

Excmo. Tribunal:

Cecilia A. Goyeneche, Procuradora Adjunta, me presento en esta instancia de Casación y respetuosamente digo:

Contra la sentencia dictada por el Sr. Vocal Pablo Vírgala, del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Paraná, el 12 de febrero de 2020, que confirmó la resolución de sobreseimiento dictada por la Sra. Jueza de Garantías Elisa Zilli, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de Casación que llega finalmente en vista a los fines del art. 515 del CPP.

El hecho atribuido a Álvaro Cristian Treppo consiste en que:
“En el marco de la declaración testimonial que éste brindara por escrito durante el debate oral llevado adelante con el objeto de juzgar la responsabilidad penal de Maximiliano ALANIS, José Maximiliano CRETÓN, Héctor Alberto ALANIS; y Humberto Carlos Antonio RE, celebrado en la ciudad de Paraná entre los meses de febrero y marzo del año 2018 ante el Tribunal conformado por los Sres. Vocales Gervasio Pablo LABRIOLA, Gustavo Román PIMENTEL y Rafael Martín COTORRUELO, y en relación a la presunta malversación de fondos públicos que era enrostrada a los nombrados a propósito de su gestión a cargo de la H.C.S en el año 1999, haber referido falsamente que los fondos del Programa 18 eran proveídos por el Programa 17, no obstante haber existido una asignación presupuestaria específica para aquel, que a su tiempo motivó libramientos por un monto de \$5.264.935.60 desde la Tesorería a la C.C. Nº 200012/8 del Banco de Entre Ríos. Asimismo, el testigo faltó a la verdad al decir que las transferencias efectivizadas desde el Programa 17 hacia el 18 estaban respaldadas por Decreto

de las autoridades de la H.C.S., afirmando que tuvo a la vista, en el marco del control selectivo, tales instrumentos legales. Por último, Treppo mintió en forma deliberada al sostener que los legajos renditivos correspondientes al Programa 18, puestos a su disposición como auditor permanente de H.T.C, estaban debidamente conformados y adjuntaban la totalidad de la documentación pertinente de cara al ejercicio de contralor contable a su cargo. A tales efectos, Gustavo Hernán PEREZ colaboró con Treppo, remitiéndole vía correo electrónico, durante la madrugada del día 16 de marzo de 2018, enunciados concretos en torno a los cuales redactar su testimonio, a sabiendas de la falsedad de tales aseveraciones”.-

I. AGRAVIOS.

Más allá de las formulaciones que aquí se realizarán, hago propios los argumentos articulados por el Sr. Fiscal, Dr. Bongiovanni, toda vez que, entiendo, expresan con acierto y contundencia los fallos argumentales de la decisión impugnada, demostrando su incorrección lógica y los vicios en la subsunción jurídica del caso.-

Por tal motivo, tal como lo hace el Sr. Fiscal, solicitaré que se resuelva de acuerdo a derecho, esto es, se disponga la revocación de ambas resoluciones sobreseyentes, y que se ordene la continuidad del trámite.-

II.1. ARBITRARIEDAD. ERRONEA APLICACION de la LEY SUSTANTIVA

Es sabido que la garantía de no autoincriminación atiende a la necesidad histórica de evitar la violencia estatal tendiente a obtener una confesión por parte de quien aparece como imputado de un delito, priorizando entonces la libertad individual por sobre el interés general de esclarecer los sucesos criminales.-

En el afán de hallar el fundamento de filosofía moral que legitime este "recorte" en el deber del ciudadano, el profesor cordobés José Milton Peralta, en un trabajo que pasa revista con erudición a la doctrina y fallos de la CSJN y extranjera, lo funda en la idea que *"...es moralmente inaceptable colocar al imputado frente a disyuntivas indeseables, aún cuando el método utilizado para ello no sea en sí (más allá de la finalidad por la que se imponga) incorrecto..."*.-

En otros términos, que el orden jurídico no puede validar que se coloque a la persona ante el **trilema** de *"...callar y recibir una consecuencia negativa por callar, o bien hablar y, en ese caso, tener una consecuencia negativa o por dar falso testimonio o por autoincriminarse"* (confr. Peralta, José Milton "La no obligación de declarar contra uno mismo", en Rivera, J (h) y otros, "Derechos Constitucionales", T.III, Abeledo, 2014, pág. 399/439).-

Las sentencias que agravian a este MPF, extienden esa interpretación hacia extremos que -como lo ha puesto de manifiesto el Dr. Bongiovanni-, van más allá de lo previsto en la "Quinta enmienda a la Constitución Norteamericana" (citada en la Sentencia¹) y -desde luego- nuestra Constitución y Tratados internacionales. Lo hacen al establecer una causal de exclusión de la condición de "testigo" para toda persona que, aún eximida de imputación penal o

¹ Sin advertir que, para el caso, las reglas del derecho norteamericano no favorecen la posición de la desincriminación. Como señala Javier Wilenmann von Bernath en *"El tratamiento del autofavorecimiento del imputado"* La solución sistemática presente en el derecho penal del common law a los problemas de cruce entre no sanción del autofavorecimiento y afectación de bienes jurídicos ulteriores es mucho más extrema que en el derecho continental. En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha interpretado que incluso el testimonio en la investigación que niega falsamente sustentos de la propia culpabilidad (el así llamado "simple no exculpatório") no caen dentro de protección constitucional y, por lo mismo, son punibles por falso testimonio si las leyes estatales formalmente lo permiten", y cita: "En Brogan v. United States, en 522 U.S. 398 (1998) la Corte Suprema de Estados Unidos admite la posibilidad de punibilidad del no exculpatório falso si, como en el caso en revisión, ello resulta subsumible en la legislación estatal, reafirmando con ello una larga línea jurisprudencial respecto a que "ni el texto ni el espíritu del privilegio de no autocriminación compulsiva de la Quinta Enmienda confieren un derecho a mentir" o que "la correcta invocación de la Quinta Enmienda le permite a un testigo permanecer en silencio, no en cambio a mentir bajo juramento". Esta afirma además que frente al "cruel trilema" de frente a la pregunta por la propia culpabilidad tener que "admitir culpabilidad, cometer perjurio o contentarse", el otorgamiento del derecho a permanecer en silencio es la única solución reconocida (522 U.S. 398, 404)" (cit., Revista de Derecho, Univ. Católica del Norte, Año 23, N°1, 2016, pg. 131). -

administrativa, pudiera ver afectado su *honor* en virtud de verse jurídicamente constreñido a relatar con *verdad* cuestiones que pudieran significar su vinculación con un hecho delictivo.-

Aún más, la resolución del Vocal de Cámara refiere a que no podría ser “testigo” (en los términos del art. 275 del CP y arts. 285 y sig. del CPPER) aquel a quien su declaración “*a su vez pueda acarrearle algún perjuicio, aún moral*”, indicando que “***La eventual responsabilidad civil; administrativa y aún el derecho a la propia imagen deben anteponerse a la obligación de decir verdad***”.-

Para ser más precisos en el alcance dado por los Magistrados al efecto desincriminante de la regla *nemo tenetur*, debe decirse que lo que se ha considerado lícito es que el ciudadano se presente a su citación judicial como *testigo*, y sin advertir de ninguna afectación a su conciencia en las generales de la ley, en su relato *mienta* ante la judicatura. Hago esta salvedad, ya que a Alvaro Treppo se le atribuyó un falso testimonio (art. 275 del CP) por el acto de su declaración -escrita y mendaz-, mientras que queda fuera de la discusión la incidencia de la cuestión en otra de las normas flanqueantes² de la buena administración de justicia (probablemente más alejada del núcleo de ilicitud), la del art. 243 del CP, que pune a quien se negare a participar o a declarar como testigo³.-

También es necesario precisar que Álvaro Cristian Treppo, al momento de ser citado como testigo en la causa “Alanis” no corría riesgo

² En la terminología acuñada por Jakobs constituyen genuinas normas de flanqueo, normas destinadas a custodiar que otras normas más básicas y principales no resulten violadas. Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en el mismo, Estudios de derecho penal, UAM-Civitas, Madrid, 1997, pg. 293 y ss.

³ No deja de ser interesante, aunque escapa al objeto del presente recurso, el paralelismo existente entre el alcance del *nemo tenetur* como derecho a guardar silencio (así la interpretación de la 5ta. Enmienda de EEUU, que concede ese derecho al silencio, pero se configura la ilicitud de perjurio si el acusado se expresa mendazmente), y nuestros artículos 243 y 275.-

jurídico alguno en relación con lo que pudiera declarar sobre la causa, ya que en la misma fue citado a indagatoria el 28/03/2001 (17 años antes de su declaración testimonial) pero nunca llegó a ser indagado, ya que en fecha 06/07/2007 se archivó a su respecto la investigación (casi 11 años antes del testimonio falsario) por considerarse que había operado la prescripción. Tampoco ocurrió que al preguntársele por las generales de la ley (que debieron cursársele por escrito, ya que por desempeñarse como Presidente Municipal de Seguí, el testigo ejerció la opción de declarar de ese modo), Treppo manifestara la existencia de algún dilema moral o interés alguno que pudiera afectar su libertad en la declaración.-

En ese contexto, la conclusión desincriminante a la que se arribó, entendemos, es arbitraria, ya que no deriva de una correcta o razonable interpretación de nuestro sistema constitucional (en particular los art. 18 de la Constitución Nacional, bajo el texto "*Ningún habitante de la Nación puede ser obligado a declarar contra sí mismo*"), en el art. 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14.3.g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)⁴.-

La introducción de la resolución que recurrimos, que enfatiza la primacía de la garantía individual frente a la "sociedad", aludiendo luego a un paralelo con la Italia fascista, en que "*se había abandonado uno de los pilares del derecho penal liberal, y se refiere al in dubio pro reo por el in dubio pro república... con todo lo que ello significó*", pone en evidencia una toma de postura a favor de la desincriminación, que carece -en cambio- de un sustrato o justificación que la sostenga jurídicamente, vale decir, constituye una falacia que evoca la emocionalidad pero no aporta elemento de juicio alguno que nos permita

⁴ En su tenor literal, las fórmulas convencionales son expresamente más restrictivas en cuanto al alcance de la regla. "*Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a ... no ser obligad(a) a declarar contra sí mism(a) ni a declararse culpable.*" (CADH art. 8.2.g). "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ... no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable*" (PIDCP art. 14 n.3, g).- También refiere a inculpación en caso criminal, el texto de la V Enmienda: "*no person... sal be compeled in any criminal case to be a wittness against himself*".

una conclusión guiada por razones. Como a continuación intentaremos poner en evidencia, es incorrecta la referencia a la regla del *nemo tenetur*, identificándola como un derecho individual, y sólo por ello, como supuesta “carta de triunfo” frente a otros no identificados “derechos colectivos”.

Es evidente que nos encontramos ante una situación cuya resolución jurídica requiere de un juicio de ponderación. La **regla** “*nemo tenetur eo ipsum accusare*”, deriva de una operación de ponderación entre los **principios de legalidad**, en tensión con el de **dignidad de la persona** (así, Sánchez-Ostiz, Pablo, que aclara: “*Que nadie esté obligado a acusarse a sí mismo ante la Administración de Justicia evidencia que ésta, como institucionalización de la ley, no puede tomarse como valor absoluto en un estado democrático de Derecho... el interés en que la ley se cumpla no llega al punto de obligar a declarar contra uno mismo. De ese modo, la dignidad personal opone una fundamentada resistencia frente al deber de colaboración (art. 118 CE) basado en la legalidad (la pretensión de hacer cumplir la norma)...*”, cfr. “*Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*”, Marcial Pons, 2012, pág. 189).-

Sabemos de sobra que esta regla -como toda regla-, admite **excepciones** (cada una de ellas consiste en una regla particular que rige un caso o grupo de casos, que deriva a su vez de la confrontación de principios, pero que se aparta de la solución que para un grupo mayor aporta otra regla. *Las excepciones, son a su vez reglas, surgidas también del conflicto entre principios; pero reglas que surgen como salvedad a otras* -cfr. Sánchez-Ostiz, citado, pág. 75).

a.- Toda diligencia probatoria que implique colaboración del imputado, sería -en estos términos- una regla más específica que delimita los contornos de aquella garantía. Esta no alcanza, así, a constituir una la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que

podieran disponer las autoridades competentes en un proceso judicial o administrativo. *“La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia. En esta línea, en relación con una diligencia de reconocimiento médico de una imputada, tuvimos ya ocasión de precisar que su ejecución “podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes”* (España STC [37/1989](#), fundamento jurídico 8º).

No podemos dejar de mencionar, con demostración de ello que el **deber de someterse a los controles de alcoholemia** que realizan las autoridades policiales de tránsito, conlleva en algunos países la amenaza de pena ante su negativa. Así, en el Código Penal Español, se configura como un *delito* autónomo (art. 383 CPE), mientras que en el nuestro configuraría el tipo del art. 239 del CP. Las consecuencias delictivas de esta negativa son excepción al derecho a declarar contra sí mismo en la medida que se sanciona una omisión que se funda en la auto-inculpación del omitente. La validez constitucional de estas figuras no ha sido puesta en dudas esos Estados de Derecho (cfr. España, STC 161/1997, referido por Sánchez-Ostiz, op. cit., pág. 189, en nota 126).-

Vinculado con ello (se trata de la misma operación de ponderación), vale la pena recordar la discusión acerca de la legitimidad de medidas probatorias que requieren la “colaboración” del investigado, como la extracción de sangre, hisopados y el testeo de rastros de alcohol u otras sustancias

en el organismo humano (art. 163 CPPER). El debate, tanto en la literatura especializada como en la jurisprudencia, respecto al alcance del *nemo tenetur*, se inclina por entender que dicha garantía abarca únicamente al *relato* del afectado. De allí que en los casos en que dicha información surge, por ejemplo, de injerencias en el cuerpo de una persona (extracciones de sangre, intervenciones quirúrgicas, etc.), pero también de su ámbito de libre autodeterminación (testeos de alcoholemia, reconocimientos en rueda, exámenes psicológicos, etc.), aquella no pueda invocar el *nemo tenetur* para impedir las (cfr. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, vol. I: *Fundamentos*, 2ª edic., Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 675; comparten este punto de vista, entre otros, ROXIN, Claus, *Autoincriminación involuntaria y derecho al ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales*, en *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe - Bs.As., 2007, pág. 98; CAFFERATA NORES, José, *Proceso penal y derechos humanos*, Del Puerto, Bs.As., 2000, p. 86). La puesta en práctica de dichas medidas está, en todo caso, sujeta al cumplimiento de otras condiciones y sujeciones, también de raigambre constitucional, por lo general relacionadas con la protección de la vida y de la integridad física (CADH, arts. 4.1 y 5.1; PIDCyP, art. 6.1), o como, de hecho, expresamente lo establece nuestra normativa procesal, el “pudor” en referencia a la dignidad. Es decir, no es el derecho a no declarar contra sí mismo lo que puede invocar, en un proceso penal, el afectado –sea o no el imputado– para impedir la realización de algunas de estas medidas, sino otros principios vinculados directamente con la protección de su vida o su salud o su dignidad personal.

También la CSJN ha entendido invariablemente –sobre todo en Fallos, 255:19 y 318:2518– que el *nemo tenetur* no impide la realización de esta clase de medidas probatorias. En el primero de esos pronunciamientos sostuvo que no son inconstitucionales las normas procesales que obligan al imputado a someterse a un *reconocimiento de personas*. Y en el segundo se expidió

concretamente a favor de la constitucionalidad de las normas procesales que autorizan extracciones de sangre, aun sin el consentimiento del afectado (reiteró esta doctrina en Fallos 319:3370).-

Desde luego, y a tenor de lo que venimos diciendo, no basta con que se garantice la integridad física para que la injerencia estatal sobre su cuerpo o sobre su ámbito de libre autodeterminación, con fines probatorios, sea constitucional. Además de ello, es necesario, en primer lugar, que exista una **relación de adecuación** entre la medida probatoria y el dato o información que, mediante ella, se pretende obtener (pertinencia y utilidad de la prueba) y, preponderantemente, es necesario que exista **proporcionalidad** entre la afectación a la integridad física o al ámbito de libre autodeterminación que implica la ejecución de esta clase de medidas y el **grado de sospecha** que se tenga respecto de la persona que ha de soportar aquella, así como, por otra parte, la **gravedad del hecho** que se investiga. Ese mandato de proporcionalidad es “*indispensable en toda sociedad democrática*” según palabras la CIDH en “Tibi”, S. del 07/09/2004, serie C, n° 114, consid. 106, surge de la aplicación de los arts. 1 y 18 CN y CADH, arts. 7.3 y 8.2; PIDCyP, arts. 9.1 y 14.2 (en el sistema entrerriano está expresamente referido en el segundo párrafo del art. 197 del CPP), según interpretación pacífica que la jurisprudencia internacional de derechos humanos ha efectuado sobre estas normas (cfr. CIDH, caso “Gangaram Panday”, S. del 21/01/1994, serie C, n° 16, consids. 45-47; caso “Suárez Rosero”, S. del 12/11/1997, serie C, n° 35, consid. 42; caso Bulacio, S. del 18/09/2003, serie C, n° 100, consid. 125).-

Respetadas todas estas condiciones, la necesidad “de investigar la verdad es claramente preferente al interés del acusado en conservar cualquier información acerca de su cuerpo en secreto e impedir su uso como prueba” (ROXIN, op. cit., pp. 98 y s.; en igual sentido, aunque específicamente en

relación con la prueba de alcoholemia: GELLI, María Angélica, en *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª edic., La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 175 y sig.)-.

La complejidad de esta cuestión -lindera a la de nuestro caso- vista a través de las reglas que venimos analizando, pone en evidencia la incorrección de una simplificación como la que realizan las sentencias que recurrimos, al centrar la decisión en la genérica referencia a que los “derechos individuales” -en referencia a la propia imagen-, priman sobre el deber de declarar con verdad.-

b.- No pretendo ser exhaustiva con todos los supuestos de excepción al *nemo tenetur*, pero sí sentar las bases del análisis de las operaciones de ponderación que deben realizarse para determinar racionalmente si es jurídicamente correcta la conclusión según la cual una persona que no corre ningún riesgo de tener consecuencia jurídica *alguna* con su declaración, se encuentra habilitado a (le es lícito) **mentir** en su relato ante el juez, sin que ello pueda ser calificado como un falso testimonio.-

En este afán, pueden analizarse también como excepción a la regla del *nemo tenetur*, las investigaciones a través de “*agentes encubiertos*” o “*infiltrados*” (la constitucionalidad de los primeros fue validada por nuestra CSJN en el precedente de Fallos: 313:1305), tal vez más próxima a la del caso que analizamos, especialmente cuando la actividad del infiltrado deriva en una autoinculpación verbal de la persona investigada.-

Sobre ello, Pawlik -actual catedrático en Freiburg-, se ocupa en su artículo “*Investigaciones secretas y derecho del imputado a no prestar declaración*”, en el que analiza los fundamentos metadogmáticos del derecho a guardar silencio por parte del enjuiciado, el que no puede suponerse como

dotación naturalística sino dentro del marco normativo de persona en Derecho, y que depende del modelo de Estado en que se inserta.-

Así, el fundamento de tal derecho a guardar silencio obedece en nuestro marco republicano a que la persona no puede quedar comunicativamente indefensa ante los órganos de persecución, al contrario, el Derecho Procesal debe salvaguardar su autonomía comunicativa (confr. Pawlik Michael, artículo citado, en "La libertad Institucionalizada", Marcial Pons, 2010, pág. 231 y sig.).-

Se llega así a la conclusión de que, en los casos muy controvertidos, de que una persona ve defraudada sus expectativas de confidencialidad al revelar su intervención delictiva ante personas que luego informan a la autoridad, en principio no existe ninguna presunción general de confidencialidad. Cada uno es responsable de la decisión que haya tomado de entablar una conversación, así como de sus consecuencias. Su autonomía comunicativa se ve salvaguardada suficientemente a través del hecho de que interviene en la fijación de los contenidos del diálogo en igualdad de condiciones, y también puede retirarse de la conversación.-

Claramente, el nemo tenetur limita la actuación acorde a derecho de los agentes encubiertos. De allí que, la validez de la actuación está condicionada a que el imputado no haya creído que está obligado a dar explicaciones al funcionario (encubierto) que lo interroga; también el engaño está también prohibido. Sobre estas situaciones que extralimitan las facultades de investigación, Pawlik trae -entre otros- el caso (ocurrido efectivamente en la RDA) de un Fiscal que se disfrazó de sacerdote y recibió confesión a un imputado.-

Algunos casos de configuración similar, cuya gran complejidad ha llevado a que sean discutidos en la dogmática y jurisprudencia

anglosajona y alemana, son analizados también por Klaus Volk (“Curso fundamental de Derecho Procesal Penal”, 1º ed. trad. de la 7ma. Edición alemana, Hammurabi, Bs. As., 2016, pág. 95 y sig.). Así el caso del compañero de celda (co-detenido que la policía ha instruido tácticamente bajo la oferta de ciertas ventajas), o el conocido como caso “de la adivina” en el que una detenida, trabajando para las autoridades, simulaba poderes sobrenaturales de leer el futuro y de influenciar a la fiscalía y judicatura para lograr la absolución, bajo la condición de una confesión íntegra escrita previa (el BGH -Tribunal Federal- desechó la validez del uso de personas privadas de la libertad para el esclarecimiento de hechos punibles cuando a la clandestinidad de la pesquisa se le agregan otras circunstancias que perturban adicionalmente la libertad del imputado de manifestarse sobre el hecho); también son objeto de análisis los casos de "relaciones emocionales intensas", en donde podría reconocerse un derecho al secreto de cierta amplitud (también con análisis de casos: Roxin, Claus, “La prohibición de la autoincriminación y de las escuchas domiciliarias”, 1º ed., Bs.As., Hammurabi, 2008, pág. 59/81).-

La discusión ha sido receptada por nuestra CSJN "**Rau, Alejandro**", del 19/4/16, en el que con remisión al Dictamen del Procurador General se revocó una absolución de la Casación Federal. Aquel Tribunal había entendido que la utilización para una pericia caligráfica del acusado de su firma en la indagatoria; una notificación de embargo; la ficha dactiloscópica; una notificación policial y un escrito firmado, configuraba un engaño que afectaba el "nemo tenetur". El dictamen, con cita de Roxin (Derecho Procesal Penal, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2000, pág. 215/216) descarta toda afectación a la libertad de autodeterminación toda vez que se trata de documentos públicos, realizados lícitamente, *sin engaño*, y que en absoluto requieren que se imponga al acusado la advertencia de que pueden ser empleados para una pericial, es decir nos hallamos ante una actividad legítima del ordenamiento jurídico.-

c.- Otro tanto se podría decir, en relación a la validación que ha realizado el sistema judicial de las consecuencias *jurídicamente* lesivas derivadas de los deberes de colaboración que el legislador pone en cabeza de los contribuyentes (particularmente la presentación de declaraciones juradas impositivas), cuya presentación ante el organismo de control tributario viene impuesta por normas específicas de contenido no penal. También, sobre otros ámbitos de delimitación de la garantía, puede contarse –v.gr.- el de la absolución de posiciones en el proceso civil, ya que nuestro Máximo Tribunal ha entendido que la garantía por la cual nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo, solo rige en materia penal (cfr. CSJN Fallos: 253:493, 259:287, 240:416).-

2. En relación estrecha con la solución que nos agravia, es útil recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica - referido a un caso de exhortación a decir la verdad- ha juzgado que no debe considerarse que exista violación a esa norma si no hay constancia de que esa advertencia implicara amenaza de pena u otra **consecuencia jurídica adversa** para el caso que el exhortado faltara a la verdad (caso “Castillo Petruzzi y otro vs. Perú”, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C nº 52, párrafos 167 y 168. Sobre las exhortaciones a decir verdad, sin juramento como tal, nuestra Corte se había expedido en sentido similar en Fallos 312:2146 y 314:1399).-

Dicho ello, la interpretación que se ha propuesto de la regla del art. 18, es claramente **sobre inclusiva**. O, dicho de otra manera, la atribución de sentido que el judicante ha realizado sobre el requisito típico “testigo” del art. 275 del CP, no constituye una auténtica relación de sentido del término, ya que el tenor que se brinda al enunciado jurídico, recorta irrazonablemente su fin regulativo, excluyendo un rango de casos (los de aquellos que sólo vean afectado su honor en su declaración testimonial) debido a que se **asigna** al término jurídico

un sentido que no condice con el uso social, pero tampoco con el uso jurídico del término.-

La cuestión es de esencial relevancia, ya que la legitimación democrática mediata de las sentencias judiciales, se sustenta precisamente en la exclusión de la arbitrariedad de la interpretación. *“Lo determinante es que a la vista del texto y su contexto, la resolución judicial aparezca como una consecuencia empíricamente previsible, metodológicamente defendible y axiológicamente razonable del enunciado emitido por el legislador”* (Silva Sánchez, Jesús María, “La interpretación teleológica en Derecho Penal”, Estudios de filosofía del derecho penal, coord. por Miguel Díaz y García Conlledo, Juan Antonio García Amado, 2006, págs. 365-395, en pág. 393).-

La pretensión de que el derecho al honor sea una explicación suficiente para que ceda la tutela a la correcta administración de justicia, no condice con la interpretación -incluso la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos- de la regla con la que se pretende dar sustento a la impunidad del falso testimonio.-

En la ponderación, no puede ser soslayado que Treppo (siendo funcionario público) declaró sobre su conocimiento directo de los hechos que se juzgaban, al que había accedido en virtud de su *función pública* (como funcionario del Honorable Tribunal de Cuentas), y en el que NO se lo acusaba a él sino a Alanis, a Re y a Cretton Pereyra. En efecto, Treppo nunca estuvo acusado por ese hecho, se lo investigó someramente por un hecho menor, y luego, se declaró extinguida la acción por prescripción (11 años antes de su declaración testimonial).-

La preponderancia del *honor individual* por sobre los intereses generales (en particular en casos de actuación de funcionarios públicos,

como el que aquí nos ocupa), no ha derivado en ninguna regla reconocida. Muy por el contrario, la CIDH (así como nuestra CSJN) han fulminado la tutela al honor de los funcionarios públicos en virtud del interés público de las actividades que realiza que inclina la balanza a favor de la libertad de expresión (así CIDH caso “Kimel c/Argentina”, CSJN Fallos 342:1665, 342:1777, 342:1894).-

Por otra parte, la tutela del honor, se configura sobre la base de que el mismo es protegido en la medida de la mendacidad de su ofensa (así la configuración de las tipicidades de los arts. 108 y 110, y en particular el art. 111 CP. Ello es la base de la doctrina de la “real malicia”).-

Aquí, en cambio, la sentencia recurrida eleva a rango supremo el *honor* de un funcionario público, basado ello en que tenga la posibilidad mentir para salvaguardarlo. Se resigna así la correcta administración de justicia en pos de la tutela de una falsa reputación.-

La sentencia recurrida, incurre además en algunas imprecisiones en el análisis de los argumentos de autoridad que cita. En la referencia a la opinión de Creus (Manual de Derecho Penal, T. II) se lee el siguiente extracto: *“Se ha negado la posibilidad de que tengan carácter de autores quienes declaran en causa propia o en hechos propios; lógicamente que cuando no son testigos (por ejemplo el imputado) esa apreciación no es exacta; pero ese principio se ha llegado a extender a toda persona a quien sus propias declaraciones pueden exponerla a sufrir perjuicio, lo cual no es absolutamente exacto ... aunque ello no obsta para que su actuar sea justificado si con la falsedad tienden a evitar males para su persona y no hacen otra cosa que ejercer un derecho en defensa propia (págs. 336/377)”* (leído por el Magistrado en minuto 9’30”). Es llamativo, que la transcripción omita (en la versión escrita sustituyéndolo por puntos suspensivos) justamente la siguiente frase (la resaltamos en la cita completa que copiamos a continuación): *Se ha negado la posibilidad de que tengan carácter de autores*

quienes declaran en causa propia o en hechos propios; lógicamente que cuando no son testigos (p.ej., el imputado), esa apreciación es exacta; pero ese principio se ha llegado a extender a toda persona a quien sus propias declaraciones puedan exponerla a sufrir perjuicio, lo cual no es absolutamente exacto. **Desde que sigan siendo testigos, su conducta será típica**, aunque ello no obsta para que su actuar sea justificado si con la falsedad tienden a evitar males para su persona y no hacen otra cosa que ejercer un derecho de defensa propia”. No solo se omitió transcribir la parte del texto que no concuerda con la decisión, sino que además la referencia de Creus a una mentira en “defensa propia”, requiere necesariamente un riesgo para un bien jurídico que no se advierte en el análisis del caso.-

La referencia que hace la sentencia al precedente "OJEDA" de la Cámara de Casación (más allá de que no concordamos con la solución arribada en tal caso, el que tiene la particularidad de que Ojeda no sólo compareció a juicio como testigo, sino que fue detenido por el Tribunal a causa de su declaración mendaz, por lo que la mutación expost de su condición -dejó de ser testigo en el recurso-, privó de justificación a aquella detención), tampoco es feliz, desde que, lo que se valoró en aquel precedente es que el testigo se encontraba sometido a un sumario administrativo, vale decir, aún estaban en ciernes consecuencias jurídicas potencialmente perjudiciales para el testigo.-

Nuevamente aquí he de citar a Pawlik que observa que “Reconocer el sentimiento de vergüenza fáctico o el interés fáctico de autoprotección del imputado como jurídicamente relevantes per se, sólo resulta plausible dentro de una teoría que perciba al imputado solamente como individuo que, como ser completamente natural, quiere maximizar el placer y evitar en lo posible el desagrado (por ejemplo, las penalidades que están vinculadas con el esclarecimiento de un delito o los perjuicios que implica la pena). Pero sobre la

base de tales planteamientos, no sería posible, desde el punto de vista de una teoría normativa, concebir la relación entre el imputado y el Estado persecutor de delitos como una relación jurídica. El proceso penal se asimilaría más bien a una «lucha astuta e indigna» o aún peor: a la caza de un animal salvaje en la que se permite todo lo que sea de provecho.» (óp. cit).-

No deberíamos dar por concluido el análisis que sustenta el recurso, sin antes enfatizar sobre la trascendencia institucional, que el **devastador efecto sobre la prueba testimonial** -y con ello, sobre la buena administración de justicia- habría de tener la pervivencia de una interpretación como la que se ha propuesto en las sentencias recurridas.-

Tal como se pone de resalto en la Instrucción aprobada por Res. 121/2019 de la Procuración General (ver [Instrucción Sobre Los Delitos De Falso Testimonio](#)), en la que se pone de relevancia la prioridad político-criminal de la acusación en los delitos de falso testimonio, pues que existan decisiones judiciales injustas que se hallen motivadas en declaraciones falsas de los testigos es siempre deletéreo para la coexistencia pacífica, sin que importe fuero o segmento de la normatividad. Se indica allí que:

“...el delito aludido es de una gravedad inusitada pues afecta a una de las denominadas “Normas de flanqueo” -en este caso la Administración de Justicia-, que garantizan el cumplimiento de la Norma primaria -de conducta-, en la viabilidad de la operatividad de la Norma de Sanción, es decir la legítima expectativa de vigencia del orden jurídico.-

Como es sabido, en este delito se protege la Administración de Justicia “...ya que se crea infundadamente el riesgo de que la sentencia resulte injusta, alterando el correcto funcionamiento de la misma, con el consiguiente peligro, además para el derecho de los sujetos afectados...” (confr. Donna, E.P. Esp. T.III, pág.. 447 y sig.; ídem Bustos Ramírez, J. P. Esp. ed. Ariel, pág.. 427; ídem Creus, C. Delitos contra la Administración de Justicia, ed. Astrea, pág.. 474 etc.).- Como dice bien Creus, “la ley toma en cuenta la simple amenaza a dicho bien jurídico por lo que no es necesaria la efectiva vulneración del mismo...” (ob. y pág.. cit.).-

Es que se trata de aquellos bienes jurídicos supraindividuales, que Bustos Ramírez denominaba Institucionales -Administración Pública- pues están en conexión con el funcionamiento del sistema, ya que inciden en las relaciones macrosociales y permiten, -están al servicio de-, los tradicionales bienes jurídicos individuales. Son entonces posibilitadores de la existencia del sistema -vida, salud, integridad física etc. (ob.cit.)-

Es interesante *reparar* que las normas que protegen este Bien jurídico institucional, lo hacen generalmente a través de tipos de competencia institucional, como denomina Jakobs tomando la antigua denominación de Roxin de delitos de Infracción al Deber, en donde el autor -funcionario- es investido de un deber de establecer un mundo en común -al menos parcialmente- con un beneficiario, y donde es relativo el que ello se concrete en el mandato de ayudar activamente o en la prohibición de "desbaratar las condiciones del mundo en común". Y Jakobs trae precisamente el ejemplo del administrador, equiparándolo al del Fiscal que es "*..autor de un encubrimiento de funcionario tanto si conduce a la prescripción de forma contraria al deber el proceso penal contra su amigo como si lo sobresee igualmente de forma contraria al deber*" (confr. "*La Omisión. Estado de la cuestión*" en el Seminario de la Un. Pompeu Fabra, ed. por Silva Sánchez y con el debate de Schunemann; Roxin; Frisch y Kohler, civitas, 2000).-

El orden jurídico complementa estas "competencias de fomento", -como las denomina Pawlik- estableciendo "Deberes Positivos Generales", es decir para todo ciudadano como vínculo de ayuda o mejora derivada de dicha pertenencia, de procurar por la incolumidad del bien - Administración de justicia-, expresamente en la ley de modo indistinto: mediante una prohibición, *no falsear*, o un mandato, *no callar*, decir todo lo que se sepa. -Este deber positivo, derivado del principio de solidaridad, se complementa con los llamados deberes de tolerancia, es decir de soportar intromisiones legítimas de la autoridad, aun cuando posteriormente ello no se demuestre en una sentencia de culpabilidad. -ej. quien sabe que no ha cometido un delito no puede oponerse con violencia justificadamente ante una orden judicial de detención formalmente válida.- ej. art. 239 CP.-

Y esta protección se anticipa como riesgo desaprobado en la obligación, -deber positivo-, de comparecer y de deponer al ser citado legalmente como testigo, en el tipo doloso del art. 243 CP.- El énfasis en las prohibiciones, es decir en los llamados deberes negativos como rasgo fundamental del mundo burgués que procuraba la separación del ámbito moral, adonde iría a parar el deber positivo, se basaba en la idea de Derecho de Kant, -no perturbar al otro según "una ley general de libertad-", hoy diríamos: libertad de organización /responsabilidad por las consecuencias.-

Pero ello presupone la institución de la constitución jurídica de la sociedad -comunicación entre personas en base a roles y expectativas-, y por ello

deberes positivos generales como la solidaridad mínima o Institucionales. (confr. por todos Jakobs, ob, cit. pág. 52 y sig.; idem. en el seminario en la Un. Pompeu Fabra cit., 142 y sig.; idem. en su Lehrbuch....-; entre otros sigue esta tesis Bacigalupo, confr. Derecho Penal, P. General).-

Esto es tan obvio que solo el acostumbramiento a la anomia de nuestra sociedad puede llevar a alguien a ver en estos planteos un dejo de "comunitarismo" o una imagen de sociedad paternalista, o peor aún, perfeccionista y autoritaria. (confr. Nino, C. "Un país al margen de la ley", ed. Emecé; idem. "Ética y Derechos Humanos"; idem Garzón Valdés, E. "Los deberes positivos generales y su fundamentación" en "Derecho Ética y Política, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

La enorme trascendencia de la cuestión, se vincula también -en este caso en particular, pero también en muchos otros- con compromisos internacionales asumidos en nuestro país en relación con la lucha contra la corrupción.

La circunstancia de que la declaración falsaria fue brindada en el marco del juzgamiento de un grave caso de corrupción, no pueden desligarse, luego, el análisis del caso de los deberes de investigación y juzgamiento derivados de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097). Bajo la vigencia de tales normas y compromisos internacionales del Estado argentino, la mirada a adoptar debe estar determinada por una muy particular *exhaustividad* a la hora de analizar la prueba y esgrimir los fundamentos de derecho y hecho que permitan la resolución del caso.-

Lejos de ello, el fallo recurrido argumenta a favor de la impunidad, poniendo énfasis precisamente en la condición de funcionario público del testigo. Se invierte así la lógica de análisis. No se trata, como dice la arbitraria sentencia, de que el Estado tenga un especial interés en reguardar el honor o la imagen de su funcionariado, sino -por el contrario- que los funcionarios tenemos una especial vinculación de deber hacia la institución Administración Pública y

Administración de Justicia. Frente a ello, intereses particulares en resguardar la imagen pública, deben quedar en segundo plano (cfr. CIDH en “Kimel”).-

También la resolución que interesamos tiene un interés institucional trascendente para la investigación y juzgamiento de los casos futuros de corrupción y otros delitos económicos complejos.-

Como sabemos, en esos ámbitos delincuenciales, caracterizados muchas veces por la denominada “irresponsabilidad organizada”, es común que quienes no sean los responsables directos del hecho, sean a la vez, también funcionarios públicos cuyo conocimiento originario de los hechos de corrupción los pone en situación bien de posibles autores de figuras accesorias (v. gr. art. 277 CP), bien de ser pasibles de cuestionamientos éticos.

En efecto, las ciencias del comportamiento han puesto de relieve la existencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo de los integrantes de organizaciones económicas (como es la administración pública), derivados de la interacción en el seno de esos espacios, los que harían perder a los agentes la independencia cognitiva. En efecto, la *potencialidad criminógena* de esos sesgos está dada en que configuran distorsiones cognitivas que puede sufrir el agente, de modo de que se altera la correcta percepción del significado de aquello que realiza. Entre ellos se puede contar el sesgo de conformidad o adaptación al medio, el de la ilusión de control, exceso de optimismo y exceso de confianza. Además, algunas razones propias de este tipo de organizaciones, como el anonimato, erradas concepciones acerca de la lealtad y la solidaridad, la ceguera en cuanto a las consecuencias cuando se trata de ejecución de órdenes, “producen efectos de **neutralización de la comunicación normativa**” (cfr. Silva Sánchez, Jesús María, “La evolución de la posición de deber del directorio de la empresa. Una Observación desde la cultura del *compliance*”, en Autores detrás del Autor, homenaje al Prof. Dr. Dres. h. c. Friedrich- Christian Schroeder, Ed. Ad-20

Hoc, 2017, pág. 437 y sig, el mismo autor “Teoría del Delito y derecho penal económico empresarial”, en “Fundamentos del Derecho penal de la Empresa”, BdeF, Montevideo-Bs.As., 2016, pág. 1 y sig.).

Estas cuestiones, que VE podría suponer ajenas al caso, tienen estrecha relación con la relevancia político criminal de lo que aquí ha decidido, en la medida que los testigos de hechos de corrupción suelen ser cercanos o integrantes de esas organizaciones (compañeros de trabajo, subordinados, etc.), por lo que la declaración testimonial requerida suele implicar también sus propios intereses, e incluso -para usar las palabras del sentenciante-, su propia imagen.

Como señala Rusca, *“con frecuencia la obtención de las pruebas necesarias para la acreditación de hechos de corrupción de funcionarios públicos puede resultar inalcanzable si no se cuenta con el testimonio del particular cohechante, con lo cual el ordenamiento jurídico argentino presenta serias deficiencias en esta materia y deja a los fiscales carentes de herramientas adecuadas para avanzar en la investigación de la corrupción”* (Rusca, Bruno, “La persecución penal de la corrupción. Reflexiones y propuestas de política criminal.”, Revista de la Facultad, Vol. III N° 2 Nueva Serie II (2012) 137-154).-

También destaca que debe tenerse en cuenta que denunciar o declarar como testigo en hechos de corrupción -y otros casos de delincuencia organizada- puede traerle graves consecuencias al denunciante. *“Como explica Rose Ackerman, para evitar que el temor a ser sancionado por sus superiores o a sufrir otro tipo de sanciones informales disuada a las personas de presentar denuncias, deben implementarse normas de protección a los denunciantes”* (Rusca, cit.). El camino, no parece estar en excluirlos de su deber de colaboración veraz con la investigación, ya que ello significa ni más ni menos que dejar la puerta abierta a las presiones y otros desincentivos, al desactivar la

compensación que frente a ellos ejerce la sanción penal por el testimonio falso, como mecanismo de prevención.-

Dice el autor que vengo citando, *“para que las sanciones produzcan efectos disuasivos reales deben implementarse medidas de política criminal adecuadas que permitan un alto grado de detección de transacciones corruptas. Efectivamente, el costo que evaluará el potencial infractor no dependerá principalmente del monto de la pena, sino de la posibilidad de ser efectivamente sancionado, o más precisamente de la percepción de la probabilidad de ser sancionado. En este sentido, tan importantes como las sanciones previstas en la ley penal, son los **incentivos necesarios para obtener la evidencia que permita el esclarecimiento de los hechos de corrupción, recurso que se encuentra totalmente ausente en el ordenamiento jurídico argentino**”*. A lo que hemos de agregar, que decisiones como la que venimos impugnando van en sentido inverso al logro de aquellos incentivos.-

No podemos sino coincidir con Goyena, quien recuerda *“Los poderes públicos encargados de la persecución pueden y deben respetar los derechos fundamentales y las restantes garantías procesales, lo que no cabe exigir es que además su conducta esté presidida por la candidez e ingenuidad”* (Cfr. *“Correcciones a la teoría de los frutos del árbol envenenado. El engaño del imputado”*, citado por Armenta Deu, Teresa, *“La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2º ed., Marcial Pons, pago. 90, nota 95).-

En conclusión, observamos que la interpretación de la figura del Falso testimonio que propone el fallo recurrido, al excluir el carácter de testigo de Treppo, ha incurrido en una absurda interpretación de la norma realizando una distinción que contradice el tenor literal de la norma, pasa por alto normativa procesal específica y tergiversa los términos de la garantía constitucional que veda la autoincriminación.-

III.- RESERVA DE CASO FEDERAL

Encontrándose severamente implicada la correcta interpretación y extensión que cabe dar a normativa de rango constitucional (arts. 18, 75 inc. 22 y 120 C.N.), habiéndose producido una solución que justificadamente hemos definido como arbitraria, mantenemos la reserva expresa de recurrir mediante la vía extraordinaria por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Por todo lo expuesto **solicito que haga lugar** al Recurso de Casación deducido por el M.P.F., revocando la sentencia recurrida y la dictada por la Sra. Magistrada Dra. Elisa Zilli el día 20/11/2019 por tener el mismo objeto, ordenando la continuidad del trámite de la causa.-

PROCURACIÓN GENERAL, 2 de agosto de 2021.-