

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

Alumnas: DOSIO MARCELA
PFOH GUILLERMINA

Asignatura: DERECHO PROCESAL PENAL

Director de investigación: JOSE MARIA MEANA

Año: 2008

Universidad Nacional de La Pampa
Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas
Santa Rosa, La Pampa.

“Las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental”.
(ALBERTO M. BINDER)

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución se preocupa especialmente por establecer resguardos o garantías frente al posible uso arbitrario del poder penal del Estado. La coerción penal constituye una fuerza estatal de alta intensidad, y por lo tanto, todos los resguardos y garantías referidas a ella tienen una gran importancia política, que debe ser tomada en cuenta en toda interpretación constitucional.

La Constitución es la ley fundamental de nuestro país. Su nacimiento se debe al Poder Constituyente que tiene el pueblo en sus manos, quien a lo largo de la historia ha fijado los principios básicos y rectores del proceso. Así en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (citación expresa) se reconoció:

“Sostenemos como evidentes por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados, que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios el pueblo tiene derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la mas adecuada para alcanzar la seguridad y la felicidad”

Dentro de nuestra organización judicial (uno de los poderes admitidos en la división tripartita), suele atribuírsele a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la misión de velar por la observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En algunos casos se la ha designado como “el supremo custodio de las garantías individuales”.

Sabemos que el proceso penal es un campo de conflicto entre derechos individuales fundamentales e intereses sociales especialmente sensibles.

Desde las garantías procesales que embrionariamente establecieron los artículos 7 y 9 de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la evolución de lo que hoy designamos como Debido Proceso Penal, se explica y visualiza como la reacción al proceso inquisitorio del antiguo régimen y el reconocimiento de derechos inalienables de la persona.

Desde este punto de vista podríamos decir que la historia de las garantías procesales es la historia de los encuentros y desencuentros entre el reconocimiento de Derechos Procesales Fundamentales y el carácter autoritario liberal de las sociedades a partir de la Revolución Francesa.

La historia demuestra, que en las sociedades más autoritarias, más reducidas son las garantías procesales y viceversa.

Por el contrario, una sociedad basada en la libertad de los ciudadanos asume un mayor riesgo de que un culpable no sea penado, pero con frecuencia y erróneamente se sostiene que ese proceso penal garantizador reduce ostensiblemente la eficiencia de la persecución

penal, visión crítica que se exagera con el permanente reclamo por la creciente inseguridad y la consiguiente tendencia, a la permanente y desordenada inflación del Derecho Penal.

Es por ello que, tomando como base el claro precepto propugnado por Alberto M. Binder, consideramos adecuado afirmar que existe aún una tarea pendiente: lograr que todas y cada una de las garantías constitucionales tengan efectiva vigencia para todos los habitantes de nuestro país; que el reconocimiento de la dignidad, libertad e igualdad de todas y cada una de las personas no sea aplastada ni por la usurpación de quienes son poderosos, ni por las rutinas, burocracias y hábitos aparentemente inocentes, a que nos hemos ido acostumbrando.

CAPITULO II

Las Garantías Procesales son las seguridades que se otorgan para impedir que el goce efectivo de los derechos fundamentales sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya sea limitando ese poder o repeliendo el abuso.

Así tenemos que, hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.

La mayoría de las Constituciones han incorporado un conjunto de garantías genéricas, y una extensa relación de garantías específicas. A continuación procedemos a tratar cada una de ellas.

DESARROLLO

DEBIDO PROCESO

El proceso penal esta, (y es correcto q así sea), reglamentado por pautas. Esto se logra con la aplicación del principio “**nulla poena sine lege**”, que significa que todo el ejercicio de la coerción penal debe estar perfectamente delimitado con anterioridad por la ley.

Es a partir de esa base donde se estructuran las demás garantías (otra de las importancias que reviste su aplicación). Aun más, se llega a un **debido proceso** cuando se tienen en cuenta todas las garantías.

Son entonces, dos caras de una misma moneda.

Ahora bien, ¿cómo saber que o cual es el debido proceso?. Para ello debemos tener en cuenta, en principio, lo dispuesto por el artículo 18 de

la Constitución Nacional: *“Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*.

Coincidente con el artículo 13 de la Constitución de La Pampa: *“es inviolable la defensa en juicio de las personas y sus derechos, conforme a las leyes q reglamenten su ejercicio”*.

El juicio al que las normas hacen alusión, no es cualquier juicio: existe un diseño constitucional del juicio previo, que ha sido estructurado de modo tal que cumpla con un límite eficaz al ejercicio arbitrario del poder sancionatorio.

Nuestra Constitución Nacional manda a realizar en todo el país juicios **orales, públicos y por jurados**. Ese es el diseño constitucional del juicio penal.

Por lo tanto, aquellos juicios que no se adecuen a estas características no son constitucionales. Esto dista mucho de la realidad, ya que solo para alguna de estas características (y en ciertos aspectos) coincide lo propugnado por la constitución y la practica.

¿Quiere decir esto que los juicios penales no son constitucionales?. En realidad no es discusión de este trabajo el deber de aplicación taxativa de las normas. Si interesa poner de resalto que en la mayoría de las provincias los juicios penales se acercan al diseño constitucional aunque no cumplan con todas sus exigencias (y sin ser por ello declarados inconstitucionales).

Ahora bien, consideramos que esta garantía no se agota o concluye en estas reglas constitucionales. Correcto sería incluir dentro de esta otras garantías, no de menor importancia, íntimamente relacionadas.

Otra de las garantías es: **“juez natural y la prohibición de las comisiones especiales”**. Remitiéndonos nuevamente al Art. 18 de la

Constitución Nacional que expresa: “ningún ciudadano puede ser juzgado por comisiones especiales o ser apartado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”

Esta cláusula constitucional hace referencia a un proceso penal estructurado sobre la base de principios republicanos, y lo que en definitiva propugna es: evitar toda manipulación política del juicio y lograr que el mismo sea verdaderamente imparcial.

Un juicio que esta bajo sospecha de parcialidad, pierde toda legitimidad y vuelve inútil todo el trabajo que se toma el Estado para evitar el uso directo de la fuerza y la aparición de la venganza particular.

A lo que aquí se hace hincapié es a la predeterminación legal del juez, que significa relimitación de la competencia para entender en una determinada causa (y es en la relimitación **previa** del legislador de esta competencia donde radica la importancia de esta garantía).

El derecho a un Juez legal o predeterminado por la ley comprende:

- Que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de ley de la materia. Existe la imposibilidad de constituirlo post factum.
- Que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial.
- Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle como un Juez ad hoc o excepcional. Prohibición de jueces extraordinarios o especiales.
- Que la composición del órgano judicial venga determinado por ley, siguiéndose en cada caso concreto los procedimientos legalmente establecidos para la designación de sus miembros.

Otra de las garantías que consideramos pertinente incluir dentro del debido proceso es: “**imparcialidad e independencia judicial**”.

Así lo consideramos, por la razón de que no basta con que exista un debido proceso con las características asignadas por la Constitución, o la necesaria predeterminación legal del juez, además se ha establecido la exigencia de la imparcialidad e independencia de los jueces, como un mecanismo adecuado para que la administración de justicia no responda a los dictados de ninguno de los otros poderes del Estado.

Esta “independencia” del poder judicial se refleja dentro del esquema de la división de poderes propio de una República (se entiende que cada uno de los poderes es independiente respecto de los otros y que funcionan dentro del Estado como “pesos y contrapesos”).

Nuestra Constitución Nacional establece ciertos mecanismos muy concretos para garantizar la independencia de los jueces.

El primero de ellos se refiere a la estabilidad de sus funciones: *los jueces no pueden ser removidos sino por procedimiento constitucional como es el juicio político*. Le corresponde al Parlamento decidir si ha existido o no un mal desempeño de la función judicial o si se ha cometido o no un delito en ocasión del cumplimiento de tales funciones.

Los jueces adquieren de este modo una notable estabilidad (fallo: “**Fayt, Carlos Santiago** vs. Estado Nacional” 1994)

Otro de los mecanismos establecidos por la Constitución es el de la intangibilidad de las remuneraciones. Esto significa que no es posible presionar a la administración de justicia mediante el recurso de modificar las respectivas remuneraciones (fallo: “**Mill de Pereyra Rita A.** y otros vs. Provincia de Corrientes” 2001)

El ejercicio de una actividad independiente, depende de la conciencia del juez. Pero esta independencia no significa bajo ningún punto de vista total arbitrio, ya que tiene límites más allá de los cuales su función

no debe sobrepasar (debe limitarse a interpretar y aplicar a cada caso concreto que se le presente el de hecho previsto por el ordenamiento jurídico, y nunca mas allá de los propios hechos reconstruidos en el curso del proceso).

La independencia judicial garantiza, precisamente, que el proceso de subsunción y el proceso de reconstrucción de los hechos se realicen libremente, de acuerdo con una interpretación razonable, técnicamente adecuada y coherente con el sistema jurídico.

JUICIO PREVIO

Nuestra Constitución Nacional expresa: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso...*” (Art. 18).

Se ha interpretado que esta frase se refiere a la exigencia de una **sentencia previa**, en el sentido de que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Sólo un juicio de esa naturaleza lógica puede estar “fundado” en una ley previa al hecho del proceso.

JUICIO, como expresa Binder, significa “una operación del entendimiento que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones”. Se trataría de la operación de subsunción de los hechos al Derecho, que hace el juez al dictar sentencia.

Una interpretación dinámica e histórica de la Constitución demuestra que se está refiriendo al “JUICIO” como institución político-cultural y no como juicio lógico. Queda claro que no se entiende un juicio sin una sentencia que es su conclusión necesaria.

Cuando la garantía constitucional hace referencia a una “ley anterior al hecho del proceso”, no sólo nos está dando pautas concretas acerca de que debe existir necesariamente *un proceso* y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto. Además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el “proceso” debe preceder, también necesariamente, al juicio.

El juicio debe ser *preparado* y *controlado*. La preparación del juicio (investigación preliminar y procedimiento intermedio o control de acusación), así como el control de la sentencia conforman, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento, en sentido estricto. Los principios limitadores del juicio previo extienden sus efectos a la totalidad del proceso, con la finalidad de preservar con mayor eficacia de pureza garantizadora de ese mismo juicio.

La segunda dimensión con la que se vincula este principio, consiste en la necesaria existencia de un juez. La misma Constitución Nacional reafirma esta idea en el Art. 23, al prohibir que cualquier autoridad que no sea la judicial pueda arrogarse el juzgamiento de las causas pendientes o el restablecimiento de las ya fenecidas. En resumidas, si no hay juez, no hay juicio previo.

Con todas estas consideraciones podríamos decir entonces que la garantía del juicio previo es una “formula sintética” en la que esta contenida una limitación *objetiva* al poder penal del Estado (forma concreta, que prevé la Constitución, desarrollada anteriormente en la garantía del debido proceso) y una limitación *subjetiva* al ejercicio de ese poder (el juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio, según lo expuesto en el párrafo anterior)

Esta formula sintética para algunos autores (como Binder por ejemplo) significa la máxima eficacia de todas las garantías procesales, ya que es el punto de concentración de la fuerza protectora de las garantías de defensa, inocencia, inviolabilidad del ámbito íntimo, inmediación, publicidad, etcétera.

EL PRINCIPIO DE INOCENCIA O DE NO CULPABILIDAD

Esta garantía esta íntimamente relacionada con la expuesta anteriormente.

Ya habíamos dicho que el Debido Proceso Legal es la institución del Derecho Constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado. ¿Y entonces que sentido tendría que volviéramos a citarle? La respuesta es sencilla, ya que la garantía del principio de inocencia es una derivación de la garantía del juicio previo.

La primera derivación de esa garantía es el mandato constitucional de que *nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia, obtenida en un juicio que lo declare como tal.*

Por imperio constitucional, entonces, toda persona es **inocente**, y así debe ser tratada mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad.

Juicio previo y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda y por tal razón las hemos destacados como **garantías básicas** del proceso penal.

Es a partir de ellas donde comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantías que juegan en el proceso penal.

Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia expresaba que debe presumirse inocente a todo hombre “hasta que haya sido declarado culpable” (Art. 9). La

Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Y finalmente el Pacto de San José de Costa Rica expresa: “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Se puede decir que este principio ha nacido como reacción ante los abusos de la inquisición y forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona, aunque ello, de ninguna manera quiere decir que tenga una efectiva vigencia en nuestro país.

El programa constitucional planteado, muy lejos está de la realidad de nuestro proceso penal. La realidad nos demuestra que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones, por defectos del procedimiento, la sociedad “debe dejar salir”, a pesar de que “ya “ fueron “condenados”, en la denuncia o por los medios masivos de comunicación.

Los fenómenos de los “presos sin condena” son signos evidentes de que el principio de inocencia es un programa a realizar, una tarea pendiente.

Pero más allá de todo ello, y siguiendo con la exposición de esta garantía, debemos detenernos en el concepto de **inocencia** y en sus consecuencias.

Los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes. Es que la “inocencia” es un concepto referencial, que solo toma sentido

cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. La situación normal de los ciudadanos es de "libertad"; esta es su ámbito básico, sin referencia alguna al Derecho o al proceso penal. Pero cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí si tiene sentido decir que es "inocente", porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales.

La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos.

La presunción de inocencia significa:

- 1) Que nadie tiene que "construir" su inocencia;
- 2) Que sólo una sentencia declarará esa culpabilidad "jurídicamente construida" que implica la adquisición de un grado de certeza;
- 3) Que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa declaración judicial; y
- 4) Que no puede haber ficciones de culpabilidad: la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.

La presunción de inocencia exige que el procesado sea tratado como inocente, hasta que el Juez, con todo lo acontecido en el proceso penal adquiera certeza sobre su responsabilidad.

Es entonces, en virtud de este principio que nadie podrá ser considerado culpable hasta que una **sentencia** firme no lo declare tal. De este modo, se reconoce al imputado un estado jurídico de no-culpabilidad, que no tendrá que acreditar (aunque tiene derecho a hacerlo), como tampoco las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que pueda invocar. Esta carga recaerá sobre los organismos estatales encargados de la persecución penal, quienes

deberán demostrar a través de la prueba, su culpabilidad (y la existencia de los eximentes o atenuantes argumentados).

Si aquellos no logran probar fehacientemente la responsabilidad del imputado, este deberá ser liberado definitivamente del proceso (*in dubio pro reo*) sin que pueda perseguírsele nuevamente de manera penal por el mismo hecho (*non bis in ídem*).

¿De que se trata esto del **in dubio pro reo**? No se trata de ningún beneficio a favor del reo, sino una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del estado. Este principio rige como principio rector de la construcción de la sentencia como un todo, pero también sirve para interpretar o valorar algún elemento de prueba en general.

Solamente la certeza sobre la culpabilidad del imputado autorizara una condena en su contra; solo podrá ser declarado culpable cuando las pruebas recibidas en el juicio hayan producido la plena convicción del tribunal al respecto. Son los órganos de persecución penal los que busquen comprobar su culpabilidad, y de allí surge otra consecuencia de esta garantía: *el imputado no tiene que probar su inocencia*.

Esta es una de las diferencias básicas con el proceso civil, ya que en el proceso penal lo que existe es un órgano del Estado cuya finalidad es adquirir toda la información de cargo y de descargo para aproximarse, lo más posible, a la verdad histórica.

El fundamento de esta distinción entre los procesos radica en la intensidad y alta potencialidad dañosa que puede producir el proceso penal, donde no se podría espera que se convirtiera en una distribución de cargas respecto de las afirmaciones convenientes para cada uno de los sujetos procesales (como sucede en el proceso civil).

En síntesis, la construcción (o declaración) de la culpabilidad exige **precisión**, y esta precisión se expresa en la idea de **certeza**. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libertad o de inocencia.

EXCARCELACIÓN

El criterio inicial de la Corte fue, durante mucho tiempo, el de excluir del ámbito de su conocimiento los recursos extraordinarios en materia de excarcelación.

La razón invocada era la de que tales resoluciones no eran sentencia definitiva.

En algunos casos el Alto Tribunal sostuvo que no sólo existía el obstáculo derivado de la falta de sentencia definitiva, sino que además la interpretación de las normas referentes a la eximición de prisión y excarcelación era materia ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte.

En el caso “PLA”, si bien la Corte reafirmó el criterio tradicional, al menos hizo una salvedad que pareció restarle a tal criterio la inflexibilidad con que fuera enunciado.

Allí, al rechazar un recurso extraordinario fundado en la denegatoria de una excarcelación, el Alto Tribunal expresó que: *... las decisiones referentes a prisión preventiva y excarcelación no constituyen sentencias definitivas a los fines del recurso extraordinario, sin que obste a ello la invocación de la garantía de la defensa en juicio ni el alegado error en la interpretación de los textos legales...*

“MACHICOTE” constituyó en esta primera etapa, un caso de excepción. Machicote había sido procesado por el delito de estafas reiteradas, habiéndosele dictado la prisión preventiva en relación con una gran cantidad de hechos. El juez de la causa denegó el pedido de excarcelación atento a que la cantidad de hechos imputados superaba el límite permitido por las disposiciones procesales a los fines de

conceder el beneficio. La Cámara confirmó y Machicote interpuso recurso extraordinario, basado en la “inconstitucionalidad” de las disposiciones procesales en cuestión.

La Corte declaró formalmente procedente el recurso. Dijo que, aún cuando las resoluciones dictadas en materia de excarcelación no son por lo común susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, por faltar el requisito de la sentencia definitiva: *...cabe hacer excepción a ese principio cuando se impugna como contraria a la Constitución Nacional la ley aplicada para denegar el beneficio... remitir el punto al fallo final de la causa constituiría ... un agravio de consecuencias irreparables, ya que precisamente se pretende obtener la libertad hasta el momento en que pueda recaer una sentencia firme de condena.*

Dentro de los pronunciamientos donde la Corte admitió en el pasado el rango constitucional de los institutos de la excarcelación y exención de prisión merece mencionarse el caso “INSTITUTO NACIONAL DE REASEGUROS”. En el mismo dos personas procesadas por tentativa de defraudación habían solicitado originariamente su excarcelación, la que fue denegada por el juez de la causa en fallo que la Cámara confirmó. Posteriormente, y luego de nombrar un nuevo juez, los procesados reprodujeron su pedido invocando la existencia

De nuevos elementos arrimados a la causa que justificaban la revisión del anterior pronunciamiento. El juez hizo lugar al beneficio, decisión que fue consentida por el fiscal. El querellante, quien de acuerdo a las leyes procesales entonces vigentes no se hallaba facultado para recurrir, interpuso contra el auto de soltura el recurso de apelación. El mismo le fue denegado por el juez, atento a que la resolución apelada había sido consentida por todas las partes legalmente habilitadas para

recurriarla. El querellante se presentó directamente en queja ante la Cámara.

El Tribunal de Alzada comenzó por señalar que el recurso de apelación había sido bien denegado por el tribunal inferior. Sin embargo, invocando un llamado “principio de adquisición”, indicó que al resolución en recurso importaba un “alzamiento” contra la decisión anterior de la Cámara y la revocó.

La defensa de los procesados interpuso recurso extraordinario que la Corte acogió. El Alto Tribunal señaló que: *... si bien la cuestión que se trae a conocimiento... no constituye sentencia definitiva lo cierto es que, dada la trascendencia que reviste, todo lo relacionado con la libertad de las personas merece una consideración especial cuando su privación, así sea en principio provisional, pueda significar un claro quebrantamiento de garantías proclamadas por la Constitución.*

La Corte Suprema agregó que dicho principio resultaba especialmente aplicable a la situación de autos, en donde: *... el “a quo”, invocando un pretendido principio de adquisición... ordenó al juez inferior que dejara sin efecto una decisión que... había declarado irrecurrible. En otras palabras, que la Cámara adoptó una decisión sin el imprescindible sustento normativo... con ello, resultaron directa e inmediatamente afectadas las garantías constitucionales invocadas por el recurrente y mencionadas en el dictamen del procurador general.*

En este dictamen, el procurador general, había hecho mención de la “raigambre constitucional” que se le ha reconocido al instituto de la excarcelación, con cita de los casos “TODRES” y “MACHICOTE”. Tales precedentes permiten entonces aseverar el carácter federal del derecho que se pretende hacer valer en estos autos.

EVOLUCIÓN POSTERIOR:

Los precedentes de “Machicote” e “Instituto Nacional de Reaseguros” parecieron acordar la naturaleza federal al derecho a gozar de libertad hasta tanto se dicte una sentencia de condena. Ello era congruente con la citada “raigambre constitucional” de aquellos institutos. Pero lo desconcertante fue que paralelamente con el dictado de estos precedentes, la Corte continuó insistiendo en otros pronunciamientos con su criterio de que: *... las decisiones sobre excarcelación no constituyen sentencia definitiva, sin que obste a ella la invocación de garantías constitucionales.*

En el caso “AGUILERA”, el Alto Tribunal afirmó que: *...si bien el auto que se refiere a la libertad del procesado, por el agravio irreparable que produce, puede ser equiparado a sentencia definitiva “reconociéndose así raigambre constitucional al instituto de la excarcelación” atento a que... el pronunciamiento definitivo nunca puede restablecer el derecho que consiste precisamente en gozar de libertad hasta que se dicte condena.*

Esta postura de la Corte de reconocer por un lado la raigambre constitucional de los institutos de la excarcelación y eximición de prisión, y exigir paralelamente por otro que haya en autos “alguna” cuestión federal para poder asumir su jurisdicción, suscita varias dudas conceptuales. Si el derecho a la excarcelación es de naturaleza constitucional y el apelante sostiene que ese derecho la ha sido restringido, la Corte en lugar de indagar si hay en autos “alguna” cuestión constitucional lo que debería en realidad analizar es si existe una relación directa e inmediata entre el derecho cuestionado y lo que es materia de litigio.

DESARROLLOS MAS RECIENTES

El requisito de la sentencia definitiva:

A partir del caso “MASSERA”, la Corte empezó a considerar, ya de manera más uniforme, que una resolución denegatoria de una excarcelación ocasiona un perjuicio imposible de reparar, para el supuesto de que (el imputado) resultare finalmente absuelto. De allí que, para el Alto Tribunal, este tipo de pronunciamientos es ahora equiparable a sentencia definitiva en los términos del Art. 14 de la ley 48.

La Corte siguió durante mucho tiempo el criterio de que el auto de prisión preventiva no resultaba equiparable a sentencia definitiva, ni aún en los supuestos en que ella se dictara respecto de delitos que no admitían la excarcelación del procesado.

Es cierto que, ordinariamente, es el auto que deniega la excarcelación el que tiene una relación más directa con la garantía de la libertad, y a ese auto el Alto Tribunal está dispuesto a reconocerle status de sentencia definitiva.

El problema se plantea con aquellos delitos que por su penalidad, o por así disponerlo leyes especiales, son considerados como “no excarcelables”. En esos casos, notoriamente, el auto de prisión preventiva equivale al encarcelamiento efectivo, y quien lo padece no tiene otra vía para obtener la libertad que la de cuestionar justamente aquella resolución. Y si el Tribunal que ha dispuesto el encierro lo ha hecho transgrediendo garantías esenciales de procedimiento, parece claro que la Corte no debe inhibirse de conocer los agravios constitucionales del recurrente.

A partir del caso “GUNDIN”, la Corte comenzó a considerar como definitivas resoluciones sobre prisión preventiva, dictadas respecto de delitos que de acuerdo a las leyes procesales no admiten la excarcelación.

El rango federal:

Aun sin explicar mayormente cuál sería la cláusula constitucional que le da fundamento, la Corte siguió admitiendo en pronunciamiento posteriores el “rango federal” de los institutos de la excarcelación y la eximición de prisión.

En el caso “CAPUSSI” la Corte debió pronunciarse sobre la interpretación de un pasaje del Código de Justicia Militar.

A criterio de la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia que actuaba como Alzada de las decisiones del Consejo de Guerra actuante, esa norma no facultaba al tribunal a suspender los efectos de una prisión preventiva durante la sustanciación del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria.

La Corte, en cambio, sostuvo un criterio contrario, afirmando que la interpretación que propugnaba *es la que mejor armoniza con el derecho constitucional de permanecer en libertad durante el desarrollo del proceso.*

A la par de distintos pronunciamientos la Corte afirmó el rango federal de los institutos de la excarcelación y eximición de prisión, rápidamente señalando que:... *el derecho de gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional.*

Este criterio encuentra su génesis en los principios que expuso en su oportunidad la Corte en el caso “TODRES” en el que, pareció consagrarse un derecho constitucional al “arresto”, que surgiría del Art. 18 de la Constitución Nacional.

Nelson R. Pessoa sostiene que a partir del Art. 18 de la Constitución no es posible afirmar que el Estado no pueda –o carezca de facultades– para arrestar. En su opinión, el sistema de garantías reconocido a favor de los particulares “no consagra una carencia de potestades o derechos del Estado, sino que lo hace bajo ciertas condiciones”.

Bajo esas condiciones, agrega, el Estado puede arrestar a los particulares, puede allanar domicilios, etc.

Pero el planteo de Pessoa tiene aristas muy atendibles. Nadie duda de que el Estado tiene la potestad o atribución de arrestar a quien sorprenda por ejemplo cometiendo un delito. La cuestión es, sin embargo, otra. Ella consiste en saber si dentro del esquema legal que regula el acceso a la Corte Suprema, puede el Estado llevar a través de órganos tales como el Ministerio Público, su queja de que a un determinado imputado se le haya concedido la excarcelación.

La médula del problema radica en que nuestra ley 48 reclama no sólo que esté de por medio la interpretación de alguna cláusula de la Constitución, sino además, que *“la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”*.

Dada la existencia de esta norma, que reclama para acceder a la Corte la existencia de una resolución contraria a derecho, privilegio o título constitucional invocado por el recurrente, será necesario encontrar

primero cuál es el derecho, título o privilegio constitucional en juego, para ver luego si existe una decisión contraria a la validez del mismo.

Si lo que ha ocurrido en las instancias previas es una denegación de excarcelación, entonces la cuestión es simple. El derecho constitucional a estar libre durante el proceso es el debatido, y existe una resolución adversa a ese derecho federal.

¿Qué les está vedado a los tribunales inferiores?

En el caso “CACCIATORE”, la Corte tuvo oportunidad de señalarle algunos límites a los tribunales inferiores en sus facultades de denegar pedidos de excarcelación. Cacciatore se encontraba procesado en relación a una investigación por el manejo de fondos públicos (causa del Parque Interama).

La calificación legal había sido la de concurso real entre los delitos de los Art. 174, inc. 5º y 277 del Código Penal, los que, por su penalidad, permitirían su encuadramiento en la primera parte del entonces vigente Art. 379, inc. 1º, Código de Procedimiento en Materia Penal. Esto es, la posibilidad de acceder a la excarcelación cuando la detención o prisión preventiva se decreta por hechos a los que pudiera corresponderle un máximo no superior a los ocho años de prisión.

A pesar de ello, tanto en primera como en segunda instancia, se le denegó a Cacciatore su excarcelación. El argumento fue que *“por la gravedad de la pena que eventualmente podría aplicarse al procesado hacía presumir, cualquiera que fuesen sus condiciones personales, que intentaría eludir el cumplimiento de la condena si ella se tornase cierta”*. Ante esta denegatoria la defensa del imputado interpuso recurso extraordinario.

La Corte Suprema lo declaró procedente. Señaló en tal sentido que los delitos que se le imputaban a Cacciatore autorizaban su excarcelación en los términos de la citada norma procesal, la negativa de esa excarcelación debía sustentarse en los supuestos del Art. 380 del Código de Procedimiento en Materia Penal.

En el caso de autos, hizo notar la Corte Suprema, la defensa del procesado había planteado argumentos relevantes para valorar las condiciones personales de éste (su presentación espontánea ante el magistrado, su falta de antecedentes, su domicilio establecido, sus medios de vida, etc.), argumentos que no recibieron asimismo por parte de los tribunales inferiores el más mínimo tratamiento.

La Corte, en síntesis, hizo lugar al recurso presentado por la defensa de Cacciatore, aclarando que lo dicho no importaba abrir juicio sobre la procedencia o improcedencia del beneficio requerido.

En “BONSOIR”, la Cámara en lo Penal Económico había denegado el pedido de excarcelación del procesado, sobre quien se dictara prisión preventiva por el delito de contrabando agravado. La Cámara sostuvo que si bien la calificación de los hechos y las condiciones personales del imputado la descartaban. En cuanto a esto último, señaló que el procesado *se encontraría vinculado a personas con las que integraría una verdadera organización con alcances internacionales y que cuenta con la capacidad económica suficiente para proveerse de los medios idóneos para sustraerse del accionar de la justicia.*

La Corte por voto de los doctores Belluscio, Petracchi y Bacqué, y con apoyo en “LIZARRAGA”, hizo hincapié en la especial fundamentación que exige una denegatoria de excarcelación, cuando la circunstancia obstativa es la presunción de que su beneficiario intentará eludir la

acción de la justicia. Además, afirmó que la capacidad económica no era para sí misma demostrativa de una intención de sustraerse a la justicia. Sobre la base de estos fundamentos el fallo fue revocado.

En "GOTELLI" la Corte analizó aspectos trascendentes de la garantía en examen, en función de los principios constitucionales de inocencia y defensa en juicio.

En ese caso la Cámara Federal de la Capital había revocado la eximición de prisión de la que venía gozando el imputado, señalando que la pena que en concreto habría de corresponderle al imputado no sería de cumplimiento condicional, lo cual impedía la subsistencia de tal beneficio.

Entre las pautas que el tribunal tomó en cuenta para apreciar que la condena a recaer sería de cumplimiento efectivo, se incluyó la "extensión del daño causado". Esta pauta, se sabe, es una de las que el Art. 14 del Código penal de la Nación menciona a los fines de la individualización de la pena, ante delitos ya comprobados.

La defensa del imputado llevó el caso a la Corte Suprema. Argumentó así que en un proceso que se hallaba aún en la etapa de instrucción, la invocación de estos criterios anticipatorios de la eventual pena a recaer, apoyados en la supuesta existencia de un "daño" aun no determinado, implicaba una violación del principio constitucional de inocencia.

La Corte Suprema dio la razón al apelante. Dijo que: *"si se parte del indiscutido principio que en el sistema penal argentino la determinación acerca de la procedencia de la pena de ejecución condicional presupone un juicio de culpabilidad que debe realizarse en la etapa de plenario, resulta claro que el juicio anticipado efectuado por la Cámara*

en el sumario de autos acerca de dicha eventualidad ha privado al procesado de la garantía constitucional de la defensa en juicio”.

La Corte concluyó que se había hecho una interpretación inconstitucional de las normas procesales que permiten la concesión de la libertad durante el proceso, cuando por el monto mínimo de la pena prevista en la figura penal de que se trate y la ausencia de antecedentes condenatorios no se puede descartar que la eventual condena sea de ejecución condicional.

En el caso “RUIZ, PEDRO ANTONIO”, la Cámara Nacional de Casación Penal había rechazado un recurso deducido ante ella, por el que el apelante cuestionó la inteligencia dada por un tribunal oral al Art. 316 del Código Procesal para la Nación, y que condujo a la denegatoria de una exención de prisión.

En el recurso de casación, sin embargo, el apelante dijo que lo deducía por errónea aplicación de la ley sustantiva. Sobre esa equivocada invocación de una causal casatoria, la Cámara rechazó el recurso. La Corte revocó, indicando que con independencia del *nomen juris* asignando por el apelante a la causal de casación invocada, era evidente que su impugnación se refería a la necesidad de preservar el contenido constitucional del instituto de la exención de prisión. De tal manera, y atento a los valores federales en juego, la Cámara de Casación debió haber habilitado su instancia de revisión.

En el caso “STANCATO” la Corte debió pronunciarse sobre el pedido de excarcelación del procesado. Este había sido encarcelado por maniobras cometidas al frente del Banco Alas, las que se habían traducido en la obtención de créditos a la pre financiación de exportaciones otorgadas por el Banco Central. Aparentemente, las

operaciones de exportación habían sido fraguadas, presentándose falsa documentación ante el Banco Central.

Los tribunales inferiores denegaron la excarcelación de Stancato. Señalaron que en virtud de la reiteración de los hechos imputados, la soltura de aquél dependía de que existiese la posibilidad de imponer condena de ejecución condicional.

Las características del imputado y las especiales circunstancias de los hechos, atendiendo especialmente a su gravedad, hacían que la modalidad contemplada en el Art. 26 del Código Penal de la Nación (condena condicional) no fuese admisible.

La Corte confirmó la denegatoria. A tal efecto, consideró importante señalar que los hechos imputados al procesado habían consistido en simulación de operaciones de exportación que derivaron en la obtención de créditos del Banco Central por sumas muy importantes, las que fueron luego canalizadas a diferentes cuentas corrientes de empresas en su mayoría inexistentes.

Lo que la Corte quiso decir en “Stancato” fue lo siguiente: en los casos de pluralidad de delitos imputados (donde para la ley procesal la soltura durante el proceso dependerá de la posibilidad de beneficiarse con una condena condicional) los jueces deben mirar no sólo las pautas del Art. 26 del Código Penal de la Nación sino además las del Art. 41 del mismo Código que determina qué cosas deben tener en cuenta los jueces para individualizar la pena de un condenado. Entre ellas, la naturaleza de la acción y los medios empleados, y la extensión del daño y del peligro causados. Para un caso como “Stancato” en que, al parecer, ese daño causado sería cuantioso, los tribunales pueden razonar que la pena que

impondrán será alta, y por ende insusceptible de condicionalidad. Sobre esa base la excarcelación que se pretende no sería procedente.

Conclusiones

Según Alejandro D. Carrió, los casos analizados permiten arrojar las siguientes conclusiones:

- 1) Para denegar excarcelaciones no es ilícito apelar a fórmulas genéricas acerca de que su solicitante intentará eludir la acción de la justicia, o que eso puede presumirse de su capacidad económica o sus conexiones internacionales (casos “Cacciatore”, “Bonsoir” y “Lizarraga”). Una denegatoria en esos términos debe estar adecuadamente fundada en las constancias de la causa.
- 2) Tampoco son ilícitas las fórmulas genéricas acerca de que la personalidad moral del imputado o la pena a recaer impiden pensar en una condena condicional, como circunstancias obstativas a una excarcelación (caso “Losasso”).
- 3) Dentro de las pautas relativas a si el solicitante de una excarcelación podrá eventualmente beneficiarse con una condena condicional, aun cuando pueda parecer lícito tomar en cuenta que surgen de los artículos 26, 40 y 41 del Código Penal de la Nación (“Stancato”), ese análisis sólo sería posible luego de la etapa instructoria (“Gotelli”). Hacerlo previamente o en circunstancias tales que coarten el derecho de defensa en juicio del imputado, implicaría incurrir en otra trasgresión constitucional.

DELITOS INEXCARCELABLES

Invalidez de su consagración legislativa:

En el muy trascendente caso “NAPOLI, ERIKA ELIZABETH”, la Corte resolvió que resultan inválidas las disposiciones legales que declaran a ciertos delitos inexcusable. En ese caso la Corte analizó la validez de la ley 24410 modificatoria del Código Procesal Penal de la Nación en su Art. 316, por la cual se declaró que los delitos de supresión del estado civil de las personas y sustracción de menores no serían nunca pasibles de los beneficios de la exención de prisión y excarcelación.

Una persona imputada del delito de supresión de identidad de un menor al que se le negó la excarcelación con invocación de esa disposición, llevó su agravio a la Corte Suprema. En su recurso, planteó la inconstitucionalidad de la referida norma procesal, por contrariar los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad.

En un largo y muy fundado pronunciamiento la Corte le dio la razón al apelante y declaró la inconstitucionalidad de la ley 24410. por lo pronto indicó que se estaba ante una sentencia equiparable a definitiva, por afectar un derecho que requiere tutela inmediata. También dijo que correspondía habilitar la instancia extraordinaria, al existir una relación directa e inmediata entre los derechos invocados y lo que fue materia de decisión toda vez que se ha impugnado la validez constitucional de la norma aplicada para denegar el beneficio excarcelatorio.

En relación con el derecho federal en juego, la Corte afirmó que el mismo tenía su fuente en el Art. 18 de la Constitución en cuanto dispone que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, norma que establece el principio de que *toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputen*

hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Dicho principio fue luego definido en el fallo como el de “Presunción de inculpabilidad”.

En lo que es tal vez la parte más trascendente del fallo, la Corte mencionó que la potestad legislativa para establecer regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva (como medida de corrección penal) conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia, esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones.

Sobre la base de este principio, el Alto Tribunal analizó entonces los supuestos en que el legislador ha denegado tradicionalmente la posibilidad de excarcelación, y que se basan o bien en la alta pena amenazada para el delito, o bien en la imposibilidad de que la condena resulte de ejecución condicional. Dijo entonces que *la restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación.*

La Corte pasó entonces en concreto a analizar la norma cuestionada, la cual, dijo, creaba una categoría de delitos inexcusables sólo por la naturaleza de delito imputado, con independencia de su mayor o menor penalidad. Así concluyó que el legislador había recurrido a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva. Agregó que se había desvirtuado la naturaleza “cautelar” de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad.

Sobre estas bases, y con apoyo en la garantía de la igualdad, declaró inconstitucional la norma aplicada para denegar el beneficio. Ello, puesto que priva (a la imputada) del régimen general de la excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia.

El transcurso del tiempo y el Pacto de San José de Costa Rica:

En el caso “FIRMENICH”, la Corte se pronunció sobre una cuestión de importancia. En el marco del proceso que se le instruía a aquél por diversos delitos y que motivaron su extradición desde Brasil, la defensa de Firmenich hizo un pedido de excarcelación.

Ese pedido lo fundó en que se encontraba cumplido el término máximo de dos años para la prisión preventiva, sin que se hubiera dictado aún sentencia condenatoria. Esa detención prolongada sin sentencia, para el peticionante, constituía además una violación al Art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que:... *“toda persona detenida... tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe en proceso”*.

Los tribunales de grado denegaron la petición. Invocaron para ello las prescripciones del entonces vigente Art. 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal, sosteniendo que la característica de los delitos imputados y las condiciones personales de Firmenich guardaban una estrecha relación con la posibilidad de que éste intentase burlar la acción de la justicia.

La Corte confirmó. A tal fin analizó qué debía entenderse por “plazo razonable” en los términos de la Convención Americana de Derechos

Humanos invocada por el peticionante. Así señaló que: *...está reconocido por todos la imposibilidad de traducir el concepto “plazo razonable” en un número fijo de días, semana , meses o de años, o en variar la duración según la gravedad de la infracción.*

Respecto de la situación de Firmenich, añadió la Corte, debía tenerse presente que pesaba sobre él una acusación fiscal a reclusión perpetua, con lo que la resolución denegatoria se ajustaba a los requisitos del Art. 7º, inc. 5º de la Convención.

La sanción de la ley 24.390 (del 2 x 1):

Como forma de hacer efectivo el derecho al “juicio rápido”, el Congreso Nacional dictó en Noviembre de 1994 la Ley 24.390. de acuerdo a sus términos, se señala que la prisión preventiva de un imputado no puede ser superior a *dos años*, salvo los supuestos de causas muy complejas, donde dicho término puede extenderse hasta tres. Vencido ese plazo, a menos que el tribunal a cargo del proceso entienda que ha sido el propio imputado con sus planteos dilatorios quien dio causa a la morosidad, debe disponerse su libertad bajo el tipo de caución que se determine. También señala esta ley, como manera de agilizar los plazos y disminuir los efectos perniciosos de la prisión preventiva, que una vez transcurridos los *dos años de prisión sin condena*, cada día de prisión preventiva se debe computar como dos días de prisión o uno de reclusión. Por último señala la ley que ciertos imputados de delitos vinculados con el tráfico de estupefacientes no resultan acreedores de sus beneficios.

Los plazos de la ley no son de aplicación automática:

En el caso “BRAMAJO” la Cámara en lo Criminal y Correccional había otorgado la excarcelación del imputado acusado del delito de homicidio en concurso real con el de robo agravado por el uso de armas. La razón de la excarcelación fue la estricta aplicación de las normas de la ley 24.390, atento al plazo de encierro que llevaba el imputado sin haberse aun dispuesto su juzgamiento. La libertad fue concedida bajo caución real, en razón de la gravedad de los hechos imputados.

Al hacer lugar a la excarcelación la Cámara había señalado que los plazos fijados por la ley 24.390 no resultan irrazonables, habiendo sido establecidos por el propio legislador, sin que se advierta que con la sanción de esta ley se esté vulnerando ninguna garantía fundamental. El fiscal ante la Cámara interpuso contra esta decisión un recurso extraordinario para ante la Corte Suprema, argumentando que la ley 24.390 se encontraba en colisión con el Pacto de San José de Costa Rica, al haber transformado la excarcelación en un beneficio automático ante el mero paso del tiempo, sin importar la mayor o menor gravedad del delito imputado.

La Corte dio la razón al Fiscal. Dijo que los plazos de la ley no debían recibir una aplicación mecánica indiscriminada, aislada del contexto de la disposición que reglamenta. Señaló que hacer eso iría en contra del propósito de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo, pues no se arribaría a una decisión objetivamente justa en el caso concreto.

Sobre esta base la Corte concluyó que no resultaba admisible interpretar los términos de la ley 24.390 como fijando plazos automáticos, sin valorar otras circunstancias.

Es lícita la exclusión de ciertos delitos de los beneficios de la ley 24.390:

En el caso “ARANA” la Corte resolvió que las exclusiones contenidas en la ley 24.390, en el sentido de no aplicar sus beneficios a imputados por delitos agravados en materia de estupefacientes, no resultaban violatorios del principio de presunción de inocencia ni del de igualdad. La Corte apoyó este criterio en que se estaba ante delitos especialmente graves, para cuya represión la nación ha firmado compromisos internacionales, los que en sus cláusulas mencionan que la concesión de la libertad caucionada debe atender tanto a la gravedad de las conductas como a la eventual pertenencia de los imputados a organizaciones delictivas.

PRESUNCIONES “JURIS ET DE JURE” Y PELIGRO DE FUGA

La raíz constitucional:

Tanto en el fallo “BARBARA” como en “MACCHIERALDO” los tribunales que los decidieron afirmaron que el derecho a la libertad durante un proceso tiene raíz constitucional. Desde el momento en que el Art. 18 de la Constitución señala que *“nadie puede ser penado sin juicio previo...”* no es difícil señalar que el efectivo encierro de una persona aun no encontrada culpable de un delito aparece, en principio, como violatorio de la citada cláusula constitucional.

También en dichos fallos se citaron los principios que emanan de tratados internacionales con rango constitucional, que muestran que la excarcelación de los imputados debe ser la regla y la prisión preventiva la excepción.

El peligro de fuga y el esquema tradicional:

Las mismas normas que consagran la excepcionalidad de la prisión preventiva se encargan de mostrar los casos en que resulta razonable acudir a esta última. Esto es, cuando los jueces supongan que ninguna condición o garantía que le impongan al imputado asegurará su efectiva concurrencia al juicio. O sea, cuando esos jueces entiendan que de concederse la libertad durante el proceso el imputado se fugará, frustrando así la realización del juicio previo a que se refiere el mismo artículo 18 de la Constitución.

Durante muchísimos años el esquema adoptado por nuestra legislación procesal fue el de presumir, de manera absoluta, que un imputado que enfrentaba una acusación por un delito grave eludiría la acción de la justicia, en caso de otorgársele la libertad.

Sobre esa base fue costumbre que los distintos regímenes procesales condicionaran el otorgamiento de una exención de prisión o de una excarcelación a que las penas amenazadas por el delito de que se trate, no fueran superiores a cierto tope, o en todo caso que resultare posible una condena de ejecución condicional.

Se sabe que el régimen en vigencia en el orden nacional determina que la excarcelación de un imputado podrá concederse “en los supuestos en que correspondiere la exención de prisión” (artículo 317, inc.1º, Código Procesal Penal de la Nación). Asimismo se advierte que el legislador condicionó el otorgamiento de este beneficio a pautas exclusivamente numéricas. En principio, una exención de prisión (o una excarcelación) es procedente cuando por la calificación de los hechos el máximo de la pena posible no supere los ocho años de prisión. Si, en cambio, el máximo posible de pena supera ese tope, entonces la

exención de prisión o excarcelación quedará supeditada a que el juez entienda que resultará procedente una condena de ejecución condicionada.

En el régimen vigente la condena de ejecución condicional depende de que la pena mínima asignada para el delito no supere los tres años de prisión. Con lo cual, en este esquema, resulta claro que cualquier delito que, en abstracto, contemple una pena de prisión cuyo mínimo exceda de tres años, y cuyo máximo supere los ocho, sería “inexcarcelable”.

También durante mucho tiempo los jueces razonaron que la presunción a la que nos referimos era una que no admitía prueba en contrario. Esto es, toda persona imputada de un delito con una pena alta se fugaría si o si, en caso de concedérsele su libertad provisoria. Ello con independencia de qué sucedía en el caso concreto de qué delito estábamos hablando, qué arraigo con la comunidad tenía el imputado, cuán comprometida estaba realmente su situación procesal en la causa, etc.

En este esquema tradicional ninguno de estos factores podía ser considerado por los magistrados. Si las escalas penales no lo permitían, ninguna libertad durante el proceso resultaba posible.

Contra este esquema de presunción “juris et de jure” reaccionaron los jueces que intervinieron en los precedentes de “BARBARA” y “MACCHIERALDO”. En ambos casos los tribunales rechazaron la idea de que sobre la exclusiva base de la penalidad aplicable pueda concluirse inexorablemente que el imputado ha de eludir la acción de la justicia.

La línea de pensamiento abierta en estos casos fue seguida por algunos otros tribunales, los cuales mostraron aprobación con este

esquema de no verse atados por consideraciones absolutamente numéricas a la hora de acordar una excarcelación o exención de prisión.

INVIOLABILIDAD DEL DERECHO A LA DEFENSA EN JUICIO

Importante consideración merece esta garantía en particular, y se debe al papel que cumple la misma dentro del proceso: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. De ahí su importancia, que la distingue de las demás.

Es por lo tanto la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano: el derecho de defensa abre la puerta para que las demás garantías también puedan ser utilizadas en el proceso.

Ahora bien, esta garantía debe ser definida y entendida desde un punto de vista amplio: todo aquel que está involucrado en un litigio judicial está asistido por este derecho. Es la facultad que toda persona tiene para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado.

No existe por lo tanto alguna distinción sobre la situación en la que se encuentre el demandado, el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento, es decir, desde el momento que la imputación existe.

Esta garantía también tiene resguardo constitucional: en el art. 18 de la Constitución Nacional: “*es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”, y en el Art. 13 de la Constitución de La Pampa: “*es inviolable la defensa en juicio de las personas y de sus derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”.

Mediante esta garantía las partes pueden sostener sus posiciones y contradecir los fundamentos del contrario. Es un derecho público

constitucional que asiste a toda persona física, a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor que lo represente y asesore.

Entonces los efectos principales del derecho de defensa son:

- a) Disponer de medios para exigir el respeto y efectividad de la defensa.
- b) La obligación de su respeto por parte de los poderes estatales y de los demás sujetos del ordenamiento.
- c) El derecho de defensa hace posible que el denunciado, inculcado o acusado puedan acceder a los demás derechos y garantías procesales.

Ahora bien, este derecho de defensa puede tomar dos modalidades:

- **La Defensa Material**, que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial. Consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclarando los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas y participando en los actos probatorios y conclusivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades (puede participar entonces en cualquier etapa del proceso). El imputado puede declarar cuantas veces quiera, sin olvidar que es un derecho y no una obligación.
- **La Defensa Técnica**, que está confiada a un letrado que elabora la estrategia defensiva y propone pruebas, que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales.

La conexión entre estas dos modalidades radica en el conocimiento acabado que deban tener tanto el imputado como su defensor de los hechos que se le atribuyen, y en virtud de que pruebas se fundamenta dicha imputación.

Desde el punto de vista del imputado: para que sepa de que se lo esta acusando, y desde el punto de vista del defensor: para acrecentar las posibilidades de defensa con un conocimiento total.

Con respecto al defensor debemos aclarar que ya sea que se trate de un profesional elegido por el imputado o uno designado por el Estado (en forma gratuita), siempre actuara a favor de su parte mientras dure el proceso penal y hasta su finalización.

Con respecto a la declaración del imputado debemos hacer un paréntesis y detenernos en algunas aclaraciones que resultan, a nuestro entender de suma importancia.

Estricta relación existe con la garantía que tiene el imputado de **no declarar en contra de el mismo** (plasmado en el Art. 18 de la Constitución Nacional: *“nadie esta obligado a declarar contra si mismo”*.)

En principio el imputado no esta obligado a declarar, es decir, su silencio o abstención no crean una presunción de culpabilidad en su contra.

Si por su voluntad decidiera prestar declaración, el imputado no tiene deber de declarar la verdad, ya que solo el determinara lo que quiere o le interesa declarar (esta es otra de las connotaciones). Toda vez que esa voluntad se viera menoscabada se debe entender, en el sentido mas amplio posible, que tal declaración no tiene validez.

NE BIS IN IDEM

(INADMISIBILIDAD DE LA PERSECUCION PENAL MULTIPLE)

La decisión de tratar esta garantía al finalizar la exposición de las restantes tiene su fundamentación en que ella completa, al final del proceso, un círculo “perfecto”, ya que luego de dictada la sentencia que absuelva o condene al imputado no podrá el Estado someter dos veces a la misma persona a otro proceso por el mismo hecho. Es decir, que en esta garantía lo que se resguarda es una doble condena o el riesgo de afrontarla.

No tiene basamento constitucional expreso que surja del articulado, aunque si goza de resguardo en tratados internacionales como en el Pacto de San José de Costa Rica, en el Art. 8.4 expresa: *“el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a juicio por los mismos hechos”*.

Si nos centramos dentro de un Estado de Derecho, el poder penal debe ser lo mas restringido posible, y que mayor evidencia de ello que tratar de poner “frenos”, limitando un proceso que para el imputado ya a concluido (cualquiera que fuese el resultado) o garantizándole que no será sometido nuevamente al mismo.

Del párrafo anterior surgen, a nuestra opinión, los efectos primordiales de esta garantía:

- Imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado: el imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado y el que ya ha sido condenado no puede nuevamente ser condenado en una sentencia mas grave. Única

revisión que sería compatible con esta garantía: aquella que fuera a favor del imputado.

- Fundamento de la excepción de litispendencia: una misma persona no puede estar sometida a dos procesos por el mismo hecho y por el mismo motivo. Esta excepción puede ser utilizada por el imputado en cualquier etapa del proceso.

Ahora bien, ello no es tan sencillo, porque para lograr esos efectos (que son para el imputado de gran valor), previamente deben darse algunos requisitos que pongan en marcha esta garantía. La discusión doctrinaria radica en la amplitud que se le da a estas exigencias. Pero básicamente es unánime la decisión de exigir una triple identidad para que esta garantía funcione:

- 1)- Misma persona que fuere perseguida con anterioridad. Se trata de una persona determinada (nunca en abstracto) y solo sobre ella recae.
- 2)- Mismo hecho: es necesario que se mantenga la estructura básica de la hipótesis fáctica. No ampara a coimputados del mismo hecho (aunque en la segunda persecución se afirmen nuevas circunstancias, un diferente grado de participación o un encuadramiento jurídico diferente, si el hecho es sustancialmente idéntico, el principio opera en plenitud).
- 3)- Misma causa: debe tratarse del mismo motivo de persecución, la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final del proceso. No debe en este caso distinguirse el tipo de sanción.

De estos tres requisitos existen divergencias en cuanto a sus alcances, y quizás el mayor conflicto pueda ocasionarlo la identidad en los hechos. Pero más allá de estas variantes no debemos olvidar que lo importante en la limitación al poder punitivo; entonces como las demás

garantías debemos comprender a esta con la mayor amplitud posible para adecuarla a los tiempos que transcurren.

OTRAS GARANTIAS

INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y LOS REGISTROS PRIVADOS

Art. 18 Constitución Nacional: *“el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.*

Art. 10 Constitución de La Pampa: *“el domicilio, los papeles particulares, la correspondencia epistolar y telegráfica y las comunicaciones de cualquier especie son inviolables y solo podrán ser allanados, intervenidos o interceptados mediante orden escrita, fundada y concreta de juez competente. No se realizara allanamiento nocturno del hogar sin grave y urgente motivo”.*

Esta garantía es una manifestación concreta del derecho a la intimidad o a la privacidad. O sea que no solo se protege al individuo, sino también su esfera íntima. La protección que ofrece el proceso en este caso radica en que no será posible buscar información en el domicilio de la persona o entre sus papeles personales si no media **autorización expresa** de un **juez**.

En el sentido constitucional, domicilio no es solo la vivienda o el hogar de una persona, sino también el lugar donde tiene el asiento de sus

negocios e incluso donde tenga una residencia ocasional (habitación de un hotel). Domicilio es todo ámbito elegido por una persona, siempre que no lo use en violación de un derecho.

La doctrina afirma que, si bien el texto constitucional guarda silencio al respecto, el allanamiento debe ser ordenado, por regla, por el juez de la causa. Este criterio es seguido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual ha consentido que, en tanto se ejecuta la **orden de allanamiento**, el interesado no puede oponerse a cualquier acto inquisitivo, aunque este fuera mas allá del objeto concreto que se investiga en la causa.

Ahora bien, si decimos que solo puede ser realizado el allanamiento previa autorización del juez mediante una orden, debemos definirla y delimitar sus alcances por la importancia que reviste.

La **orden de allanamiento** es una autorización formal, precisa y circunstanciada del juez, que permite, en el caso concreto, la violación de los ámbitos protegidos. Haciendo mención a los requisitos de validez, la orden de allanamiento nunca puede ser genérica, por el contrario, debe estar circunscripta temporalmente, debe determinar con precisión y expresamente el lugar que puede y debe ser registrado. Además debe contener una referencia expresa al proceso en el cual ha sido ordenada, y por último, debe indicar que es lo que se busca.

Si dicha orden no cumple con estos requisitos (que le otorguen validez), transporta a los datos obtenidos por ella en información ilícita, con el consecuente de carecer de validez para dicho proceso.

Mas allá de lo expuesto, a fin de no obviar las excepciones que se pueden plantear en lo cotidiano, existen casos en los cuales es posible

ingresar a alguno de estos ámbitos privados sin la debida autorización: ya sea que se funden en razones humanitarias o razones de necesidad (el punto es que solo las mencionamos porque no dejan de ser “excepciones”, y que deben por ello ser interpretados de modo restrictivo).

Debemos preguntarnos ¿que sucedería si la persona permitiera el ingreso a su vivienda?, ¿qué valor tiene su consentimiento? Las respuestas a estos interrogantes a sido trabajo arduo de la jurisprudencia. En principio dicho consentimiento seria valido si lo prestara la misma persona, y dicho consentimiento fuera libre. Es decir, solo en aquellos casos en los que existe un consentimiento probado y libre se puede admitir la validez de la información recolectada sin una orden de allanamiento (fallo: “**Monticelli de Prozillo, Teresa**”).

Otro interrogante que debemos formularnos con respecto a esta garantía: si decimos que protege el ámbito privado, ¿qué sucede con los lugares públicos?

En estos casos hay que tener especial consideración a las excepciones que puedan plantearse: pueden allanarse siempre que sea dentro del horario en que dicho lugar se encuentre abierto al publico, no debe interferir con el desarrollo de actividades en dicho lugar ni con la intimidad de las personas que allí se encuentren.

Mas allá de estas excepciones, los lugares públicos pueden allanarse sin orden previa que así lo autorice.

Todas estas limitaciones pueden perfectamente aplicarse a la protección que goza la correspondencia privada y los papeles personales. La fundamentación radica en que a ambos se los considera

manifestaciones directas de la persona, y por ello no pueden ser examinados ni incautados sin autorización previa y expresa del juez.

Dicha garantía tiene varios matices, todos gozan de la misma protección, y deben tener especial consideración al ser introducidos en el proceso como medios probatorios. Para ampliar esta afirmación hacemos referencia a otra garantía íntimamente relacionada: **prohibición de la tortura.**

¿Por qué relacionarla con esa garantía? La razón de la relación a la que arribamos radica en la obtención de la información que se pretende obtener en el proceso: no importa la información que se pretenda llegar, si se logra mediante la tortura, dicha información es inválida.

Es la prohibición de todo método, que antes o durante el proceso tienda a obtener por cualquier medio de coerción una confesión o declaración. A todo imputado se le reconoce la facultad de abstenerse a declarar y su silencio no implica culpabilidad.

Maier: "la libertad de decisión del imputado durante su declaración no puede ser coartada por ningún acto o situación de coacción, física o moral, por la promesa ilegítima de una ventaja o por el engaño". Sostiene además, que para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del derecho a ser oído, como parte integrante del derecho de defensa, la Constitución Nacional ha prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir a cerca de lo que le conviene o quiere expresar.

Dicha ilicitud debe ser lo más amplia posible, es decir, no solo debe invalidar la información directa lograda mediante la tortura, sino también

cualquier otra información que se consiga en virtud de la información originalmente obtenida en forma violenta (esto es lo que se conoce como “regla de exclusión de la prueba ilegítima”, o “**teoría de los frutos del árbol envenenado**”, esta última tomada del sistema norteamericano, y sin hacer mayor alusión, significa una de las máximas garantías para el individuo una vez iniciado el proceso con respecto a los medios probatorios; fallo “**Ray Ford**” 1982).

Antes mencionada, en relación a los métodos de obtención de la información, la prohibición de la tortura también tiene otros puntos relevantes (que como cualquier otra garantía necesita su consideración aparte).

Ya nuestra Constitución Nacional en su Art. 18 propugna: *“quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes”*.

Creemos que en este caso se trata de una de las garantías más importantes, y en la realidad una de las que mayores dificultades en su cumplimiento ocasiona. Esto tiene una explicación: el uso de la fuerza pública fue y seguirá siendo uno de los problemas más difíciles de controlar, por su extensión y escasa limitación.

Más allá de ello debemos tener una visión más positiva, y hacer hincapié en los principios que limitan el uso de la fuerza durante el proceso penal.

En primer lugar encontramos la idea de juicio previo: nadie puede ser condenado sino luego de un juicio al cabo del cual una sentencia declare su culpabilidad.

En segundo lugar, el principio de inocencia: ninguna persona puede ser considerada culpable ni tratada como tal sin que antes se haya declarado tal culpabilidad en una sentencia, luego de un juicio.

Ahora bien, ese anhelo de tratar de tener una visión positiva cae, ya que si observamos nuestra propia Constitución Nacional, denotamos que ella parte de la utilización de fuerza en el proceso. El primer y mas importante ejemplo que de ello podemos dar es la **prisión preventiva**.

¿Estaríamos equivocándonos en nuestra postura?, o en todo caso, ¿seria la propia Constitución la que no respeta la limitación a el uso de la fuerza publica, avalándola, o haciéndola constitucional y legitima?

No es buena la respuesta si tomamos una conclusión tan extremista. Ni una ni la otra nos llevan a buen camino, lo correcto seria lograr un equilibrio.

Si la fuerza publica va a seguir existiendo, hay que limitarla.

Se admite y en la mayoría de los casos se aplica la prisión preventiva, pero para justificarla entonces hacemos alusión a sus limites: la prisión preventiva se trata del encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca al juicio, asegurar que la pena va a ser cumplida, y que una y otra circunstancia no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado.

Esta medida es (o en todo caso debería ser) excepcional, porque recordemos que estamos tratando con una medida de coerción que constituye la máxima sanción aplicable al individuo, que aun no tenemos la certeza exacta de su culpabilidad, y que esta privación de la libertad se realiza en los momentos preliminares o iniciales del proceso (hay que ser cautelosos con todo ello).

Se necesitan determinados requisitos para que proceda:

- En primer lugar tiene que existir un mínimo de información que sustente la sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho, y de que dicho individuo a participado en el mismo
- Que sea necesaria la detención para la realización del juicio o asegurar la imposición de la pena (peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la investigación)

Cuando la prisión preventiva se realiza fuera de estos límites infranqueables, pierde legitimidad constitucional.

Es aquí donde llegamos a las respuestas de los interrogantes que nos planteábamos, con una postura conciliadora entre dos extremos: se aplica la fuerza pública durante el proceso (y ello no podemos negarlo), pero sin dejar de lado que tal aplicación solo será legítima si: es una medida excepcional, su aplicación es restrictiva, si se respetan los requisitos para su procedencia, si se demuestra claramente su necesidad (peligro de fuga o de entorpecimiento en la investigación), y por último (y más importante), si se puede diferenciar nítidamente esta medida de coerción **preventiva** de una **pena definitiva**.

REQUISAS POLICIALES E INTERCEPTACIÓN EN LA VIA PUBLICA

A partir de las cláusulas constitucionales más relevantes, de las normas procesales reglamentarias de ellas y de algunos principios expuestos por la Corte Suprema de la Nación en el pasado, es posible pensar que tanto en materia de restricciones a la libertad como de invasiones a la intimidad, nuestro sistema legal exhibe una preferencia porque las decisiones trascendentes en estas áreas queden en manos de los jueces.

En lo que hace a normas constitucionales, ya vimos que el Art. 18 de la Carta Magna se limita a señalar que “... *nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*”, existiendo cierto acuerdo doctrinario en que esa autoridad competente es en verdad la judicial.

Otras cláusulas razonablemente aplicables son las que consagran que es “...*inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos*”, y que “ *ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley...*” (Art. 18 Constitución Nacional). También está previsto en la Constitución provincial: “*nadie puede ser detenido sin que preceda indagación sumaria de la que surja semiplena prueba o indicio vehemente de la comisión de un hecho que merezca pena corporal, salvo el caso de ser sorprendido “in fraganti”...*” (Art. 13).

Si se repasan las principales normas reglamentarias de estas garantías contenidas en los ordenamientos procesales, es notoria la preferencia exhibida por los legisladores tanto nacionales como provinciales porque las medidas coercitivas que afecten a esas garantías sean, en la medida de lo posible, dictadas por los jueces. El esquema que presiden

en general los ordenamientos procesales es que, salvo supuestos de urgencia en los que no sería practicable la obtención de la orden judicial, las decisiones que impliquen afectar la libertad personal de los individuos o avanzar sobre áreas de su intimidad, pertenecen al ámbito de los magistrados.

Parece lógico suponer que esta preferencia porque sean los jueces quienes evalúen la procedencia de medidas de coerción que afecten derechos constitucionales, es porque se entiende que son ellos quienes están en mejor situación para asegurar que la intromisión en la libertad o intimidad de las personas responde a motivos razonables.

El legislador nacional se ha preocupado por fijar criterios que el magistrado debe observar, previo a autorizar una medida de este tipo. Así, en materia de detenciones, se requiere que existan motivos para recibirle al imputado declaración indagatoria, en conexión con un delito que tenga amenazada pena de prisión y sin que parezca posible una condena de ejecución condicional.

Para allanamientos y registros, a su vez, el magistrado se encuentra constreñido a que *“... hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o ... puede efectuarse la detención del imputado...”*. Para requisas personales, se exige del juez decreto fundado en que *“... haya motivos suficientes para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito...”*

Todas las medidas de coerción examinadas reconocen como recaudo para su validez la existencia de motivos, sin los cuales ni siquiera a un magistrado le está permitido ordenarlas.

Cuando la policía actúa sin orden judicial, invocando razones de urgencia, ella está como mínimo constreñida por los mismo recaudos que demandan la existencia de motivos previos para actuar. Así, mientras que para una detención por orden judicial alcanza con que haya motivos para recibir declaración indagatoria al imputado, para una detención policial sin orden de juez se exige la presencia de los *“indicios vehementes de culpabilidad”* y el *“peligro inminente de fuga”*.

En materia de allanamientos, registros y requisas, el legislador ha expresado claramente su intención de que jueguen, respecto de la policía, los mismo recaudos que guían la actuación de los jueces. Es justamente a través de la orden judicial de detención, allanamiento, registro, etc, que se le ponen límites a las fuerzas de orden, de manera de que no transformen su actividad en más allá de lo estrictamente necesario para obtener el fin deseado por el procedimiento coercitivo en cuestión.

Así, será en la orden judicial de que se trate que se le indicará al policía actuante qué es aquello en concreto que está autorizado a registrar, qué lugar en particular puede invadir y qué persona determinada está facultada a detener.

Conclusión:

- a) existe en nuestro sistema constitucional una preferencia porque las decisiones restrictivas en materia de libertad personal e intimidad queden confiadas a los jueces.
- b) Los jueces están constreñidos por recaudos legales que les impiden conceder órdenes de detención, allanamiento, registro o requisas de lugares o personas, en ausencia de un motivo previo.

- c)** Al conceder la orden judicial de detención, registro, requisa, etcétera, es indispensable que el magistrado imponga al policía que la ejecuta límites a su accionar, de manera de que la medida sea lo menos intrusiva posible en las libertades de los individuos.
- d)** La policía está facultada a disponer medidas de coerción sin orden judicial en casos de urgencia, en supuestos en que no sea práctico requerir la orden, por la posibilidad de que el procedimiento se frustre.
- e)** Cuando la policía actúa en estos supuestos de urgencia, es claro que no por ello desaparecen los recaudos de motivo previo para actuar y de límites a la actuación policial, la cual debe estar razonablemente relacionada con dicho motivo previo.

Pero mas allá de todo esto, consideramos, a fin de una mayor comprensión, observar como estas doctrinas fueron aplicadas a lo que a nuestro entender fueron los casos mas relevantes a nivel nacional, y que sin duda marcaron precedentes seguidos por la Suprema Corte con posterioridad.

El caso “FERNANDEZ PRIETO” y las actitudes sospechosas

Con fecha 12 de Noviembre de 1998 la Corte Suprema resolvió este caso. La mayoría de la Corte consideró válido un procedimiento policial basado en la inexplicada afirmación de que los imputados estaban en “actitud sospechosa”, dando lugar a la confirmación de la sentencia condenatoria recaída respecto del imputado.

La Corte rechazó la aplicación al caso de la doctrina de “DARAY”, como pretendía la defensa. Dijo así: *“contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la causa de Fallos, 317:1985 (Daray) no guarda analogía*

con la presente, pues en ella se imputaba la ilegitimidad de una detención sobretexto de realizar una mayor verificación de la documentación del vehículo, mientras que en la presente lo que se sostiene es la nulidad de la requisita de un automóvil, de la cual derivó la detención de sus ocupantes”.

Párrafos posteriores del fallo donde se analiza la validez de el acto impugnado, o se menciona que existían razones de urgencia para no demorar el procedimiento... al tratarse de un vehículo de circulación, sugieren igualmente que el análisis del Alto Tribunal tuvo en mira esa parte inicial del proceder policial.

La confirmación de Fernández Prieto en casos posteriores

Con posterioridad a este caso la Corte Suprema dictó dos pronunciamientos de similares características: “TUMBEIRO”, “MONZON”.

En los dos casos los posibles motivos previos para que la policía actuara de la manera en que lo hizo distaban bastante de satisfacer los requerimientos legales que surgen de los artículos 184. 230, 184 inc. 5º y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación. En los tres casos, el valor “libertad” sufrió un cercenamiento incompatible con el real goce de la garantía en examen.

En “TUMBEIRO”, el imputado había sido interceptado en la vía pública, en razón de que su vestimenta era inusual para la zona. Según la policía eso era revelador de una *actitud sospechosa*, hecho aparentemente agravado por el nerviosismo puesto de manifiesto por Tumbeiro ante el móvil policial. Ante ellos los policías le pidieron al imputado que se identificase, cosa que hizo. Ni el fallo dictado por el

tribunal del juicio, ni el pronunciamiento posterior de la Cámara de Casación, ni el dictamen del procurador general ni, por último, el fallo de la Corte aclararon o sugirieron que el documento de identidad entregado por Tumbeiro hubiese provocado duda alguna en cuanto a su autenticidad. En algún momento de este intercambio con la policía se le preguntó a Tumbeiro que hacía por esa zona, y su respuesta fue que estaba buscando equipos de computación, sin que hubiese comercios que los vendiesen en ese barrio.

El paso siguiente de los policías actuantes fue descrito por el tribunal de juicio como *una invitación a subir al móvil policial previo palpado de sus prendas hasta comprobar su identidad*. El resto de los hechos ocurrió dentro del automóvil, con un Tumbeiro que ya había entregado su documento de identidad y con un palpado previo de sus prendas que, al parecer, no arrojó ningún resultado.

En el interior del patrullero, y sin que resultare claro si por efecto de una nueva requisita, los policías verificaron que en el interior del periódico que el imputado tenía en su poder había una bolsa de nylon que contenía clorhidrato de cocaína, por cuya tenencia fue sometido a proceso.

El tribunal de juicio lo condenó. La Cámara de Casación revocó el fallo por considerar nulo el procedimiento policial. En un voto fundado, el doctor Rodríguez Basavilbaso indicó que la interceptación de Tumbeiro con que se había iniciado el procedimiento y su ulterior alojamiento en un vehículo policial a la espera de la recepción de los antecedentes que pudiera registrar, *constituye una verdadera detención que sólo con el recurso de eufemismos habría de considerarse bajo título de mera demora o bajo cualquier otro distinto*. La Cámara entendió que se

estaba ante una verdadera detención, la cual, afirmó luego, era ilegítima por no ser éste un caso de flagrancia, no encontrándose presentes los “indicios vehementes de culpabilidad” y no darse tampoco los recaudos para una detención por averiguación de antecedentes en los términos de la ley 23.950, por la sencilla razón de que Tumbeiro sí había acreditado su identidad con la exhibición de su documento.

El fiscal ante la Casación recurrió a la Corte Suprema. El fallo anulatorio del Alto Tribunal terminó consagrando el criterio según el cual conductas tan equívocas como un supuesto “nerviosismo”, o no estar vestido de acuerdo a las usanzas del lugar, justifican que un ciudadano sea privado de su libertad.

La Corte estructuró su fallo sobre la base de preguntarse si resulta legítima la medida cautelar de prevención que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha. También resultó novedosa la creación de la Corte bautizada como medida cautelar de prevención, y que consistiría en un *legítimo trámite de identificación llevado a cabo por los funcionarios policiales a la luz de las normas que regulan su accionar*.

En “MONZÓN” las razones que llevaron al personal policial a interceptar al imputado en la entrada del estacionamiento del Ferrocarril Mitre, fueron aún mas delicados. Los único que los oficiales de policía pudieron alegar fue que Monzón presentaba “cierto estado de nerviosismo”. Ante ello, en presencia de dos testigos, le solicitaron la exhibición de sus efectos personales, constatándose entre sus pertenencias sustancias estupefacientes.

Nuevamente con remisión a “FERNANDEZ PRIETO”, la Corte consideró válido el procedimiento y dejó sin efecto la sentencia del tribunal anterior, que había declarado la nulidad del procedimiento. En ese contexto, dijo que la interceptación del encartado para su identificación había sido válida y que su actitud sospechosa fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con la tenencia de estupefacientes.

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PROCESAL PENAL

Con esta garantía volvemos a el Art. 18 de la Constitución Nacional : *“nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”*.

Y en la Constitución de La Pampa, al Art. 8: *“nadie puede ser privado de sus derechos sino mediante sentencia fundada en ley anterior al hecho del proceso, dictada por un juez competente”*.

En esta garantía existe una estrecha relación entre la previa legalidad y la previa estructuración legal del proceso: ambas controlan la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal, es decir, evitar que las personas sean encarceladas por motivos distintos de la comisión de un hecho punible, antes del proceso o una vez que este se encuentre encaminado.

Pero lo que esta garantía en concreto nos manifiesta es que el proceso se encuentra regido por un conjunto de leyes. Fija un marco en el que el juez debe respetar, para el caso concreto, la ley creada por el legislador, en el momento en que el proceso se lleve a cabo. Así el imputado se informa de que se lo acusa, y en relación al caso concreto, que derechos, obligaciones y garantías posee.

Alberto Binder nos habla de una idea fundamental que nutre este principio: unidad de sentido político – criminal del proceso. Y entonces su correlato sería que si se destruye esta “unidad” se estaría violando la garantía de irretroactividad.

Pero como todas las garantías, esta también tiene sus excepciones: con relación a lo expresado en el párrafo anterior, cuando no altere la

orientación político – criminal, el proceso puede ser regido por una nueva ley sin que ello derive en una violación.

Otra excepción es la retroactividad de la ley penal mas favorable.

Y nos parece correcto darle mayor extensión a esta, porque a primera vista parecería que estamos incurriendo en contradicciones (¿utilizar el termino “retroactividad” cuando la garantía comienza con el vocablo “irretroactividad”?)

No olvidemos que son excepciones, y que tiene una fundamentación que la convierte en viable sin incurrir en violación.

Lo importante es que se trate de **ley penal mas favorable**; allí radica precisamente la excepción: toda ley que en su aplicación sea mas favorable en cuanto a garantías y limitación al poder del Estado, puede hacerse retroactiva, siempre que el beneficio radique “en” y “para” el imputado.

Seria aceptable un ejemplo para aclarar el tema: el imputado que declara en el proceso con todas las garantías previstas, pero la ley no permite que pueda consultar a su abogado antes de prestar dicha declaración. Si en el transcurso de dicho proceso entrara en vigencia una nueva ley que le permitiera consultarlo, el imputado podría hacerlo, ya que seria en este caso una ley penal mas favorable en el caso de su defensa.

CONCLUSIÓN

Hemos dedicado todo el desarrollo de este trabajo, (como así también en la introducción del mismo), a hacer hincapié en la Constitución, relacionándola con las distintas garantías que nuestro proceso penal “aplica”.

Ello es así porque las bases garantistas del proceso marcan en cada caso (a lo largo de la historia), las distintas tendencias marcadas por la Carta Magna en relación con la legislación y los derechos humanos que la misma contiene (es decir, es el punto de orientación de las garantías).

A pesar de todo ello, llegamos a concluir que las garantías constitucionales en el proceso penal tal como fueron planteadas a lo largo del desarrollo, distan mucho de la realidad en la que vivimos.

¿Sería entonces en vano tenerlas en cuenta, o darle la importancia que le hemos dado? No podemos dejar de plantear interrogantes.

Sin embargo, no serviría de mucha ayuda ocuparnos en encontrar culpables, o de plantear vagas soluciones, que resultaran en todo caso irrisorias para posibles cambios.

Coincidimos (como en la frase inicial del texto) con un párrafo que nos deja Alberto M. Bender: *“lo correcto es considerar que las garantías constitucionales son espacios de lucha, en los que existen avances y retrocesos, y que la justicia penal es, a su vez, un gran espacio de lucha en el que se juega la dignidad de la persona. Lo importante es saber que parte del juego quiere jugar cada uno”*.

Mas allá de todo ello, buscamos la validez de un proceso penal garantista en su totalidad, no solo por que es más eficaz, especialmente

ante la criminalidad grave, sino porque preserva un núcleo duro de principios que permite que los culpables respondan ante la ley de modo civilizado y que los inocentes, pese a las deficiencias del sistema, pueden hallar una justa absolución. Solo así estaríamos logrando, dentro de los marcos fijados por la Constitución, hacer coincidir un Estado de Derecho con un proceso penal del ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- **BINDER, Alberto M:** “Introducción al Derecho Procesal Penal”. (segunda edición, actualizada y ampliada)
- **ALVARADO VELLOSO, Adolfo:** “Introducción al Estudio del Derecho Procesal” (primera parte)
- **ERMO QUISBERT:** “Garantías constitucionales del individuo en el proceso penal”
- **QUIROGA LAVIE:** Constitución Comentada.
- **GELLI, María Angélica:** Constitución Comentada
- **BACIGALUPO, Enrique:** “Debido Proceso Penal”
- **MALJOR, Daniel:** “El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales”

FALLOS CITADOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

- “**AGUILERA**”: CSJN – Fallos, 303:321
- “**ARANA**”: CSJN – Fallos, 318:1877
- “**BONSOIR**”: CSJN – Fallos, 312:185
- “**CACCIATORE**”: CSJN – Fallos, 307:549
- “**CAPUSSI**”: CSJN . Fallos, 306:1462
- “**DARAY**”: CSJN – Fallos, 317:1985; LL, 1995 – B – 349
- “**FERNÁNDEZ PRIETO**”: LL, 1999 – B – 282
- “**FIRMENICH**”: CSJN – Fallos, 310:1476
- “**GOTELLI**”: CSJN – Fallos, 316:1934
- “**GUNDIN**”: JA, 1991 – III – 518

- **“INSTITUTO NACIONAL DE REASEGUROS”**: CSJN – Fallos, 301:664
- **“LIZARRAGA”**: CSJN – Fallos, 311:1414
- **“LOSASSO”**: CSJN – Fallos, 312:1904
- **“MACHICOTE”**: CSJN – Fallos, 300:642
- **“MASSERA”**: CSJN – Fallos, 306:282, 327:954
- **“MONZÓN”**: CSJN – Fallos, 325:3322
- **“NAPOLI, ERIKA ELIZABETH”**: LL, 1999 – B – 660; CSJN – Fallos, 321:3630
- **“RUIZ, PEDRO ANTONIO”**: CSJN – Fallos, 320:2326
- **“STANCATO”**: CSJN – Fallos, 310:1835
- **“TODRES”**: CSJN – Fallos, 280:297
- **“TUMBEIRO”**: LL, 2002 – F – 535

CAMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

- **“MACCHIERALDO, ANA MARIA”**: SALA III, LL, 2005 – B – 206

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL

- **“MONTICELLI DE PROZILLO, TERESA”**: SALA I, 10/08/1984,
LL, 1984 – D – 373

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

- **“BARBARA, RODRIGO RUY”**: SALA I, 10/11/2003, LL, 2004 – A
– 304

INDICE

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN Página 1

CAPITULO II

DEBIDO PROCESOPágina 4

JUICIO PREVIOPágina 9

PRINCIPIO DE INOCENCIAPágina 11

EXCARCELACIÓNPágina 16

DEFENSA EN JUICIOPágina 38

NE BIS IN IDEMPágina 41

OTRAS GARANTÍAS Página 43

- Inviolabilidad del domicilio y papeles privados
- Requisas policiales e interceptación en la vía publica
- Irretroactividad de la ley penal

CONCLUSIÓN Página 60

BIBLIOGRAFÍA Página 62

