

2017

Asesoramiento técnico del imputado extranjero en el juicio abreviado

Mariano Juárez

Resumen

El DNU N° 70/2017 modificó la ley N° 25.871, entre otros aspectos, en lo que atañe a los supuestos que pueden dar lugar a la expulsión de un extranjero. En este artículo se analizan las consecuencias que tienen a nivel migratorio las decisiones adoptadas en el marco de un proceso penal –específicamente, la de suscribir un acuerdo de juicio abreviado– y las garantías que asisten a los imputados extranjeros. Dicho estudio se efectúa, en particular, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos.

Voces

Debido proceso. Derecho de defensa. Extranjeros. Migrantes. Juicio abreviado. Expulsión de extranjeros. Reforma legal. Decreto de Necesidad y Urgencia.

Asesoramiento técnico del imputado extranjero en el juicio abreviado

ÍNDICE

1. Introducción. 2. La jurisprudencia de la Corte norteamericana en orden a las consecuencias colaterales del plea bargaining 3. Aspectos que no ha modificado el DNU 4. La inserción del DNU en el orden jurídico argentino 5. Cambios introducidos por el DNU en orden a las consecuencias de la situación procesal del imputado 6. El alcance de la defensa técnica en el marco de un acuerdo de juicio abreviado 7. Particularidades del asesoramiento a un imputado extranjero 8. La especificidad de la labor del abogado defensor ante un asistido pasible de ser expulsado del país 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Decreto de Necesidad Urgencia N° 70/2017¹ ha alterado el texto original de la ley N° 25.871 en dos puntos centrales:

a) sustituyó el texto del art. 29 de la Ley de Migraciones de modo tal que, donde antes solo era posible denegar el ingreso y la permanencia al extranjero que no la hubiera regularizado y, además, hubiera cometido un delito grave (como el tráfico de estupefacientes) reprimido con pena privativa de libertad superior a los 3 años de prisión, hoy ese impedimento opera respecto de **cualquier migrante**, indistintamente de su situación de ingreso y residencia, que haya sido **condenado o tenga “antecedentes” por delitos que merezcan penas privativas de libertad**.

Conforme la letra del propio art. 29 (modificado por el DNU), adicionalmente, la palabra “antecedentes” que atañe al supuesto antes descripto (recogido en el inciso d) incluye “...todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable”.

b) extendió este supuesto a los de cancelación de la residencia ya otorgada, prevista en el art. 62 de la Ley de Migraciones que también se sustituye, para que donde antes ello solo podía ocurrir ante la comisión por parte del extranjero de un delito que hubiera merecido pena superior a los 5 años de prisión, hoy esa cancelación de la residencia se produce **aunque la**

¹ B.O.: 27 de enero de 2017.

condena en cuestión no haya adquirido firmeza y siempre que el delito por el cual se dictó hubiera merecido pena privativa de libertad, cualquiera sea su monto.

Si la sentencia de condena deviene firme, además, el decreto dispone (al reformar el art. 62 de la ley N° 25.871) que "...la misma operará automáticamente cancelando la residencia cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y llevará implícita la expulsión". Con anterioridad, la ley no contenía esta disposición y la norma reglamentaria (decreto PEN 616/2010) solo agregaba que, una vez firme la sentencia, el tribunal o juez competente debía remitir a la Dirección Nacional de Migraciones "a título de colaboración [...] copia certificada de la respectiva sentencia, e informará el Juzgado o Tribunal encargado de su ejecución". Con ello, la DNM iniciaba o continuaba el expediente administrativo ya iniciado.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NORTEAMERICANA EN ORDEN A LAS CONSECUENCIAS COLATERALES DEL PLEA BARGAINING

Como surge de lo expuesto, se ha ampliado notablemente el universo de casos en los que un extranjero puede ver afectada su situación migratoria por la iniciación de un proceso penal.

Para hacer efectivas las pretensiones de la reforma, invocadas en la exposición de motivos, de evitar "...la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos [...] durante el extenso proceso recursivo actual" el Poder Ejecutivo ha realizado, además, modificaciones en la ley que acortan de modo abrupto los plazos para que el migrante ejerza las defensas que podría oponer en sede administrativa y contra la autoridad encargada en esa sede de implementar la ley.

No es, sin embargo, el objeto de esta contribución ahondar sobre estas últimas reformas, sus motivaciones o sus efectos, sino sobre la situación de ese extranjero sometido a proceso penal en relación con su defensa técnica y, especialmente, en orden a la posibilidad de acordar la imposición de una pena en el marco de un juicio abreviado.

La relación que se puede establecer entre la condena penal a un migrante y sus consecuencias más allá de la pena impuesta en la jurisdicción penal aparecen previstas, con cierta claridad, en la ley. Lo específico del siguiente análisis es determinar el modo en que esa relación se desenvuelve cuando aquella condena es producto de un acuerdo de juicio abreviado.

Justamente ha sido con base en un caso de esa índole que la Suprema Corte estadounidense desarrolló una nueva forma de analizar el alcance de una garantía jurisdiccional que será el eje de este trabajo.

En efecto, en "[Padilla vs. Kentucky](#)" la Corte norteamericana indicó que los estándares para determinar si ha mediado o no defensa técnica efectiva en relación con un imputado no alcanzan exclusivamente a los casos en los que se tramita un juicio propiamente dicho (el debate) como antecedente de una condena, sino que también lo hace respecto de las condenas precedidas de un acuerdo entre las partes pactando una pena.

En particular, destacó en ese caso que la efectividad de esa defensa –para alcanzar el estándar de un asesoramiento adecuado– también incluía el asesoramiento que se presta respecto de los efectos colaterales de la condena, como (más específicamente aún) la posibilidad de expulsión de la persona (extranjera) condenada.

El desarrollo posterior de la jurisprudencia de ese país ha abarcado otros aspectos relevantes.

Principalmente: i) cuál es el remedio ante la constatación de una afectación a la garantía del imputado y ii) cuáles son los elementos de hecho y los factores normativos relevantes para apreciar cuando ha mediado un asesoramiento defectuoso, resultando dirimente, al respecto, constatar la existencia de un perjuicio.

En este último punto es donde la cuestión parece debatirse más profundamente, ya que la Corte norteamericana (pese a su limitada competencia) ha aceptado un caso similar al propuesto en “[Padilla](#)” (un extranjero que suscribe un juicio abreviado del que resulta una condena que luego determina su deportación) justamente para debatir si el peticionante tiene un perjuicio que reclamar cuando el Estado (en cuanto organización territorial local que ejerce la pretensión penal) afirma que, incluso de haber ido a juicio, el resultado hubiera sido su condena. Ese caso es “[Lee vs. United States](#)”, resuelto por la Corte norteamericana el 23 de junio de 2017 (Nº 16-327).

Allí, un extranjero que no se había nacionalizado pero residía legalmente en Estados Unidos, fue acusado de tenencia de estupefacientes para distribución. Sin tener defensas para el eventual juicio, su abogado le recomendó aceptar la oferta del fiscal y asumir una pena menor que la que obtendría en un juicio. Durante esas tratativas, aunque Lee le preguntó a su abogado si el resultado de aceptar su responsabilidad (y ser condenado) podía ser su deportación, el abogado negó esa posibilidad.

Posteriormente, Lee advirtió que la condena conllevaría su deportación, por lo que pidió que se la dejara sin efecto. Durante ese trámite su abogado reconoció haber brindado un mal consejo y que la posibilidad de ser (o no) deportado, era dirimente para Lee.

En las instancias previas a que el caso ingresara a la Corte estadounidense se había admitido que, conforme el esquema sentado en los casos de defensa ineficaz (particularmente “[Strickland v. Washington](#)”, 466 U.S 668), había existido un asesoramiento defectuoso, pero no un perjuicio. Por el contrario, dijeron los tribunales inferiores, de haber ido a juicio no sólo hubiera recibido una pena superior a la pactada, sino que, de todos modos, hubiera sido deportado.

La mayoría de la Corte norteamericana sostuvo lo contrario. Los jueces que la conformaron dijeron, en lo sustancial, que:

- i) la determinación del perjuicio no podía ser respondida solo con base en el resultado del procedimiento judicial, ya que en el caso no había tenido lugar ese tipo de procedimiento;

ii) el perjuicio no se determina por el resultado del eventual juicio (en orden a lo cual Lee no podía demostrar que tuviera chances serias de ser absuelto), sino por el hecho de verificar si, de no haber errado su abogado al aconsejarlo, habría rechazado el acuerdo;

iii) el énfasis no debía colocarse en el análisis de la probabilidad de una condena en el juicio, sino en el modo en que Lee había tomado su decisión (sobre renunciar, o no, al debate oral) y si, a esos efectos, la mínima chance de una absolución aun podía influir en su decisión;

iv) la decisión de ir a juicio sería racional ya que, aunque Lee debía saber (de haber sido bien asesorado) que declararse culpable conllevaba la certeza de ser expulsado o deportado, existía una mínima chance de no ser condenado en juicio, lo que era determinante para su decisión.

La mención de esta sentencia y de otras que conforman el repertorio de la Corte norteamericana y que se citarán en lo que sigue, sirven a este trabajo para elaborar un análisis de derecho comparado. El propósito de su análisis es identificar cómo, en el país cuya legislación ha servido de base para la regulación de nuestro procedimiento abreviado (*plea bargain*), se elaboran estándares de actuación de los defensores penales, especialmente en lo atinente al asesoramiento de extranjeros imputados penalmente.

3. ASPECTOS QUE NO HA MODIFICADO EL DNU

A partir de esta idea, el objetivo de esta exposición es relevar cómo esta modificación de la ley de migraciones debería incidir en el asesoramiento que se brinda a los asistidos extranjeros que se disponen a firmar un juicio abreviado.

Parece claro que ese asesoramiento, antes de la reforma y ahora mismo, debía incluir la información al asistido de las eventuales consecuencias no estrictamente penales de firmar un abreviado.

Ese deber, sin siquiera ingresar al examen concreto del funcionamiento de la garantía constitucional de defensa en juicio, venía ya impuesto por los incisos a, b y c del art. 9 de la ley Nº 25.871, en tanto regula el derecho del migrante a recibir información sobre, entre otras cuestiones, los requisitos de su permanencia en el país.

Si bien esa obligación fue puesta en cabeza del Estado en su conjunto, y el decreto reglamentario (Nº 616/2010) solo parece enfocarse en la tarea de difusión o publicidad, la obligación del Estado de brindar información a quien la solicite abarcaría también, al menos, a los miembros del Ministerio Público que ejercemos de patrocinantes letrados de los acreedores de este derecho (a la información).

Las condiciones por las cuales esa información es aún más exigible (por parte del extranjero) surgen de la propia reforma que efectúa el DNU ya que en él se impone a los jueces la obligación de hacer saber a la Dirección Nacional de Migraciones cuando se haya dictado alguno de los actos considerados (equivocadamente) como antecedentes, esto es, condenas no firmes o autos de procesamiento².

Así, y más allá de la carga de comunicar el dictado de estos actos al Registro Nacional de Reincidencia³, ese deber de “informar” (esta vez en cabeza de los agentes estatales encargados de facilitar la actuación de la autoridad de aplicación) se sujeta, además, a sanciones como la recogida en el art. 14 inc. A de la ley N° 24.937⁴.

4. LA INSERCIÓN DEL DNU EN EL ORDEN JURÍDICO ARGENTINO

Cabe recordar, para introducirnos al tema, que si bien la reforma de la ley N° 25.871 vía decreto de necesidad de urgencia tiene la relevancia que le da el de su efectiva vigencia⁵, el sancionado pero no vigente nuevo CPPN⁶ ya contenía una norma que sancionaba con la expulsión al migrante aun no condenado, detenido en flagrancia incluso en el marco de la suspensión del juicio a prueba⁷.

Ambas normas ignoran el alcance de los principios de inocencia y de no discriminación e igualdad.

Una de las características de la ley N° 25.871 en su original redacción era que supeditaba las sanciones de expulsión o impedimento de ingreso a la existencia de una condena penal, sin que bastaran enunciaciones tan vagas como “proclividad al delito”, ello “...a la luz del principio de presunción de inocencia y del resguardo del debido proceso” (Fallos: 330:4554, cdo. 4°).

En el contexto actual, un extranjero goza de un principio de inocencia de menor calidad del que goza un nacional, desentendiéndose así el Estado argentino de que la presunción de inocencia consagrada en el 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no limita su vigencia a los nacionales del Estado, y expresamente le veda crear tal excepción en el art. 1.1 del mismo

² Cfr. art. 29 de la ley 25.871 en su actual redacción.

³ Impuesto en el art. 2 de la ley N° 22.117.

⁴ Sin embargo, cabe destacar que las sanciones están previstas también como aplicables a los miembros del Ministerio Público (los fiscales intervinientes en el proceso en el que esos actos –jurisdiccionales– se dicten), quienes se independizaron del Poder Judicial desde la reforma constitucional de 1994.

⁵ Al menos hasta que se pronuncie la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo y, luego, el pleno de cada Cámara del Congreso, cf. ley N° 26.122.

⁶ Ley N° 27.063.

⁷ Cfr. Nahuel M. Perlinger y Pablo Ceriani Cernadas: “Entre beneficios y expulsiones: comentario al art. 35 del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27063)”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, número 10, octubre de 2015, págs. 2069/99.

instrumento. Esto así aunque ya lo hacía, por otra parte, la Constitución Nacional en los arts. 16 y 20.

A pesar de que el DNU invoca razones de seguridad pública, esa noción fue definida por los órganos encargados de interpretar y aplicar la CADH de una manera sustancialmente distinta. En efecto, las políticas públicas deben reconocer en la población extranjera (especialmente en su relación con las fuerzas policiales) a un grupo vulnerable que no es el causante de los riesgos que introducen los delitos de trata y tráfico de personas, por ejemplo, sino que resulta afectado por ellos, lo que impone una suerte de discriminación positiva en su beneficio, mediante mecanismos de protección específica⁸.

Existe, por ende, un claro sentido regresivo en la normativa interna que fuerza el vínculo entre la inseguridad y presencia de inmigrantes en el país, sin una regulación específica que atienda a los fenómenos delictivos globales que se pretende prevenir conforme los considerandos del DNU.

Ante esta práctica, y a la espera de lo que resulte de las acciones de amparo intentadas⁹ o al funcionamiento de las normas constitucionales destinadas a verificar la validez del decreto de necesidad de urgencia dictado por el presidente¹⁰ la cuestión se reduce aquí a determinar cómo se pueden garantizar los derechos del imputado extranjero, incluso en el contexto normativo así descripto.

5. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL DNU EN ORDEN A LAS CONSECUENCIAS DE LA SITUACIÓN PROCESAL DEL IMPUTADO

Ya antes de la reforma de la ley de migraciones, el acusado extranjero que suscribía un acuerdo de juicio abreviado podía ser alcanzado por la sanción de expulsión. Lo que diferencia esta ley de la anterior es la inmediatez con que esa consecuencia se produciría y la escasa gravedad de (algunas de) las conductas alcanzadas por esta consecuencia.

Al respecto, si algo anticipaba ya la ley N° 27.063 era el vínculo entre ciertos elementos: flagrancia– extranjero– expulsión.

Las condenas rápidas para casos considerados sencillos ya tienen anclaje legal en la ley N° 27.272, que reformó el CPPN incorporando un procedimiento más sencillo y breve para aquellos supuestos en los que el imputado es detenido en flagrancia, noción cuyo alcance se amplía en

⁸ “[Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos](#)”⁸ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ Un amparo colectivo tramita ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nro. 1 de esta ciudad, causa N° 3061/2017, caratulada “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN – DNM s/ Amparo Ley 16.986”.

¹⁰ Art. 99 inc. 3°, tercer párrafo.

la misma ley¹¹. En el marco de ese procedimiento, al no haber auto de mérito emitido por el juez previo al dictado de la eventual condena (como sí ocurre en el procedimiento común), el único momento en que podrá configurarse la situación (amplia) prevista y definida como “antecedente” en el art. 29 de la nueva redacción de la ley N° 25.871 es aquella por la cual se propicia la elevación juicio de la causa¹².

Ahora bien, en ese procedimiento especial, la oportunidad para formular esa pretensión coincide con la oportunidad en que caduca la posibilidad de llegar a un acuerdo de juicio abreviado¹³.

En este proceso, coinciden de modo fatal la oportunidad en que se activan los mecanismos de carácter administrativo con la decisión sobre la imposición de una pena sin la celebración de un debate.

De allí que, en el contexto actual, aun cuando en el procedimiento común la posibilidad de una expulsión surgiría ya con la mera emisión de un auto de procesamiento firme, y el acuerdo de juicio abreviado poca influencia podría llegar a tener respecto de aquélla, en el procedimiento de flagrancia la suscripción de un acuerdo de juicio abreviado está prevista en un momento en el cual aún no se habría generado ningún acto o decisión con entidad para dar pie al trámite de expulsión.

Esto, que puede predicarse de los supuestos de impedimento de ingreso o permanencia, es más lineal en los casos de cancelación de la residencia ya otorgada.

En esos casos, el procedimiento sumario de expulsión no operaría con base en autos de mérito o pedidos de elevación del caso a juicio, pero tampoco requiere, como ocurría antes, al menos, una condena firme. Para que el trámite sumarísimo se dispare, y se concrete la expulsión, basta con la imposición de una condena, incluso con un recurso pendiente.

En consecuencia, la decisión de suscribir un acuerdo haya mediado o no un auto de procesamiento o un requerimiento de elevación a juicio e incluso sin una condena firme, basta para colocar al extranjero en la situación descripta.

6. EL ALCANCE DE LA DEFENSA TÉCNICA EN EL MARCO DE UN ACUERDO DE JUICIO ABREVIADO

Estas generalidades orientan la discusión sobre cuál es el contenido adecuado del asesoramiento letrado en estos supuestos

¹¹ Art. 285.

¹² Art. 353 *quinquies* del CPPN.

¹³ Cf. art. 353 *sexies* del CPPN.

Sin entrar en la discusión sobre la validez constitucional del instituto del juicio abreviado (art. 431 *bis* del CPPN),¹⁴ el instituto sirve a un efecto principal de la defensa, al permitir que el imputado intervenga en la definición del conflicto penal de modo de acordar un monto de pena con el que pueda conformarse y del cual el tribunal no puede apartarse.

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento anglosajón, el imputado sólo puede intervenir para definir cuál será el monto de la pena, pero no define ni los hechos sobre los que recae ni las razones de hecho y derecho para dictarla. En ese sentido, aunque puede recurrirla¹⁵ ello es así de un modo limitado y conforme un escrutinio más demandante¹⁶.

El funcionamiento correcto del instituto presupone también que el imputado acuerde de modo libre y voluntario que el proceso termine de esta manera. Esto es, el imputado debe obrar libre de coacción¹⁷, pero también debe actuar con conocimiento de los elementos técnicos que justifican esa decisión.

En consecuencia, la voluntaria decisión de acordar un juicio abreviado, y prescindir de controvertir la prueba presentada en el debate y argumentar ampliamente sobre su valor, no puede ser concebida sin la intervención de un defensor técnico.

En efecto, aunque la intervención del abogado del imputado en el acuerdo aparece prevista con un contenido meramente formal, lejos de ser un mero garante de la legalidad del acto, su rol es de la mayor importancia.

No está allí sólo para que el acuerdo cumpla con el recaudo formal previsto en el apartado 2 de la norma. Su rol es el de satisfacer el alcance de la garantía del art. 8.2 e de la CADH y brindar, así, un asesoramiento legal efectivo¹⁸.

¹⁴ El instituto puede ser cuestionado en razón de que se impone una pena sin que se hayan verificado los recaudos centrales de un real juicio (al no mediar intermediación con la recepción de la prueba, ni admitirse otras que no sean las recogidas en la etapa preliminar, sin adecuados control de la defensa la mayoría de las veces)

¹⁵ Cfr. CSJN Recurso de hecho en causa “[Aráoz](#)”, A. 941. XLV, del 17 de mayo de 2011.

¹⁶ Cfr. caso “Mansilla”, causa N° CCC 40054/2014 de la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 29 de abril de 2016, reg. 327/2016.

¹⁷ Al respecto y recientemente, la Cámara de Casación nacional ha considerado que no puede hablarse de libertad en la decisión si la suscripción del acuerdo obedece al temor de recibir en el debate una pena que resulta más severa que la que le espera de pactar un acuerdo con el fiscal; si esta situación se pone de manifiesto en el trámite del proceso, ese acuerdo carece de validez (cfr. sentencia de la Sala 2 de la CNCCyC en el caso “Siri”, causa N° CCC 7822/2011, del 12 de mayo de 2017, reg. 361/2017). En este caso el fiscal que se opuso a la concesión de la suspensión del juicio a prueba por estimar que la eventual pena no podría ser dejada en suspenso, pactó inmediatamente después un acuerdo de juicio abreviado con esa especie de pena. Aunque esta clase de acuerdos parece consultar el interés del imputado, y las condiciones no son las usuales, es interesante el estándar sentado por la Cámara como límite al obrar discrecional de los fiscales, avalado por la pasividad de los tribunales.

¹⁸ Fallos: 329:4248, cdo. 6°.

Un primer problema es que el contenido de ese asesoramiento parece diseñado para la instancia en que se debe alegar o formular planteos en el marco de una contradicción de posiciones con la acusación¹⁹.

Una noción más amplia predica del asesoramiento un contenido más acorde a cualquier tipo de contingencia o momento procesal, al concebirlo como un modo de fortalecer la defensa del interés concreto del imputado (ver Binder et al 2015, 75)²⁰.

Mal puede representarse o defenderse ese interés si respecto de cuál sería ese interés no media, de parte del imputado, una decisión que represente de modo efectivo su libre voluntad.

En ese sentido, aunque la validez de los acuerdos entre la fiscalía y la defensa fue avalada por el Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos, al interpretar el art. 6 del Convenio Europeo (que resguarda el debido proceso o *fair trial de un modo similar al art. 8 de la CADH*), ese tribunal destacó que, al renunciar el imputado a sus derechos procesales, un recaudo mínimo para ello es el de que exista un conocimiento pleno de los hechos del caso y las consecuencias legales de tal renuncia, de modo que ella sea “*genuinamente voluntaria*” y, además, que medie un control judicial sobre ese acuerdo y la manera en que se llegó a él²¹.

Como contenido mínimo, entonces, el abogado debe comunicar a su asistido que la aceptación de este trámite implica renunciar al juicio oral y público y a la oportunidad de incorporar allí los argumentos de hecho y de derecho que podrían ser esgrimidos para mejorar su posición. También debe informarle que la posibilidad de acordar una pena con el fiscal solo es factible (bajo el amparo de la norma en cuestión) al renunciar al debate. Ello así, el primer deber de un adecuado asesoramiento es informar al cliente acerca de la existencia de propuestas efectuadas por el fiscal y, en su caso, las consecuencias de aceptarlas.

En los casos “[Missouri vs. Frye](#)” y “[Lafler vs. Cooper](#)” (ambos del 2012), la Suprema Corte estadounidense extendió el alcance del asesoramiento y la sanción por sus defectos a la instancia de negociación en sí misma, cuando el consejo erróneo motiva la no aceptación de un acuerdo que resultaba más beneficioso que el resultado del juicio.

Este es el centro del problema, ya que la indicación o consejo de no aceptar un acuerdo puede constituir, también, un defecto en el asesoramiento aun cuando, en última instancia, con ello

¹⁹ Cfr. cdo. 8° del caso “Schenone” antes citado.

²⁰ Invocando, como fuente para establecer cuáles son los estándares que rigen la función del abogado, aquellos que establecen los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados”. En particular, el artículo 13, que dispone que 13 son obligaciones de los abogados para con sus clientes las siguientes:

“ a) (p)restarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes; b) (p)restarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses; c) (p)restarles asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda”.

²¹ Caso “Natsvlishvili y Togonidze v. Georgia”, resuelto el 29 de abril de 2014, parágrafo 92.

no se hace más que propiciar que el caso sea resuelto de un modo mucho más garantizador de los derechos del imputado.

La cuestión está ligada a la esencia de los acuerdos de esta índole.

7. PARTICULARIDADES DEL ASESORAMIENTO A UN IMPUTADO EXTRANJERO

Intuitivamente, y en la generalidad de los casos, el beneficio que se obtiene de la suscripción de un acuerdo de juicio abreviado se mide en función de la pena. Esto es, su monto y su modalidad de ejecución en relación con aquella que se obtendría de comparecer a juicio y exponerse a, fracasadas las argumentaciones en favor del imputado, un resultado potencialmente más perjudicial que el que se obtendría de pactar un acuerdo con el fiscal.

Así, en estos casos, el mejor o peor resultado se determina a partir de la comparación de la propuesta del fiscal (A) con la acusación y la escala penal del delito por el cual se la formula, así como los antecedentes penales del imputado y las consecuencias, en su caso, de la pena en expectativa (B).

Por ejemplo: un acusado por robo simple (art. 164 del Código Penal), con condenas anteriores ya cumplidas como condenado, puede recibir una pena entre 15 días y 6 años de prisión de efectivo cumplimiento, sin poder acceder a la libertad condicional (art. 13 del CP). Si el fiscal propone una pena en los márgenes de esa escala el examen sobre la conveniencia se medirá, en principio, a la luz de cuáles sean los elementos de juicio que permiten controvertir su responsabilidad o disminuirla, pero, especialmente, según cuál sea el momento en que podrá recuperar la libertad el imputado de aceptar ese acuerdo.

La cuestión resulta un tanto más compleja si entre la acusación y la propuesta formulada por el fiscal y las pretensiones de la defensa mediara un desacuerdo acerca del encuadre jurídico (y consecuentemente, la escala penal) y el imputado, asesorado por su letrado, debiera decidir si arriesgarse a discutir en juicio la norma aplicable, con el riesgo de recibir una pena más grave.

Ante esta dificultad, me basta afirmar, a los efectos de este trabajo, que incluso, bajo estas mismas condiciones un extranjero (y su abogado) no se encontrarían ante una decisión tan lineal. Veamos.

El acusado, en efecto, no podría motivarse solo por cuál es la expectativa de pena, sino también acerca de las consecuencias de una condena, cualquiera sea su monto.

De esas consecuencias, entiendo, aquella que podría tener un rol determinante en su decisión es evitar su expulsión del país.

Aquí volvemos, entonces, al examen de cuál es el asesoramiento efectivo o adecuado.

Si tomamos como pauta la afirmación del trabajo de Binder, Cape y Namoradze (2015), veremos que ella coincide con la que la Corte IDH sostuvo en el caso "[Ruano Torres y otros v. El Salvador](#)"²².

La palabra clave parece ser, en efecto, identificar el **interés concreto** del imputado como centro de la definición de un asesoramiento efectivo.

A esos efectos, sirven de fuente los precedentes de la Corte norteamericana, a los que algunos de los jueces de la Corte Suprema local se han remitido al analizar la cuestión.

En efecto, en el caso "Cajal"²³, la exposición de estos estándares aparece con claridad del considerando 4° del voto de los jueces que formaron la disidencia (Maqueda y Zaffaroni), quienes sostuvieron allí que:

...para determinar la viabilidad del agravio referente a la carencia de asistencia legal eficaz, este Tribunal debe analizar las circunstancias del proceso; pues no existe un catálogo exhaustivo de reglas que permita determinar a través de su confrontación si la conducta del defensor ha sido satisfactoria o no; por el contrario, un sistema de ese tipo significaría "restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas" pues "el acto u omisión de un defensor que...es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro" ("Strickland v. Washington", 466 U.S. 668, 1984, citado en "Pancia" Fallos: 324:3632, voto en disidencia de los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert). En "Strickland v. Washington", la Corte Suprema norteamericana interpretó que, como test general, se deberían probar dos componentes fundamentales, la actuación deficiente del abogado y el perjuicio a la defensa tan grave como para poner en duda el resultado del procedimiento, descartándose, en principio, los casos relativos a las distintas opciones de estrategias defensivas relativas a la aplicación del derecho o aspectos fácticos de la investigación (cita omitida).

Distinguieron luego los jueces cuyo voto se cita cuáles eran aquellos perjuicios que permitían afirmar la violación del derecho y, por ende, la invalidez de lo actuado, y afirmaron que:

...los agravios relativos a las posiciones asumidas por la defensa designada por el imputado hasta la sentencia condenatoria resultan ser más bien relativas a la elección de estrategias defensivas que los jueces en un estado de derecho, por imperio de los principios de libertad e independencia en el ejercicio de la defensa, no pueden más que garantizar. Máxime cuando no se ha probado un perjuicio grave como para poner en duda el resultado del procedimiento ni mucho menos que afecte la validez misma del proceso que habilite la función jurisdiccional de esta

²² Serie C, nro. 303, del 5 de octubre de 2015, parágrafos 155 a 175.

²³ Fallos: 333:1789.

Corte, al control aún de oficio "...cuando se encuentran comprometidos aspectos que atañen al orden público. En efecto, la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría convalidarse (Fallos: 320:854 y 329:4248)"; "Domínguez, Alcides Armando"(Fallos: 330:5052). Además, un desacierto en la estrategia de la defensa, un error en la ponderación de los hechos y el derecho no implican necesariamente lesión a la garantía constitucional analizada; de otro modo, en todos aquellos casos donde la decisión de los jueces no condice con las expectativas del justiciable éste podría rebatir incesante y caprichosamente las decisiones judiciales a partir de una valoración ex post facto de los resultados obtenidos por su asistencia legal técnica, afectando principios esenciales como lo son los de preclusión, cosa juzgada y economía procesal, por lo que corresponde descartar la nulidad del proceso por la alegada inidoneidad de la defensa particular designada por el imputado.

Al solo efecto argumental, y más allá de la suerte que en definitiva corrió el recurso, también cabe invocar el modo en que resolvió el caso "Cajal" la mayoría del tribunal supremo.

Lo hizo por remisión al dictamen del Procurador General, quien al merituar la labor del defensor durante la etapa previa a la instancia recursiva, destacó que no cabía equiparar la necesidad de una defensa adecuada o efectiva, con la "*eficacia de su ejercicio (Fallos: 225: 123 y sus citas)*", y también citó, como lo hicieron los jueces que asumieron la posición minoritaria, el estándar sentado por la Corte norteamericana²⁴, a la que ya se había referido también el voto en minoría en el caso "Pancia"²⁵.

8. LA ESPECIFICIDAD DE LA LABOR DEL ABOGADO DEFENSOR ANTE UN ASISTIDO PASIBLE DE SER EXPULSADO DEL PAÍS

Podemos desagregar estas precisiones para intentar clarificar el problema propuesto en esta presentación.

El análisis de las circunstancias del caso y la preservación del criterio personal del abogado revisten más entidad en los casos tramitados merced el trámite del juicio abreviado, ya que aquí no hay reglas precisas que rijan la actividad de las partes durante la negociación.

Sí hay, sin embargo, un deber general de informar que no se satisface con el silencio.

En particular en materia migratoria, donde las reglas son lo suficientemente claras, la advertencia de que la condena, incluso no firme, satisface los recaudos de una expulsión, se impone. Sobre este punto fue clara la doctrina sentada en el caso "Padilla" de la Corte

²⁴ Caso "Strickland".

²⁵ Fallos: 324:3632 (voto de los jueces Petracchi, Boggiano y Bossert).

norteamericana, incluso en un contexto normativo migratorio más complejo y arduo de comprender.

Ese deber, sin embargo, también se extiende a las eventuales consecuencias perjudiciales en relación con el eventual acuerdo propuesto, ya que la pena resultante del juicio oral puede ser más grave, al implicar más tiempo de detención o incluso la imposición de la detención misma (especialmente en casos en los que la escala penal admitiría, *a priori*, su ejecución en suspenso).

La otra cuestión esencial es que ese deber de informar debe ser relevante para la decisión adoptada.

Una de las incógnitas que se presenta es aquella ligada a la demostración de que, de contar con el asesoramiento correcto el imputado habría decidido de una forma diversa, o si, en especial, fue ese asesoramiento errado el que produjo el perjuicio.

El riesgo que debe superarse antes de tratar de responder estas cuestiones es confundir, como lo destacó el Procurador en el caso “Cajal”, eficiencia y eficacia. Es evidente que cualquier proyección de un juicio es azarosa en cuanto a su resultado. Una condena en un contexto probatorio dudoso ha dado pie a condenas que, incluso recurridas, podrían dar pie al trámite sumario de expulsión. Esto también integra el deber de información.

Lo cierto es, también, que si el imputado, como expresión de su interés concreto, privilegia no facilitar la expulsión al asumir la condena, pero lo hace a sabiendas de la posibilidad de recibir una pena superior y ello en un contexto probatorio desfavorable, también tiene derecho a que ese interés sea resguardado. Porque, también en este contexto, una absolución es uno de los resultados posibles.

No es prudente limitar nuestras obligaciones a las de actuar como mero ejecutor de decisiones del asistido. Resulta aconsejable que le informemos acerca de los riesgos o beneficios de las decisiones desde un punto de vista objetivo: analizando la prueba del legajo en miras a evaluar el desenlace posible del juicio y analizando la normativa vigente en orden a las consecuencias de una pena o una condena.

Cabe destacar, para concluir, que los jueces no pueden desentenderse del rol de verificar que el imputado, al prestar su conformidad con el juicio abreviado esté en pleno conocimiento de las consecuencias de suscribirlo pues, en este punto, la presencia del abogado no legitima lo actuado.

Primero, porque por tratarse de una nulidad absoluta y de una cuestión de orden público, la constatación de ese defecto basta para decretar la invalidez de lo actuado; segundo, porque ese deber tiene como fuente una obligación internacional clara, como la constató la CorteIDH en el caso “Ruano Torres”, donde resaltó que recae sobre las autoridades nacionales el deber de

tutela o control sobre la diligencia de la defensa ante situaciones en que su ausencia es patente²⁶.

Aunque la exigencia de un defecto patente puede ser criticable como estándar, máxime si, a los efectos del deber internacional de garantía se distingue la situación del defensor oficial de la del defensor de confianza²⁷, lo cierto es que, la existencia de una audiencia *de visu* es la oportunidad para que se genere en cabeza del Estado (y sus órganos) el deber de verificar el conocimiento del imputado de las consecuencias de una condena.

9. CONCLUSIONES

Muy sintéticamente, existe un deber de informar al imputado de las consecuencias migratorias de una condena como paso previo a que pueda prestar su conformidad a no hacer uso de su derecho a ser juzgado en un debate oral y público para postular su inocencia (para evadir esas consecuencias), pero también existe el deber de informar acerca de las otras consecuencias –de carácter estrictamente penal– que implica la no aceptación de un acuerdo ante el prospecto de una pena mayor, máxime en supuestos en que la residencia no había sido concedida y operan los más laxos supuestos del art. 29 de la ley N° 25.871 reformada por el DNU 70/2017.

Como se vio con la mención a los hechos del caso “[Lee vs. US](#)”, el interés de imputado por no ser expulsado podría ser erigido en el factor relevante para determinar cuándo un asesoramiento deja de ser efectivo aunque, a la luz de las circunstancias, pueda no ser inadecuado.

En efecto, Lee no tenía chances serias de una absolución en juicio y sí tenía serias probabilidades de ser condenado a una pena más severa de lo que iba a derivar, de todas maneras, la deportación que pretendía evitar.

En las circunstancias de ese caso, ante la expectativa de una pena mucho más alta, un consejo técnico *a priori* adecuado resaltaría ese efecto no querido de exponerse al debate. El interés concreto del imputado, sin embargo, vería en una deportación inmediata un perjuicio mayor que una deportación sujeta a la eventual (aunque casi segura) condena luego del debate.

Antes de la vigencia del juicio abreviado, es cierto, no existía tal opción. Sin embargo, la existencia de la opción pone al defensor en el rol de hacer saber al imputado acerca de los posibles acuerdos que podrían ser alcanzados y de los beneficios que ellos podrían servir a su situación.

La noción de perjuicio a la que alude el estándar del caso “[Strickland](#)” no es extraña a la que se suele suscitar, por ejemplo, al invocar un defecto formal o postular la nulidad de un acto del proceso. En ese contexto se compara el estado de cosas previo al defecto, con aquel que habría devenido sin aquél.

²⁶ Parágrafos 168 y 172.

²⁷ Cfr. Observación General N° 32 del Comité sobre Derechos Humanos, parágrafo 38.

La diferencia sustancial entre los votos mayoritarios y disidentes del caso “[Lee](#)” ilustra la manera de encarar la solución del caso a partir de esa comparación.

Los primeros afirman que la pregunta acerca de si ha habido o no un perjuicio para la defensa se realiza con base en lo que ocurrió en la fase de negociación y acuerdo sobre la pena; los segundos, que ese análisis debe hacerse con base en cual habría sido el resultado del juicio. Ello así, si el resultado era una probable condena, el desconocimiento de una circunstancia que se deriva de ella no causa perjuicio, aunque ese desconocimiento sea atribuible al mal consejo técnico.

Para estos últimos, un estándar de defensa adecuada o razonable no puede depender de la clase de procedimiento del que se trate, y critican que –conforme la solución de la mayoría– deba haber un estándar distinto si el imputado va a juicio, acepta un acuerdo (cuando no lo habría hecho de ser bien asesorado), no lo acepta porque no lo conoce (pese a que debía ser informado de la oferta) o lo rechaza (pese a que le convenía).

En nuestro sistema, podemos desentendernos de la necesidad de una regla o estándar jurisprudencial simple y maleable, como exigiría el modelo norteamericano. Sin embargo, creo que las disquisiciones que se plantean en aquél contexto pueden sernos útiles para clarificar el modo de resolver problemas que, como vemos, son similares.

BIBLIOGRAFÍA

Binder, Alberto, Ed Cape, Zaza Namoradze. 2015. [Defensa penal efectiva en América Latina](#). Bogotá: Dejusticia.