsas y contradictorias del procesado”. Por su parte Dohring, Erich, *La prueba. Su práctica y apreciación* manifiesta que **mayor vigor** aún tiene el indicio de culpabilidad de una aserción inexacta cuando se comprueba que el imputado **lisa y llanamente ha mentido** (pág.227).

⁷ Una de cuyas expresiones más frecuente es la falsa “coartada”, ilegalmente valorada por muchos como el indicio de falsa justificación por excelencia. Cfr. Parra Quijano, Jairo, *Tratado de la prueba judicial*, Tomo IV, quien citando a Dohring señala: “Si una persona manifiesta, por ejemplo, que en el momento o en la época que se cometió el delito se encontraba en otro sitio y esta afirmación resulta desvirtuada, estamos frente, no cabe duda, a un indicio de culpabilidad, ya que no resulta normal que una persona que no ha cometido un delito cree una falsa coartada”. También recuerda el autor la concordante opinión de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Colombia cuando afirma, en relación a la falsa coartada, **“que una persona que es totalmente ajena a la comisión de un ilícito, no tiene motivo alguno para mentir y afirmar en contra de la verdad”**.

concreto. Este supuesto es el que se conoce como indicio "de mendacidad" mas conocido en estos días como "**indicio de mala justificación**".

b. Ser tomada como un **simple fracaso** de su refutación a la acusación, por lo que ésta no queda eximida de sustentarse en otros elementos convictivos independientes; **no se la admite como prueba de cargo en contra del imputado.**

Esta última es, como ya adelantamos, nuestra posición - véase nº 8-.

4. Esquema conceptual

Parece útil ahora formular un par de precisiones antes de entrar de lleno en el tema que nos ocupa.

Hay que decir, a modo de precisión terminológica, que las leyes procesales y la jurisprudencia utilizan, por lo general, el término "presunción" en *sentido impropio*, como expresión equivalente a "indicio". Así ocurre en el C.P.P. Córdoba (art 261) cuando, establece que el silencio del imputado no implica "una **presunción** de culpabilidad" en su contra.

En segundo lugar, y ya con un sentido conceptual, debe recordarse que la naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación **con una determinada norma de experiencia común**⁸, en virtud de un mecanismo silogístico en el cual, el hecho indiciario es tomado como premisa menor y la regla de experiencia común funciona como premisa mayor.

La conclusión que surge de la relación lógica entre ambas premisas es la que otorga fuerza probatoria al indicio.

Así, por ejemplo, la tenencia de la *res furtiva* no importa, en sí misma, prueba alguna acerca de que su tenedor sea el ladrón. Pero si a aquélla se

⁸ Cfr. Cafferata Nores, José I.-Hairabedian, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, (7ª edición), Abeledo Perrot, 2011, 249 y ss. Véanse las ilustrativas precisiones de Arocena y otros, en la nota nº17.

la enfrenta con una regla de experiencia que enuncie "Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder", la conclusión que de la relación de ambas se obtenga puede presentar valor conviccional.

El respectivo silogismo quedaría configurado así:

Quien roba una cosa, ordinariamente, la conserva en su poder.

El imputado tenía en su poder la cosa robada.

Luego, el imputado probablemente la robó.

Esto evidencia que la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, **del grado de veracidad, objetivamente comprobable**, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos⁹.

Munidos de estos conceptos, entramos en materia.

5. El silogismo que "da nacimiento" al indicio de "mala justificación"

Trataremos a continuación de aplicar el mecanismo precedente, sin hacer-
por ahora- ningún juicio de valor fundado sobre su adecuación a la normativa constitucional y legal vigente¹⁰. Una especie de "ensayo de laboratorio".

a. La **premisa menor** del "silogismo indiciario" es sencilla de enunciar:

El imputado, al prestar declaración, invocó mendazmente, hechos o circunstancias para atenuar o eximir su responsabilidad frente a la imputación formulada en su contra.

b. Pero la **premisa mayor** puede presentar distintas formulaciones, de cuyo sentido dependerá la conclusión- favorable o desfavorable al imputado- del silogismo indiciario.

⁹ Cafferata Nores-Hairbadian, *La prueba...* cit, pag. 249

¹⁰ En verdad, ya lo hemos adelantado precedentemente (vgr. en los n° 1 y 3).

Como de lo que aquí se trata es de el segundo supuesto (conclusión desfavorable), vamos a citar las formulaciones mas comúnmente utilizadas de la premisa mayor que lleven a ese resultado.

Las "reglas de la experiencia" idóneas a tal fin serían, por ejemplo, las siguientes

* nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente¹¹

* quien declara una cosa manifiestamente falsa, es que tiene un motivo que a ello le impulsa;¹²

* quien depone en falso en su descargo, lo hace para salvarse de la infamia y de la pena; ¹³

*_El acusado que opta por afirmar lo que le consta que es falso, o por negar lo que él sabe está comprobado que es cierto, al demostrar interés en desconocer la verdad, induce a pensar que esa verdad le es contraria, y que él es culpable;¹⁴

*siempre se presume que en provecho propio fácilmente mentimos;¹⁵

¹¹ Pietro Ellero , *De la certidumbre en los juicios criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*. 1ª edición argentina Buenos Aires-1994 dice: "En virtud del principio según el cual **nadie se separa de la verdad a no ser por un interés contrario y suficiente**, debe afirmarse que quien declara una cosa manifiestamente falsa, es que tiene un motivo que a ello le impulsa..... Por tanto, pues, quien depone en falso en juicio, va movido por graves intereses; y éstos, en el caso en que las deposiciones sean de descargo, se reducen a salvarse a sí propio, o a los suyos, o a aquellos que le hubiesen corrompido, de la infamia y de la pena."

¹² Pietro Ellero , *De la certidumbre cit.*

¹³ Pietro Ellero , *De la certidumbre cit.*

¹⁴ Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de la pruebas en materia criminal*, Temis – Bogotá-1978, Vol. I,p 325 y ss. expresa: "El acusado que en el curso del juicio opta afirmar lo que consta que es conocido por él falso, o por negar lo que está comprobado que él sabe que es cierto, al demostrar interés en desconocer la verdad, induce a pensar que esa verdad le es contraria, y que él es culpable; **este es el indicio de efecto proveniente de la mentira**".

¹⁵ "El testimonio que disculpa al acusado tiene en su contra una sospecha de descrédito que le quita credibilidad, pues siempre se presume que en provecho propio fácilmente mentimos; y esa presunción de mendacidad no carece de fundamento. El hombre, por necesidad ingénita, aspira a

*el procesado culpable trastabilla, anda en zig zag; cambia, se contradice, trata de remediar las mentiras que ha manifestado.¹⁶

c. Cualquiera de los enunciados precedentes que utilicemos como premisa mayor del silogismo indiciario, nos llevaría a una **conclusión de culpabilidad**. Tomemos el mas sencillo como ejemplo:

Premisa mayor

Un acusado que al declarar opta por afirmar lo que le consta que es falso, o por negar lo que él sabe está comprobado que es cierto, demuestra interés en desconocer la verdad, lo que induce a pensar que esa verdad le es contraria, porque es culpable.

Premisa menor

El imputado, al prestar declaración, mendazmente invocó hechos falsos o negó circunstancias verdaderas para atenuar o eximir su responsabilidad frente a la imputación formulada en su contra.

Conclusión

El imputado es culpable

d. Por cierto (y siempre en **exclusiva función** del "ensayo de laboratorio" aludido al principio) que quedaría para resolver la cuestión de si

no empeorar su propia condición, sino a mejorarla; aspira a alejar los males y a atraer los bienes; y por esto, cuando del diverso tenor de sus palabras se puede derivar un mal o un bien para él, fácilmente se comprende que, aun a expensas de la verdad, **se verá inclinado a decir lo que lo favorece y no lo que le perjudica**".

¹⁵ Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica...cit*, Vol II.p.189.

¹⁶ Enrico Ferri recordado por Enrico Altavilla, *Sicología Judicial*, p.548. Aquél además ha sostenido: "El inocente, dice, acusado en un proceso penal, desde el primer momento expresa sus pensamiento, porque no tiene que decir sino la verdad". Y en otro lugar señala: "La experiencia procesal nos da, en efecto, esta constante enseñanza, sin excepción alguna: el sindicado inocente dice siempre una misma cosa, desde el primero hasta el último momento: podrá hasta dar detalles inexactos (por defecto de memoria o de percepción) , pero en el fondo dice siempre una misma cosa sobre la versión del hecho. "El sindicado **inocente**, falsamente acusado tiene siempre una actitud rectilínea, **como el vuelo de la golondrina**."

los enunciados expuestos en b. gozan de una veracidad, objetivamente comprobable¹⁷, que permita considerarlos “reglas de la experiencia”¹⁸.

e. Pero aun en un hipotético caso **afirmativo**, la verdadera cuestión que queremos enfrentar versa sobre si admitir la conclusión perjudicial para el imputado de semejante silogismo, como prueba de cargo en contra de éste, es o no respetuosa de la normativa constitucional y legal que rige su declaración en el proceso.

6. Las garantías constitucionales que gobiernan la declaración del imputado

La declaración del imputado es el medio predispuesto para que pueda ejercitar su derecho de defensa (medio de defensa): es el acto regulado por las leyes procesales para que aquél, luego de ser informado de los delitos (hechos y encuadramiento legal) que se le atribuyen y las pruebas existentes en su contra, decida **libremente** (incoercibilidad moral) si prefiere ejercer su defensa material guardando silencio (art. 18, CN; art. 8.2.g, CADH; art 14.3.g PIDCP) o a través de manifestaciones verbales en descargo o aclaración del ilícito que se le incrimina (derecho a ser oído, arts. 8.1, CADH; art. 14.1,

¹⁷ Arocena, Gustavo; Balcarce, Fabian I; Cesano José D., *Prueba en materia penal* (libro que los autores tuvieron la gentileza de dedicarme) Astrea, Bs. As. 2009, p. 461, advierten que “este esquema formal, pues, se elabora sobre la base de una premisa mayor provista, respectivamente, por las leyes consensuadas y vigentes en los distintos sectores de los saberes protocolizados – ora empíricos, ora históricos-, o por nociones de sentido común, que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio, en cierto lugar y en cierto momento, y que pueden fundarse en vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, o – **como sucede mas a menudo- expresar únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico**” (citando a Taruffo, *La prueba de los hechos*, pág 219).

¹⁸ Hay quienes sostienen que la presunción de culpabilidad que se deriva de los indicios que pueden desprenderse del silencio o de la falsedad colisionan frontalmente con las actuales tesis de la psicología judicial, según las cuales dichas actitudes no son comportamientos únicamente atribuibles al imputado realmente culpable sino que puede deberse a otro tipo de razones. Gómez del Castillo, citado por Durga Angulo, *La Declaración del Imputado ¿usted desea declarar?* en El Proceso Penal Adversarial, Rubinzal Culzoni, Tomo II, p.137.

PIDCP, de nivel constitucional, art 75 inc 22 CN).

Venimos en estas reflexiones enfatizando nuestra posición contraria al llamado "indicio de mala justificación", con cualquiera de los efectos perjudiciales para el imputado que se le puedan asignar (ver nº 3), por que constituye **un modo larvado** -pero no menos grave- de desconocer la garantía constitucional que asiste al imputado, que es el "**nemo tenetur se ipsum accusare**" (nadie está obligado a acusarse; nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo) (arts. 18, CN; y 8.2.g, CADH; 14.3.g PIDCP, de nivel constitucional, art 75 inc 22 CN),¹⁹ y vulnerar además la presunción constitucional de inocencia (art 18 CN; arts 26 de la DADDH; 11 de la DUDH; 8.2 de la CADH, y 14.2 del PIDCP de nivel constitucional, art 75 inc 22 CN).

Esta posición ha sido sostenida desde mas de un cuarto de siglo atrás, en el precedente "Serafíni" del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Allí se sostuvo que siendo la declaración del encartado un medio de defensa material y no de prueba, su utilización en contra de aquél por la **mera falta de veracidad de sus dichos** resulta violatoria de normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio (CN, art.18; Const. Prov., art.8; y CPP, art. 294). Al establecer la sentencia esta suerte de inversión probatoria, en la que decisivamente se sustenta, se la ha privado de legítima fundamentación (CPP, art. 417,inc. 3º)²⁰.

Mas recientemente se ha expresado (prestando una correcta aquiescencia), que "...la doctrina casatoria ha señalado la conexión entre el principio de inocencia con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido, de modo que **no se podrá utilizar como presunción de**

¹⁹ O "*nemo tenetur se detegere*" (nadie está obligado a descubrirse).

²⁰ TSJCba, "Serafíni" ,S. del 17-4-84. Pero me apresuro en aclarar que, aunque en ese momento presidía la Sala Penal del TSJ Cba, no voté en esa sentencia por haberme inhibido: sin embargo, adherí sin ambages a esa posición, lo que quedó reflejado en numerosos fallos posteriores en los que voté en idéntico sentido.

culpabilidad en su contra, ni como circunstancia agravante para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41 C.P., que el imputado se abstenga de declarar, **o que al hacerlo mienta**, o el modo en que ejerza su defensa”²¹.

Ello es así porque resultaría arbitrario e ilegal que las manifestaciones defensivas del imputado, por el solo hecho de no haber sido avaladas por la prueba del proceso, puedan ser utilizadas en su perjuicio, pues tal razonamiento importaría una fuerte desnaturalización de su derecho de defensa material ya que, si cada vez que las expresiones del imputado negando su culpabilidad o los hechos fundantes de la imputación en su contra no fueran admitidas como verdaderas, se pudieran transformar -por su presunta mendacidad- en prueba de cargo en su contra, el derecho de defensa quedaría **reducido a decir cosas verdaderas**, cuya veracidad

²¹ Tarditti, Aida “*La fundamentación de la sentencia en la individualización de la pena y el recurso de casación en la jurisprudencia de Córdoba*”, en revista de Derecho Penal y Criminología- La Ley año 1, n° 3, pag. 83; la opinión es de noviembre de 2011. Puede citarse como ejemplos del “modo” en que el imputado “ejerza su defensa”, el calificar de conducta procesal *sospechosa suya* y de su defensor, el impugnar peritos que debían dictaminar sobre la autenticidad de los documentos, impugnación de la que se *infirmó intranquilidad* en el imputado sobre el resultado de tal prueba, pese a haber sostenido que la firma fue puesta en su presencia (TSJCba, “Serafini” ,S. del 17-4-84); o ponderar negativamente para el acusado determinadas circunstancias relativas a la manera en que el mismo ejerciera su derecho de defensa, tales como estar presente en la audiencia de debate mientras se diligenciaba la prueba del hecho y haber presentado un escrito con el que pretendía acreditar que su hija había tenido relaciones sexuales con un joven que concurría al mismo colegio que ella, para eximirse así de responsabilidad (T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 107, 6/06/2007, “*García, Carlos Hugo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. -Recurso de Casación-*” Dres. Cafure, Tarditti y Blanc G. de Arabel). Cabe agregar aquí otro párrafo del precedente “Serafini” del TSJCba, que expresa que “tampoco la conducta procesal del imputado o de su abogado, en orden al ejercicio del derecho de defensa, puede ser considerada como indicio de culpabilidad, por más que aquella se aparte de la normas rituales vigentes o revista modalidades inapropiadas. Los excesos de cualquier naturaleza, cometidos en el ejercicio de los poderes que el Código Procesal Penal acuerda, serán pasibles de las correcciones procesales o disciplinarias que correspondieren, *pero no pueden ser reputadas como circunstancias reveladoras de criminalidad*. Lo contrario, y tal como lo acepta el Tribunal a-quo, constituye una violación del derecho de defensa, constitucionalmente consagrado” (S. del 17-4-84).

además el acusado debería probar²², so pena de que, en caso contrario, se las considere mentirosas, y por ende prueba de culpabilidad en su contra, carga probatoria que vulneraría el principio de inocencia constitucionalmente reconocido a su favor.

De tal suerte, si la invitación al imputado a expresar libremente (art 259 CPP) cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen (art 262 CPP) solo puede aceptarse – inocuamente por aquél- para decir la verdad sobre los mismos, porque si así no lo hace, su mentira podrá ser considerada una prueba de su culpabilidad, habrá que admitir que **tal libertad quedaría reducida a decir la verdad** sobre la imputación que se le formula, **libertad que solo tendrá quien sea inocente** (cerceñándose además el derecho del imputado -dicho esto con “las debidas licencias” - “ontológicamente” culpable- a no confesar).

Estas son las razones por las que “la utilización de la **mera insinceridad** del imputado como indicio de culpabilidad es jurídicamente descalificable, ya que deviene violatoria de las normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio”²³. Véase también lo dicho en el nº 11.

7. La declaración del imputado como “eventual fuente de pruebas”

²² Argumentos con los que patrociné al condenado en el recurso extraordinario a su favor interpuesto en los autos ,“Casas, Alejandro”, Expte C. 2016/06 Rex, del 3 de Mayo de 2007” que fue acogido por la CSJN por estos motivos (véase nota nº 4). Desde otro lugar se ha dicho que la atribución de indicio de culpabilidad a las manifestaciones del imputado coloca a declaración como medio de prueba y, en tanto se la integra a la valoración de los elementos introducidos al juicio a fin de determinar la autoría de la persona, contraviene la obligación, que en forma exclusiva recae sobre el Estado, de acreditar la culpabilidad. Durga Angulo, *La Declaración del Imputado ¿usted desea declarar?* en El Proceso Penal Adversarial, Rubinzal Culzoni, Tomo II, ps. 137 y ss.

²³ Cafferata Nores-Tarditti, *CPP..cit*, t. 1. pág 623.

Mucho se ha dicho sobre que la declaración del imputado puede también ser **eventual fuente de pruebas**²⁴.

Pero debe precisarse que solo podrán "brotar" legítimamente de esa "fuente", las favorables que puedan incorporarse por las menciones que de ellas haga (evacuación de citas- art 267 CPP²⁵), e inclusive las desfavorables que puedan surgir de su declaración libremente prestada²⁶ (vgr, confesión lisa y llana - art

²⁴ TSJCba (sent. n° 45, 28/7/98, "Simoncelli") ha aseverado que se trata de un acto que *materializa la defensa en juicio del imputado*, pero que puede ser empleado como *eventual fuente de prueba*: "... nadie pone en duda hoy en día que la "declaración del sometido a proceso, analizada desde la óptica del imputado, importa un medio idóneo para la materialización de su defensa en juicio. Y justamente, para alcanzar de manera eficaz tal significado, es que desde la perspectiva del juez en lo penal, se debe traducir dicho acto en una fuente eventual de pruebas, pues, de lo contrario, si las manifestaciones del imputado estuvieran ajenas a todo tipo de valoración, no pasarían de ser meras expresiones formales, ineficaces desde el punto de vista de la defensa material". .

²⁵ Quizás sea útil enfatizar aquí, de paso, que esta atribución del imputado no es una mera manifestación del derecho de libertad de expresión que tiene cualquier ciudadano: por el contrario, es parte *esencial* de su derecho de defensa material. Para que el ejercicio concreto de esta atribución sea una manifestación de éste (del derecho de defensa) y no de aquel (derecho a la libre expresión), es que el art 267 CPP impone a la autoridad judicial que recibió la declaración, la obligación de "investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado" en dicho acto (art 262 CPP). Suma así a la pasiva formalidad de *oír* al imputado, la "pro-activa" obligación de *investigar* los hechos de descargo invocados por éste y recibir las pruebas que haya mencionado en su declaración que sean pertinentes y útiles.

²⁶ Hay que reconocer que el "indicio de mala justificación" encuentra **una aliada** en la reglamentación procesal de la declaración del imputado, cuando se la impone como **un acto personal obligatorio** ante la autoridad judicial, que si bien debe hacerse en presencia del defensor, a este no se le permite intervenir activamente en la misma, impedimento que está claramente explicitado para cuando se produce en el debate: "El imputado podrá también hablar con su defensor sin que por esto la audiencia se suspenda, *pero no podrá hacerlo durante su declaración o antes de responder a preguntas que se le formulen*" reza el art 387. En verdad nos parece que debería generalizarse la forma prevista en el art 353 bis del CPP de la Nación (ley 24286) que -para el supuesto que contempla- establece : "*En la primera oportunidad, el agente fiscal le hará conocer al imputado cuál es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra, y lo invitará a elegir defensor. El imputado podrá presentarse ante el fiscal con su abogado defensor, aun por escrito, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, pueden ser útiles*". Coincidimos plenamente con Frascaroli, sobre que la disposición "es la primera en el país que en verdad acuerda a la declaración del imputado el carácter de *medio de defensa*, pues le permite, previo conocimiento de los hechos y las pruebas, refutarlos con la tranquilidad necesaria para dar libremente su versión, exento de la presión que significa hacerlo inmediatamente después de conocer la imputación, frente a frente con la

415 CPP-; admisión de hechos que excluyan la posible concurrencia de causas de justificación -vgr, que atacó primero a quien responde la agresión, generándose así una *pela* en la que termina matando a éste- o de atenuación de su responsabilidad -vgr.que si bien no creyó en la versión de su esposo de que le había sido infiel, la semana siguiente al recordar esas palabras, tuvo un acceso de indignación que lo llevó a apuñalarlo-²⁷) .

8. ¿Cual será, entonces, la consecuencia de la mentira?

Si el imputado opta por declarar y expone una versión sobre el hecho que se le atribuye procurando excluir o aminorar la respuesta punitiva, esto genera la obligación del órgano judicial que la recibe de examinar, cuando procesalmente corresponda, si la prueba reunida por la acusación destruye la existencia de las circunstancias disculpantes invocadas. Si esto último no ocurre (o sea, si la posición defensiva no es destruída), se deberá analizar la

autoridad que deberá luego evaluarla. Si la indagatoria -dice- es por excelencia el acto procesal por el cual el imputado ejercita su defensa material, no tiene que estar regulada como un acto de sometimiento a la autoridad judicial, tal como lo disponen nuestros códigos procesales, fruto quizás, de aquella herencia inquisitiva que consideraba al interrogatorio del imputado como un medio de prueba, útil para obtener el premio más ansiado por el inquisidor: *la confesión*. Nuestro sistema de enjuiciamiento penal -concluye- debe aceptar transformaciones como éstas,... para que se corresponda con las garantías que el sistema constitucional consagra expresamente» (Frascaroli, Susana, "Indagatoria por escrito (¡Qué diría Torquemada!)", en Semanario Jurídico, nº 1176, del 5/2/98, p. 128)

²⁷ La *confesión* es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva ya deducida en su contra. En tal caso se la suele denominar *simple*, en tanto que se la llama *calificada* si se le añaden circunstancias capaces de excluir la responsabilidad penal (maté, pero en defensa propia) o atenuada (maté, pero violentamente emocionado). En esta última hipótesis es posible, si se acredita (por elementos objetivos independientes) la inexistencia de la disculpa, aceptar el reconocimiento de participación en el hecho y valorarlo como prueba de cargo. **Pero esto derivará de lo reconocido por el imputado, que resultó cierto, no de lo que dijo y se comprobó que no era verdad.**

relevancia jurídica de estas a los efectos de la procedencia legal de la eximente o atenuante invocada en la declaración²⁸.

Pero si la prueba acusatoria logra destruir la señalada posición defensiva, porque su contenido es mentiroso, aquella (la prueba acusatoria) podrá haber adquirido el valor conviccional legalmente exigido para fundar resoluciones contrarias al imputado, sean provisionales (vgr, prisión preventiva) sean definitivas (vgr, sentencia de condena), según el grado de convicción con que logre descalificar la versión exculpatoria del imputado y acreditar además su responsabilidad penal²⁹.

La acreditación de que la disculpa del imputado es mentirosa, entonces, tendrá como único efecto **allanar** el progreso de la acusación y una decisión jurisdiccional favorable sobre su fundamento, **siempre y cuando** estas su puedan apoyar independientemente en las (¿otras?) pruebas obtenidas por el acusador en el ejercicio de sus amplios poderes.

La mentira será, entonces, un **simple fracaso** de la refutación a la acusación. **Ningún otro efecto tendrá** su demostración (la de la mentira del imputado): solo ese. No podrá ser un indicio de culpabilidad: será inocua, **neutra**³⁰: tendrá, como bien se ha dicho, **valor cero**³¹ como prueba de

²⁸ En esta sintonía, el TSJCba (sent. nº 64, 23/8/2002, "Camacho de Gerez") asevera: "... que habiendo brindado la imputada una explicación que la liberaba de responsabilidad, debió la Juzgadora incluirla en su razonamiento, a los efectos de examinar si la prueba le possibilitaba destruir con certeza la defensa esgrimida".

²⁹ Para condenar, el TSJ Cba en el fallo "Camacho" precedentemente citado, exige que la prueba reunida por la acusación sea idónea para "destruir con certeza la defensa esgrimida".

³⁰ La mentira deslizada en dicho ámbito debe ser considerada *normativa y axiológicamente neutra*, expresa Rafecas, Daniel Eduardo *El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación* Revista de Derecho Penal, Año 2001 Nº 2, ps 591 y ss.

³¹ Esta ilustrativa alocución le leímos en alguna parte; no hemos logrado reconstruir en donde, pero nos apresuramos a indicar que no es de nuestra propia cosecha.

cargo (incluso para la individualización de la sanción que eventualmente se le imponga -véase nº 11-).

Es que, de acuerdo al plexo constitucional y legal vigente, la culpabilidad del acusado solo estará legalmente acreditada cuando pueda ser certeramente "*inducida de datos probatorios objetivos, nunca deducida de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, o de su silencio o de explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similares*"³².

9. ¿"Fair trial" o puñalada trapera?³³

Como **refuerzo** de nuestra posición, se nos ocurre desafiar a quienes **no** coincidan con ella y acepten la validez del indicio de mala justificación como prueba de cargo, para que al menos produzcan una modificación (o exijan una reforma legal) del contenido de la información que se le proporciona al imputado luego de intimarle los hechos que se le atribuyen y las pruebas existentes en su contra.

Es que para ser **procesalmente leal** ("fair trial"), el órgano judicial que recibe la declaración indagatoria tendría que informar al imputado de acuerdo al siguiente tenor (aproximado)³⁴:

"Sr, Ud puede declarar o abstenerse de hacerlo, sin que su abstención pueda ser valorada como un indicio de culpabilidad en su contra.

³² Cafferata Nores, José I, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Del Puerto, 2000, págs 73/74

³³ Esta locución, en su acepción figurada- como aquí la usamos- significa, según el Diccionario, "*traición, jugarreta, mala pasada*".

³⁴ Nótese que, a diferencia de otras garantías (por ej., la inviolabilidad del domicilio), el privilegio contra la autoincriminación es absoluto: el imputado no debe barruntar ningún peligro de que su situación procesal pueda agravarse a partir de su decisión de si declarar y de qué declarar. Rafecas, Daniel Eduardo *El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación* Revista de Derecho Penal, Año 2001 Nº 2, ps. 591 y ss.

*Ahora bien, si opta por declarar, es mi deber advertirle que si al hacerlo miente para justificarse, esta mentira **si** puede ser valorada como un indicio de culpabilidad en su contra”.*

De este modo, el imputado quedaría avisado antes de decidir si declara o se abstiene de hacerlo, **sobre las consecuencias perjudiciales** para su situación procesal que podrían derivarse de optar por declarar y hacerlo mendazmente para defenderse de la imputación que se le formula. Y se le evitaría **la sorpresa** de encontrarse con que, la invitación judicial a exponer “todo lo que crea conveniente en descargo o aclaración de los hechos” (art 262 CPP), esconde la posibilidad de ser víctima de una “puñalada procesalmente trapera”: si al exponer cree **conveniente** mentir, esta mendacidad puede ser utilizada como una **prueba de cargo en su contra** (limitación a su libertad de declarar de la que **no había sido** previamente informado).

Se le haría así conocer al imputado, honorablemente, el paradójico alcance acordado a su “incoercibilidad moral”: si bien la “letra” del CPP establece (art 259) que “en ningún caso” se le podrá requerir “juramento o promesa de decir verdad”, en la realidad **mas le vale que no mienta**: “*sepa Ud que la libertad que se le reconoce, es solo para **declarar la verdad***”, debería aclarársele.

Demás esta reiterar que lo precedentemente expuesto, solo pretende reforzar -por el absurdo- nuestra posición sobre la infracción constitucional que implica el indicio de mala justificación: es un intento (quizás vano, pero siempre frontal) de aplicarle a la invocada legalidad de éste indicio una especie de “estocada final” argumental.

10. El vuelo del murciélago

Hay quienes tratan de limitar la concurrencia del indicio de mala justificación, a los casos en que el imputado no se limite a mentir una vez, sino que descubierta que sea su primera mentira, insista con otras, tratando de modo zigzageante de ir acomodando su versión exculpatoria a las nuevas pruebas de cargo que van destruyendo la versión anteriormente esgrimida³⁵; o que la justificación mentirosa se produzca luego de que el avance de la investigación vaya fortaleciendo la hipótesis acusatoria³⁶.

Pero la ilegalidad del "indicio de mala justificación" no se excluye ni aminora por mas que se produzcan aquellas circunstancias, pues la supuesta regla de experiencia de la que se deduce sigue siendo la misma: "solo el culpable miente" (la única diferencia es que aquellos exigen que lo haga reiterada y sucesivamente).

11. Mentira e individualización de la pena

Consecuentemente con lo hasta aquí expuesto, también se debe **descalificar** el uso de la mentira del imputado al prestar declaración como **circunstancia**

³⁵ "...el procesado **culpable** trastabilla, anda en zig zag; cambia, se contradice, trata de **remediar las mentiras que ha manifestado**, tiene siempre una actitud sinuosa como el **vuelo del murciélago**", señala Enrico Ferri, recordado por Enrico Altavilla, *Sicología Judicial*, ps 548 y ss. En un sentido coincidente se ha dicho que "algunas veces, el indicio de la justificación insuficiente sólo va creciendo poco a poco en fuerza de convicción. Así por ejemplo, si el imputado hace respecto a un mismo punto una serie de afirmaciones defensivas, sin que el examen pueda tornar verosímil una sola de ellas. A veces, una **cadena semejante de descargos frustrados** no puede considerarse un simple producto de la casualidad, sino que constituye una señal de que las explicaciones dadas por el imputado en su defensa, eran afirmaciones de conveniencia, carente de base real. Dohring, Erich. *La prueba. Su práctica y apreciación*, pág. 231).

³⁶ La Cámara de Acusación de Córdoba admitió -creemos que solo para este supuesto- el "indicio de mala justificación" en el caso en que la versión con la que intenta exculparse el imputado, no la produjo en la primera declaración que prestó sino en la última, pretendiendo además acreditarla con testimonios de personas que depusieron con posterioridad a la justificación, que se muestran invariablemente como partes que conforman un rompecabezas, encastrando a la perfección con la versión de aquél, violando para ello reglas de la experiencia, que el tribunal señala (A.I. N° 71, 9/5/07, "García José Luis").

agravante para la mensuración concreta de la sanción que se le imponga al ser condenado (arts 40 y 41 C. Penal).

Ya destacamos que la utilización como agravante de "falta de arrepentimiento" a los fines de la individualización de la pena (arts 40 y 41 CP) que el imputado haya negado su participación en el hecho, fue descalificado por la Corte Suprema³⁷; que calificada doctrina ha señalado "la conexión entre el principio de inocencia con el derecho de defensa, pues proporciona a éste su verdadero sentido", de modo que "**no se podrá utilizar ...como circunstancias agravantes para la individualización de la pena** que se le pudiere imponer, art. 41 C.P., que el imputado se abstenga de declarar, **o que al hacerlo mienta, o el modo en que ejerza su defensa**"³⁸, posición compartida por el TSJ Cba en recientes precedentes al señalar que el hecho de que el imputado al declarar mienta "no se podrá utilizar como circunstancia agravante para la individualización de la pena"³⁹.

De modo coincidente se ha señalado que "el juicio de determinación de la pena mira el hecho del pasado que se la atribuye a la persona, el mismo hecho que fue objeto del juicio. La conducta mendaz del imputado no forma parte de aquel hecho y por eso no puede formar parte de aquel juicio de reproche. Esta confusión -y vulneración al principio de culpabilidad- se traduce así en una **violación al principio de legalidad**, ya que impone pena -más cantidad de pena- por una circunstancia que no integra el tipo

³⁷ CSJN,"Casas, Alejandro ",Expte C. 2016/06, Rex, del 3 de Mayo de 2007, remitiéndose a los fundamentos del Procurador General del 27 de octubre de 2006); Véase nota nº 4.

³⁸ Tarditti, Aida "*La fundamentación de la sentencia en la individualización de la pena y el recurso de casación en la jurisprudencia de Córdoba*", en revista de Derecho Penal y Criminología- La Ley año 1, nº 3, pag. 83.

³⁹ T.S.J.Cba, Sala Penal, Sent. nº 66, 4/07/2005, "Chandler, Javier Horacio" citado por Hairabedián, en el tomo 3 de actualización de Cafferata Nores-Tarditti, *CPP...cit*, pag.52.

imputado, que no configura circunstancia personal, ni conducta precedente del sujeto y que ni siquiera configura un tipo penal”⁴⁰.

Y “desde el punto de vista de los fines político-criminales que el Estado persigue también se reafirma esta posición. Pues si toda la comunidad supiese de antemano que, frente a la comisión de un mismo delito, la pena aumentaría si se demostrara mendacidad en la declaración indagatoria, **estaríamos forzando a sus integrantes, a través del plus de la pena elevada y su efecto preventivo general, a la declaración contra sí mismos**⁴¹.

Estas opiniones, nos parece, avalan sólidamente nuestra posición.

12. El argumento de las garantías judiciales de la víctima

Tampoco es válido para justificar la vulneración constitucional que implica el “indicio de mala justificación”, argumentar que con él se protege mejor a la víctima del delito constituida en querellante, a quien debe garantizarse una situación de igualdad con el imputado.

Ello porque la consagración del “nemo tenetur...” **no admite excepciones** en la Constitución, y es una garantía del imputado que no se puede desconocer judicialmente para nivelar su situación con la de la víctima, invocando el derecho de ésta a la tutela judicial efectiva, pues la normativa supranacional que la reconoce (vgr. arts. 25 y 8.1 de la CADH), si bien adquiere nivel constitucional, “ **no deroga(n)** artículo alguno de la primera parte de esta Constitución “(art 75 inc 22 CN).

⁴⁰ Durga, Angulo, *La Declaración del Imputado ¿usted desea declarar?* en El Proceso Penal Adversarial, Rubinzal Culzoni, Tomo II, ps. 137 y ss.

⁴¹ Rafecas, Daniel Eduardo, *El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación* Revista de Derecho Penal, Año 2001 Nº 2, ps. 591 y ss. quien agrega: “Será cuestión de ver cuánta pena adicional será necesaria para **compeler a todos y a cada uno de los criminalizados a confesar**, para satisfacer los requerimientos de un Estado totalitario.

Es verdad que aquella normativa supranacional exige que la defensa del imputado se desarrolle en condiciones de "plena igualdad" (v. gr., art. 8.2, CADH; art. 14.3, PIDCP.) con la acusación: y no es menos cierto que, cuando la acusación está a cargo de la víctima o esta participa en ella de alguna manera, la "plena igualdad" debe analizarse también desde su "punto de vista".

En principio concurrirá esta igualdad cuando ambos tengan, no sólo en teoría sino también en la práctica, las mismas posibilidades (reales) para influir en las decisiones de los jueces: la **paridad** de atribuciones procesales a estos fines entre el acusador público -y el privado que hubiere- y el imputado es la manifestación legal más perceptible de la igualdad.

Pero, respecto a estos dos últimos, debe computarse además una suerte de "compensación" de "ventajas" que la persecución penal ofrece: el Estado pone⁴² esa actuación penal oficial a disposición de la tutela judicial de la víctima, constituida en acusador privado: esta es la "**ventaja**" que tiene la **víctima**. A vez el sistema constitucional impone como límite a la persecución penal la presunción de que el imputado es inocente, por lo que la aplicación de la ley represiva en su contra exige la certera demostración de lo *contrario* (o sea, de su culpabilidad) lo que solo será posible mediante pruebas, cuya obtención **no puede lograrse vulnerando el derecho de defensa de éste** (art 11.1 DUDH), una de cuyas expresiones sobresalientes es el "nemo tenetur..": esta es **la "ventaja" que tiene el imputado**.

⁴² Mas allá han ido los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos con competencia en nuestra región (Com. IDH; Corte IDH) cuando sostienen que la razón principal por la que el Estado debe perseguir eficazmente el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de "garantizar el derecho a la justicia de las víctimas", entendiendo a la persecución penal, cuando alguno de los derechos de aquellos haya sido violado por un delito, como un corolario necesario de la garantía a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia de la violación de su derecho, se identifique "a los responsables" y se les imponga "las sanciones pertinentes".

13. ¿Van por mas?

Lo que debe tenerse en claro es que, en el fondo, la aceptación del indicio de mala justificación es **un primer paso** para debilitar (primero) y aniquilar (después) el derecho de abstenerse de prestar declaración sin que la negativa pueda considerarse como un presunción de culpabilidad⁴³, pues la estructura lógica (ya analizada- ver nº 5-) que fundamenta el derivar la culpabilidad de la mentira, es la misma que se puede utilizar para derivar la culpabilidad del silencio frente a la intimación⁴⁴.

14. La jurisprudencia

⁴³ Una ilustrativa demostración del debilitamiento del "nemo tenetur" a nivel internacional, formula Villamarín López, María Luisa, *La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable*, en Revista de Derecho Procesal Penal (2010-1) La Defensa Penal-Rubinzal-Culzoni), p. 345.

⁴⁴ Roxin, no obstante reconocerle razón a la jurisprudencia alemana que opina que el principio del *fair trial* exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado, no sólo cuando el procesado guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la Policía o en cualquier otro momento concreto, se **pronuncia favorable** a la doctrina judicial de su país que admite como limitación a la regla señalada que puedan **derivarse consecuencias desfavorables** cuando alguien, en un principio, declara y **guarda silencio sólo respecto a puntos particulares o no contesta ciertas preguntas**. Procurando justificar su concepción, contraria a la que sostenemos en el texto, el jurista asevera: "... quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante – agrega–, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho, **qué no ha dicho**, y sobre todo, se han de deducir las respectivas conclusiones" (Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 123 y 124).

Nos pareció conveniente incorporar, como culminación de estas líneas, algunas posiciones jurisprudenciales significativas por el valor de autoridad que revisten.

a.-La **descalificación terminante** del "indicio de mala justificación" la produce la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** en el precedente "Casas". Allí dijo que "como bien lo expresa la defensa –y no es necesario extenderse sobre el punto, debido a la claridad de la cuestión– si la Corte" Provincial de Catamarca "valora negativamente (**a los efectos que fueran....**) expresiones defensivas del imputado, relativas a que no habría cometido el hecho, o que lo habría cometido en circunstancias menos graves, **viola la prohibición que lo protege de la autoincriminación, consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.** Dicho de otra manera: contraviene la protección constitucional contra la autoincriminación, la creación por parte de las autoridades que conducen el proceso, de **una situación tal que si se elige no confesar, se sufrirán consecuencias negativas directamente relacionadas con el proceso.**"⁴⁵

b. Los tribunales de Córdoba que aceptan el indicio de mala justificación, se cobijan recurrentemente en el precedente "Simoncelli" del Tribunal Superior local⁴⁶, lo que nos obliga a prestarle una preferente

⁴⁵ CSJN, "Casas, Alejandro ", Expte C. 2016/06 Rex, del 3 de Mayo de 2007, remitiéndose a los fundamentos del Procurador General del 27 de octubre de 2006. Vease la nota nº 4 . Tiempo antes de ese precedente (y con distinta composición) la Corte había tachado de arbitraria una sentencia que absolvió a los acusados del delito de robo en grado de tentativa, si incurre en contradicción cuando califica de "pueril e increíble" el pretexto con el que trataron de cohonestar la tenencia de los efectos que les comprometían y, al propio tiempo, **no utiliza esa mala justificación como indicio de cargo**" (C.S.J.N.; "Cáceres Julio y otros, del 28.04.88 JA 1988, TII, p. 3272").

⁴⁶ Sentencia nº45 del 28/07/1998

atención.

Si bien es cierto que el alto cuerpo parece avalar (en **ese** caso concreto) la posición que considera como un indicio de cargo en contra del imputado que este en **su relato** se *aparte de la cronología* de las atenciones médicas a la víctima, *incurra en explicaciones inverosímiles* para contrarrestar algunos de los hechos mencionados por otra testigo de cargo o *niegue circunstancias acreditadas incontrastablemente* por otras pruebas, el razonamiento sobre la utilización como prueba legítima de cargo de **estas** circunstancias que encuadra como **"indicios de mendacidad y mala justificación"** se queda a mitad de camino.

Ello así pues la razón por la que el TSJCba confirma la condena que los adopta en su fundamentación, es que en el caso "la sentenciante colocó en **paridad"** **a estos indicios**, "con los otros mencionados" (relato de la coimputada; actitudes y comportamientos del imputado a la época de producirse la internación por la postrer y letal lesión de la víctima; personalidad acorde con la de un autor activo de maltrato), por lo que en el caso "no se vislumbra" que los indicios de mendacidad y mala justificación "hayan sido el **eje vector** o el **fundamental aval** de la motivación de la sentencia", pues **"todos resultan desfavorables convergentemente"**.

Y decimos que el razonamiento se queda a mitad de camino porque nada dice expresamente sobre la legitimidad o ilegitimidad **"abstracta"** de estos indicios. Se limita en cambio a señalar que no fueron **dirimentes** ("eje vector"; "fundamental aval") en el caso **concreto**⁴⁷ que resuelve para arribar

⁴⁷ Es **incorrecto** analizar si el indicio de mala justificación es o no dirimente en la declaración de culpabilidad, para aceptarlo o no como prueba según revista una u otra calidad. Ello porque se trata de una prueba ilegítima, por lo que no puede ser objeto de valoración en ningún supuesto. Es que previo al análisis de la dirimencia de una prueba, está la aceptación de su legitimidad; o dicho de otro modo, para que una prueba pueda ser calificada o no como dirimente, antes debe haber sido aceptada como legítima. Si el indicio de mala justificación es violatorio de la Constitución, ningún valor probatorio se le puede acordar en ningún supuesto, sin incurrir en ese quebrantamiento.

a la conclusión de culpabilidad, diferenciándolo con el supuesto de un precedente anterior propio⁴⁸ en el que "la mayoría de la Sala, consideró ilegítima la sentencia que se basó **decisivamente** en la mera insinceridad del imputado"⁴⁹.

Lo precedentemente expuesto **podría** llevar a interpretar que la doctrina judicial de "Simoncelli" sería, entonces, que los indicios de mendacidad y mala justificación se pueden usar en contra del imputado en tanto la condena no se apoye en ellos en forma dirimente⁵⁰.

⁴⁸ TSJCba, "Serafini", S. del 17-4-84 .

⁴⁹ Es bueno aclarar **que no fué** por mayoría, pues los tres vocales del TSJ se pronuncian por la nulidad de la sentencia impugnada. Desmenuzando el fallo se advierte que los vocales del 1º y 2º voto expresamente hacen referencia al tema y el del 3º voto, , señala que por otros fundamentos que desarrolla in extenso, mas " **las razones expuestas por quienes me preceden en la emisión del voto- que comparto...**" coincide en que la sentencia de mérito impugnada es nula. Existe unanimidad, entonces sobre que la utilización de la declaración del encartado en contra de éste "por la mera falta de veracidad de sus dichos resulta violatoria de normas constitucionales y legales preservadoras de la garantía de defensa en juicio"

⁵⁰ "Por esencial o dirimente se ha entendido un elemento probatorio cuando por sí o unido a otros, verosíblemente *podría modificar la solución dada a la cuestión probatoria*". Concurrirá la dirimencia cuando "la exclusión hipotética "de la prueba "indebidamente incluida en el razonamiento del sentenciante" acarree "como resultado, que la conclusión fáctica a que se arriba en la motivación, resulte por alguna razón (v.gr., por permitir lógicamente arribar a una conclusión contraria o distinta a la que arriba la sentencia de condena sobre la culpabilidad del imputado) violatoria de *las reglas de la sana crítica*" (Cafferata Nores-Tarditti, *CPP de la Provincia de Córdoba comentado*, nota al art. 413). Cabe agregar que no es fácil encontrar un indicio "dirimente", por lo que la jurisprudencia permite acordar esa condición a la consideración conjunta de varios indicios individualmente anfibológicos. Pero esto debe analizarse con sumo cuidado pues la capacidad de varios indicios anfibológicos para producir certeza, no deviene de su cantidad ni de su suma (como a veces incorrectamente ocurre), aunque todos individualmente sean anfibológicamente de cargo. Aquello solo podrá ocurrir (y no siempre, por cierto) cuando cada indicio refuerze la entidad probatoria de los otros (y viceversa), de modo que ese refuerzo lleve a dotar a la consideración conjunta de ellos, de alguna aptitud para producir certeza. Al indicio anfibológico en su consideración individual, se le agrega, de este modo, una suerte de **plus probatorio**: el de ser reforzado por otros, a los cuales él mismo a su vez refuerza; este

Decimos "podría" porque para así concluir se debería poder argumentadamente **sortear**, por ejemplo, un precedente cinco años posterior emanado del mismo alto tribunal. Este en "Alfaro"⁵¹ dijo que "la garantía constitucional de la defensa en juicio no se restringe a consagrar el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo sino que avanza **mucho más allá** impidiendo que se considere como presunción de culpabilidad en su contra o como circunstancia agravante para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, **el modo en que el imputado ejerza su defensa**" (en el caso, el **acusado mintió** para tratar de eludir parte de su responsabilidad, y atribuyó falsamente a los funcionarios policiales, haberle "plantado" el arma de fuego que él había portado y disparado).

O lograr desconocer fundadamente el fallo seis años **posterior** a "Simoncelli" del alto tribunal dictado en "Chandler"⁵², donde se señaló que "no se podrá utilizar como circunstancias **agravantes para la individualización de la pena**, que el imputado se abstenga de declarar, o que al hacerlo **mienta**, o el modo en que ejerza su defensa. Ello así, desde que el Código Procesal Penal proscribiera requerirle juramento o promesa de decir la verdad y, por ende, consagra la garantía de declarar libremente (art. 259)".

O ignorar que en "García"⁵³ -decisorio producido nueve años después de "Simoncelli"- el alto tribunal categóricamente expresó que el principio de

refuerzo conviccional recíproco entre varios indicios anfibológicos de cargo, es lo único que permitiría invocar su valoración conjunta para intentar justificar la certeza exigida para condenar.

⁵¹ T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 45, 27/05/2004, "Alfaro, Leonardo Francisco", citado por Hairabedián, Maximiliano, en el tomo 3 de actualización de Cafferata Nores-Tarditti, *cit*, pag.51

⁵² T.S.J.Cba, Sala Penal, Sent. n° 66, 4/07/2005, "Chandler, Javier Horacio" citado por Hairabedián, en el tomo 3 de actualización de Cafferata Nores-Tarditti, *cit*. pag.52.

⁵³ T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 107, 6/06/2007, "García, Carlos Hugo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado, etc. -Recurso de Casación-" (Dres. Cafure, Tarditti y Blanc G. de Arabel).

inocencia autoriza al encartado a ejercer su defensa a través de un comportamiento procesal pasivo y conlleva la prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo *-nemo tenetur se ipsum accusare-* (art. 18 C.Nac.; art. 40 C.Prov.). De lo expuesto se sigue, naturalmente, que **no se podrá utilizar como presunción de culpabilidad en su contra** (ni como circunstancias agravantes para la individualización de la pena que se le pudiere imponer, art. 41 C.P.), que el imputado se abstenga de declarar, **o que al hacerlo mienta**, o el modo en que ejerza su defensa. Ello así, desde que el Código Procesal Penal proscribió requerirle juramento o promesa de decir la verdad y, por ende, **consagra la garantía de declarar libremente** (art. 259).

También escapa de la "mitad del camino" que achaco a "Simoncelli" la jurisprudencia de la Cámara de Acusación. Esta en "Bustos" afirmó que "la garantía del *nemo tenetur* (prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo: CN, art. 18) **incluye el derecho del imputado incluso a mentir**, pero también es obvio que tal derecho queda restringido a **todo lo relacionado con su defensa material respecto del contenido de la imputación**, y no se hace extensivo a proteger maniobras tendientes a eludir

Pero no puede dejar de señalarse que la jurisprudencia del TSJCba posterior a "Simoncelli" no es lo categórica que sería de desear. Por ejemplo la Sala Penal ("Salvi", 02-05-2008) no acogió el agravio del casacionista sobre que la condena "*haya considerado el indicio de mala justificación*" argumentando que aquél desconocía "*la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la cual sostiene que la declaración del imputado, además de materializar su defensa en juicio, constituye una fuente eventual de pruebas, y que la misma debe cotejarse con el resto de los elementos de cargo, a la luz de las reglas de la sana crítica racional*". Si bien se mira, la doctrina judicial aquí sentada no considera expresamente la mentira del imputado como una prueba de cargo en su perjuicio; pero su estructura argumental transita por un cierto "zizgagueo" -mas de redacción que conceptual- que da pie a opinar que este precedente avala la "ontología" probatoria de cargo que se asigna al *indicio de mala justificación* sin consideración alguna a la existencia o inexistencia de otros elementos probatorios contrarios al imputado..

o entorpecer la acción de la justicia en lo que hace al procedimiento a aplicar...”⁵⁴.

c. Puede citarse también la posición de **otros tribunales** favorable a la nuestra,

Se ha dicho, por ejemplo, que “considerar agravante la mendacidad del imputado en esta ocasión (al prestar declaración – art 296 CPPNac) **lesiona** el derecho de defensa en juicio⁵⁵. Es que **le está permitido mentir** en todo o en parte; incumbe a los sujetos públicos del proceso probar la comisión de los hechos atribuidos y no basarse en suposiciones de una actitud general de falacia⁵⁶ Porque “la declaración indagatoria-sea judicial o extrajudicial y envuelva o no confesión- es primordialmente un medio de defensa que puede utilizarse como tal, guardando el más cerrado silencio **hasta mintiendo**, puesto que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art.18, Const. Nac.)”⁵⁷.

⁵⁴ C. Acus.Cba., A.I. N° 5, febrero 2007, Bustos Daniel Alfredo: “La garantía en cuestión protege ampliamente las decisiones estratégicas por las que opte el imputado en ejercicio de su defensa material, pero siempre que ello ocurra a través de los procedimientos previos legalmente reglados y aplicables al caso. Cuando la estrategia, en cambio, consiste en falsear hechos precisamente para evitar el procedimiento aplicable, entonces ella queda ya fuera de la garantía y constituye un liso y llano entorpecimiento de la investigación, valorable a los efectos de la necesidad de imponer una medida cautelar privativa de la libertad”. Véase la nota n° 2.

⁵⁵ CNCP Sala IV, J.A.-I, pág 740.

⁵⁶ TOC n° 14 de Cap Fed, del 4/V/2001, f°101.935, de la disidencia de la Dra. Bistué de Soler, citado por Dalbora, Francisco, *CPP de la Nación anotado*, t II p.639 – 7a edición.

⁵⁷ S.C.J.Bs. As, 14-10-82, “ Hartwing, Máximo y otros”., L.L.,1983-C-327, D.J.B.A. 124-4; ídem S.C.J.Bs.As., “De Marco, Agustín y otros”.15-9-81.

15. Opiniones doctrinarias

Diremos, finalmente, que se conoce más de una autorizada pluma que avala nuestra ya fijada posición.

a. Desde el extranjero hay quien predica con mucha autoridad la "facultad del imputado de **faltar a la verdad en sus respuestas**" ⁵⁸.

b. Comentando el derecho argentino en general podemos encontrar opiniones que señalan que "la ley solo lo faculta (al imputado) de **modo leve a mentir**, conducta permitida solo en un sentido menor" " por caer dentro del ámbito de libertad desde el punto de vista penal, de manera distinta al derecho o facultad reglada de interponer un recurso.....,por ejemplo" ⁵⁹; que si la Constitución Nacional señala claramente que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, el lógico alcance de este precepto, como el reverso de una moneda, significa que de **ningún modo la mendacidad del imputado** (o su negativa!) **puede acarrearle consecuencias**: de otro modo, sería ésta una vía indirecta para llegar al mismo fin aberrante que el constituyente quiso vedar, cual es forzar al

⁵⁸ "... en el modelo garantista del proceso acusatorio informado por la presunción de inocencia, el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse. *Nemo tenetur se detegere* [nadie está obligado a *descubrirse*] es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio... -agrega-. De ella se siguen, como corolarios - se afirma, para concluir-, la prohibición de esa «tortura espiritual»... que es el juramento del imputado; el «derecho del silencio»..., **así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas**; la prohibición, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia, no sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique, con drogas o con prácticas hipnóticas;..."(Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 608).

⁵⁹ Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. III, pág 163, nota 341, introduciendo un matiz teórico que a los fines prácticos es irrelevante.

imputado a confesar su delito⁶⁰; y que si éste ha decidido no ejercer el derecho a guardar silencio, podrá no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y ello significará en muchas ocasiones **declarar falsamente** como proyección del derecho de defensa⁶¹.

c. Podemos también citar a doctrinarios que apoyan nuestra posición comentando Códigos Procesales Penales. "En virtud de esta garantía, el silencio del imputado (su abstención de declarar) o su **mendacidad**, en caso de declarar, **no crea una presunción o indicio de culpabilidad** en su contra" ⁶², pues el "relato aun **mendaz**, del imputado, es parte del ejercicio de su defensa y no puede **ser tenido en cuenta** como agravante para cuantificar la pena" ⁶³: del contenido del artículo que consagra la libertad de declarar, "surge que ..el imputado...puede dar respuestas **incluso contrarias a la verdad**..."⁶⁴."

16. Conclusiones.

Una interpretación respetuosa de nuestro sistema constitucional permite arribar a las siguientes conclusiones:

⁶⁰ Rafecas, Daniel Eduardo *El coste de la mentira: puesta en peligro de la garantía contra la autoincriminación* Revista de Derecho Penal, Año 2001 N° 2. ps. 591 y ss.

⁶¹ Durga Angulo (citando a Huertas Martín), *La Declaración del Imputado ¿usted desea declarar?* en El Proceso Penal Adversarial, Rubinzal Culzoni, Tomo II

⁶² Clemente, José L., *CPP de la Provincia de Córdoba comentado*, t.II. comentario (1) al art. 259

⁶³ Granillo Fernandez, Héctor -Herbel, Gustavo, *CPP de la Provincia de Buenos Aires comentado*, pág 641-

⁶⁴ Huici Estrebou, José-Castili de Ayusa, Ana, *CPP de la Provincia de Tucumán*, pag 407

a. Por imperio de los principios constitucionales de "nemo tenetur" y presunción de inocencia, la **mentira del imputado** vertida al declarar en esa condición, como **expresión defensiva** frente a la atribución delictiva que se le formula, no puede ser utilizada como **prueba de culpabilidad** en su contra, ni en forma **directa** (prueba de su participación en el hecho que se le atribuye: indicio de falsa justificación), ni **indirecta** (prueba negativa sobre su personalidad: indicio de aptitud criminal), ni tampoco como **circunstancia agravante** en la mensuración concreta de la pena que se le imponga (arts 40 y 41 C.Penal).

Tal mentira, en consecuencia será procesalmente **inocua, neutra**, teniendo "**valor cero**" como prueba de cargo.

b. La acreditación de que la disculpa del imputado es mentirosa, solo podrá considerarse un **simple fracaso** de su refutación a la acusación. Tendrá como único efecto **allanar** el progreso de la acusación y el de una decisión jurisdiccional favorable sobre su fundamento, **siempre y cuando** estas su puedan apoyar independiente y certeramente en las (¿otras?) pruebas obtenidas por el acusador en el ejercicio de sus amplios poderes.