

# PROCESAL PENAL 2

*Garantías y principios procesales*

María Graciela Cortázar  
José Luis Ares  
Gabriel Giuliani  
Mauricio Darío del Cero  
Eduardo Alfredo d'Empaire  
Nicolás M. de la Cruz  
María Gabriela Marrón  
Carlos A. Carnevale  
Germán Kiefl  
Laura Gimena Krotter

EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



Procesal penal 2: garantías y principios procesales / María Graciela Cortázar ... [et.al.]. - 1a ed. - Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2013.  
154 p.; 30x21 cm.

**ISBN 978-987-1907-27-4**

1. Derecho Procesal Penal. I. Cortázar, María Graciela  
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 28/02/2013



Editorial de la Universidad Nacional del Sur  
ediuns@uns.edu.ar  
www.ediuns.uns.edu.ar



#### **Red de Editoriales de Universidades nacionales**

No se permite la reproducción parcial o total, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

#### **LIBRO UNIVERSITARIO ARGENTINO**

Queda hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Bahía Blanca, Argentina, febrero 2013.  
© 2013 EdiUNS

Garantías constitucionales en el proceso penal. Fundamentos, finalidades y funciones	7
I. Introducción	7
II. El garantismo	8
III. Las garantías procesales	9
IV. El impacto del derecho internacional de los derechos humanos.	
El paradigma constitucional	12
V. El rol de los jueces en un estado constitucional de derecho	13
VI. El discurso de la “mano dura” y su inconsistencia	16
VII. La prisión de presuntos inocentes como baremo	17
VIII. Acerca de las prohibiciones probatorias y la consiguiente exclusión	18
IX. Colofón	22
Juez natural e imparcialidad del juzgador: “El valor de las garantías”	23
I. Introducción	23
II. Juez natural. Concepto, características, regulación normativa	23
III.1. Imparcialidad. Concepto y características	24
III.2. Abordaje constitucional y jurisprudencial	28
IV. Nuestra opinión	32
Juicio previo: El significado del debido proceso	33
I. Punto de partida	33
II. Introducción	33
III. Significado de la expresión debido proceso con prescindencia del concepto de derivación constitucional	34
IV. La acción procesal	34
V. La diferencia terminológica entre proceso y procedimiento	35
VI. El concepto lógico de “proceso”	35
VII. La iniciación del proceso	36
VIII. Conexión de la noción de proceso, en su sentido estrictamente lógico, con la de debido proceso, en sentido jurídico	36
IX. Acusación, defensa, prueba y sentencia, correlatos lógico-secuenciales de las fases afirmación, negación, confirmación y evaluación	37
X. El modelo de “debido proceso penal” en la normativa de los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 74 inc. 22)	39
XI. El concepto de debido proceso que surge por exclusión de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	41
Duración razonable del proceso penal	43
I. Caracterización del principio. Fundamento constitucional	43
II. Los plazos en el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires	44
III. Alcance del principio en el sistema interamericano de derechos humanos	45
IV. Interpretación en la Corte Suprema de Justicia de la Nación	46
V. Plazo razonable y proceso penal juvenil	48

VI. Plazo razonable de la prisión preventiva	49
VII. Conclusiones	50
Principio de inocencia. A propósito de su efectiva aplicación en el proceso	53
I. Introducción al concepto de la garantía y su aplicación en el proceso penal	53
II. Antecedentes históricos	53
III. El principio en la Constitución Nacional de 1853	54
IV. La presunción de inocencia en el ámbito de los derechos humanos	55
V. Las verificaciones normativas en la legislación interna: el principio de inocencia y sus derivaciones	56
Derecho de defensa	61
I. Alcance conceptual de la garantía	61
II. Materialización del derecho de defensa en el proceso penal	64
Prohibición de doble persecución penal: la garantía <i>ne bis in ídem</i>	69
I. Concepto y orígenes de la fórmula	69
II. La garantía de <i>ne bis in ídem</i> en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	71
III. La dimensión procesal de la garantía. Cuestión de las identidades. El análisis de Julio Maier	74
Derecho a la intimidad. Garantías procesales sobre el domicilio, los papeles privados y las comunicaciones	79
I. Introducción	79
II. La reglamentación procesal como garantía del derecho a la intimidad	80
III. Allanamiento de domicilio. Requisitos de admisibilidad:	81
a) Orden judicial	81
b) Domicilio. Concepto	82
c) La orden de allanamiento. Contenido y alcances	83
IV. Excepciones regladas a la exigencia de orden de allanamiento	86
V. El consentimiento del titular del derecho como excepción a la reglamentación legal	87
VI. La ejecución de la orden judicial	90
VII. El allanamiento de lugares públicos	91
VIII. Secuestro de documentos y papeles privados	91
IX. La intervención de comunicaciones	92
X. Derivación legal de la infracción constitucional	94
XI. Conclusión	95
El derecho al recurso del imputado. Prohibición de la <i>reformatio in pejus</i>	97
I. Introducción	97
II. Antecedentes históricos	98
III. Las convenciones internacionales	100
IV. La cuestión en el derecho interno	102
V. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	102
1) El derecho al recurso con anterioridad al caso "Giroldi"	102
2) "Giroldi" y la doctrina de la Corte Suprema	103
3) El fallo "Casal" y el diseño del recurso	105
VI. Problemática actual	107
1) La prohibición de la <i>reformatio in pejus</i>	107

1a) Fundamentos del principio	107
1b) Extensión a las sentencias de reenvío	108
1c) Subsistencia del fallo anulado como límite infranqueable	110
2) Prohibición de la doble persecución penal	111
2a) Concepto	111
2b) ¿La prohibición de la doble persecución penal alcanza al juicio de reenvío?	112
2c) Antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	113
2d) ¿El acusador tiene recurso frente a la absolución?	114
VII. Conclusión	116
La garantía a no declarar contra sí mismo	119
I. Introducción	119
II. Consecuencias directas de la garantía respecto a la declaración del imputado	120
a) La facultad del imputado de abstenerse de declarar	120
b) La voluntariedad de la declaración del imputado	121
c) La libertad de decisión del imputado durante su declaración	122
III. Consecuencias indirectas respecto a la declaración del imputado	122
a) La mentira del imputado	122
b) La valoración del silencio del imputado	123
c) Imputación a partir de una declaración testimonial	123
d) La declaración “espontánea” ante la autoridad policial	124
e) La obtención de un testimonio incriminatorio por parte de particulares	126
IV. Derivaciones de la garantía: requerimientos que no implican comportamientos declarativos del imputado	127
a) Extracción compulsiva de sangre	129
b) Reconocimiento en rueda de personas	129
c) Obligación de realización de cuerpo escritura, grabación de voz o entrega de documentación	130
d) Control de alcoholemia	130
e) Pericias dirigidas a la observación y análisis de su cuerpo o psiquis (estudios médico-legales, psicológicos, psiquiátricos o neurológicos)	132
Los derechos de los reclusos desde el Sistema Interamericano sobre Derechos Humanos	133
I. Introducción: existencia de derechos en el ámbito carcelario	133
II. Marco normativo: derechos	134
III. Derecho a la salud	134
IV. Derecho a condiciones dignas de detención	136
V. Vestimenta no degradante y alimentación suficiente. Ejercicio libre de culto religioso	137
VI. Comunicación con el exterior. Derecho a visitas	137
VII. Derecho a la educación y trabajo	138
VIII. Asesoramiento legal. Reglas disciplinarias	139
IX. Conclusiones	139
Garantías convencionales para niños, niñas y adolescentes en el proceso penal	141
I. Introducción	141
II. Análisis de Garantías cuya aplicación particulariza el Sistema de Jóvenes	144
III. Garantías generales del debido proceso. Aplicación a jóvenes imputados	150
IV. Conclusión	153



## **GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL. FUNDAMENTOS, FINALIDADES Y FUNCIONES**

José Luis Ares

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El garantismo. III. Las garantías procesales. IV. El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El paradigma constitucional. V. El rol de los jueces en un Estado Constitucional de Derecho. VI. El discurso de la "mano dura" y su inconsistencia. VII. La prisión de presuntos inocentes como baremo. VIII. Acerca de las prohibiciones probatorias y la consiguiente exclusión. IX. Colofón.

Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso,  
ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley,  
ni desterrado, ni perjudicado de cualquier otra forma,  
ni procederemos ni ordenaremos proceder contra él,  
sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país.

Carta Magna, año 1215.

...las garantías constitucionales, lejos de ser caprichos derivados de la afición a modas extranjeras o exóticas, son el producto de muchos siglos de trágica experiencia humana, y sobre esa base tienden a prevenir los sufrimientos padecidos a lo largo de aquellos y a asegurar una convivencia digna.

Andrés J. D'Alessio, *Contenido de las garantías y supremacía Constitucional*, La Ley, 2008-D-878.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Superada la venganza privada por un sistema estatal de persecución penal que monopoliza el poder punitivo, se lleva a cabo la criminalización, es decir, la selección de las conductas y de los grupos de personas que serán perseguidos para aplicarles una pena.

Se dice que la criminalización primaria implica la sanción de leyes penales materiales que tipifican ciertas conductas como delito y las correspondientes sanciones.

Hay, desde luego, en todo sistema, una selección que apunta a determinados delitos y a personas vulnerables, mientras que los ilícitos del poder económico y político (de cuello blanco los llamó Sutherland) suelen quedar fuera de las redes del sistema, que parece estar diseñado para atrapar al estereotipo marginal de delincuente. Esa es precisamente la llamada criminalización secundaria, es decir, la que pone en acto la persecución de personas de carne y hueso a través de policías, fiscales, jueces y agentes penitenciarios. El sistema penal incluye a todas esas agencias y a otras más, que tienen sus propias lógicas e improntas burocráticas.

Prácticamente superadas las pretensiones de elaborar una teoría general del proceso, con lineamientos aplicables a todos los fueros, en la actualidad se suele considerar que el derecho procesal penal es parte del derecho penal que comprende preceptos sustantivos, disposiciones adjetivas para realizar el derecho de fondo y normativas para la ejecución de las sanciones. Esta sería la concepción de un derecho penal *lato sensu* o en sentido amplio<sup>1</sup>.

Dentro de ese sistema de control social, el derecho procesal penal es el instrumento necesario para la realización práctica del derecho penal; por ello los principios y garantías de ambas incumbencias se relacionan íntimamente.

Señala Roxin<sup>2</sup> que el proceso penal de una nación es el sismógrafo de la constitución estatal. En consecuencia, es tan estrecha la unión entre el derecho constitucional y el derecho procesal penal que -como sostiene Maier<sup>3</sup>- éste último es derecho constitucional reformulado o reglamentado (art. 28 CN), dada la fuerte

---

<sup>1</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *Derecho Procesal Penal, tomo I, conceptos generales*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 84.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000, p. 10.

<sup>3</sup> MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, tomo I. Fundamentos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, p. 163.

protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del Estado para quien es perseguido penalmente.

En ese marco, la reacción del Estado ante la posible comisión de un delito no es inmediata sino mediata, es decir que viene después del “juicio previo” ante el “juez natural”.

El debido proceso<sup>4</sup> trasunta el propósito del constituyente de diseñar un mecanismo de garantía para el individuo persona, evitando los excesos de poder de los agentes estatales. Se trata de que los sujetos actúen lealmente sosteniendo sus posiciones, que existan reglas claras y predecibles que otorguen un marco de seguridad jurídica; todo ello bajo la atenta mirada del tercero imparcial que pone en acto la tutela judicial efectiva, sin involucrarse en la estrategia de los contendientes.

En el proceso penal, especialmente en la etapa de la investigación, el fiscal debe impulsar y dirigir la pesquisa, controlando a la policía; el juez debe controlar al fiscal y autorizar las acciones que impliquen afectaciones constitucionales; y todas las partes podrán controlar al juez a través de los recursos contra las decisiones que les causan agravio.

Es del caso advertir que en algunas cuestiones suele haber un divorcio entre norma y realidad, entre teoría y praxis. En términos más sencillos: no siempre se cumplen en toda su extensión las directrices constitucionales.

## II. EL GARANTISMO

Enseña Ferrajoli<sup>5</sup> que la palabra “garantismo” posee tres acepciones, y que la orientación que apareciera hace algún tiempo nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores, lo cual conlleva el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, con meras funciones de mistificación ideológica del conjunto.

Señala el maestro italiano que una primera acepción designa un modelo normativo de derecho, que en el campo penal se refiere a un modelo de “estricta legalidad”. Un sistema garantista propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos ciudadanos.

En una segunda acepción -sigue exponiendo Ferrajoli- “garantismo” designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas.

Finalmente, en una tercera acepción, “garantismo” designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.

En un breve trabajo, Ferrajoli<sup>6</sup> explica que la expresión “garantismo”, en su sentido estricto de “garantismo penal”, surgió en la cultura jurídica de izquierda en la segunda mitad de los años setenta como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales. En este sentido, el garantismo aparece asociado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, y se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente a ese “terrible poder”, que es el poder punitivo, según expresara Montesquieu.

El autor que seguimos en este tramo del presente trabajo caracteriza al garantismo como el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes -públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.

Cabe recordar que en Italia, como también ocurriera en otros países, ante la problemática del terrorismo y de la mafia, se adoptaron legislaciones de emergencia que pusieron en riesgo determinados principios o

<sup>4</sup> Respecto al concepto y perfil teórico y práctico del debido proceso, véase: BERTOLINO, Pedro J., *El debido proceso penal*, segunda edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2011.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, novena edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 851 y ss.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Garantías*, publicado en [www.defensapublica.org](http://www.defensapublica.org), original publicado en italiano en *Parolechiave*, n° 19, 1999.



relativizaron garantías, echando mano a peligrosos mecanismos tales como el agente encubierto, el testigo de identidad reservada, el arrepentido, ampliación de facultades de policías y fiscales. Esas medidas, que se presentan como excepcionales para luchar contra organizaciones poderosas que pueden poner en riesgo la propia existencia del Estado, terminan generalizándose y aplicándose en todos los procesos, aun los de menor significación delictiva y lesividad social<sup>7</sup>.

El “garantismo”, por el contrario, como paradigma teórico general implica -al decir de Ferrajoli- sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados.

Existe una evidente tensión entre el Estado policial y el Estado de Derecho, y es responsabilidad tanto de los poderes políticos como del judicial, evitar los desbordes del primero, con afectación indebida de los derechos subjetivos de los habitantes, en especial la libertad personal y la esfera de reserva de los individuos. Se trata de trazar claros límites desde lo teórico que sean efectivos en la práctica, para evitar intervenciones arbitrarias en desmedro de los derechos fundamentales, pues la investigación y la represión de los delitos en búsqueda de la verdad real no puede realizarse a cualquier precio, sino dentro del estricto sometimiento a la ley y en base a un sustrato ético que debe presidir toda actuación estatal. Debe haber equilibrio y existir controles recíprocos entre los integrantes de las distintas agencias que desempeñan labores en esta problemática.

Como señala Ferrajoli<sup>8</sup>, el paradigma garantista y constitucional es un paradigma teórico y normativo, ciertamente no realizado y acaso nunca realizable de manera perfecta. Luego de señalar que existe un nexo entre el derecho penal mínimo y el garantismo, sostiene el autor que el derecho penal mínimo se caracteriza como la ley del más débil que, en el momento del delito es el agraviado, en el del proceso, el imputado y en el de la pena, el condenado.

Conviene recordar que más allá de preciosismos académicos y elucubraciones teóricas, el garantismo, lejos de tratarse de una teoría exótica aplicada por jueces “ideologizados”, se trata de un paradigma constitucional; de un programa completo y coherente acerca del modo en que se deben llevar adelante las investigaciones penales y el eventual juzgamiento de las personas a quienes se les atribuye la presunta comisión de delitos. En definitiva, un procedimiento que tienda a la búsqueda de la verdad real, sin afectar la dignidad de las personas.

### III. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Las garantías no fueron ideadas por cándidos y bienintencionados académicos reunidos en un confortable gabinete sin nada mejor que hacer. Por el contrario, su desarrollo costó ríos de sangre y lágrimas; se fueron dando como reacciones en pro de la dignidad del hombre avasallado por el poder arbitrario del Estado. Se elaboraron junto al concepto de persona, la cual posee ámbitos en los que el poder estatal no puede penetrar, o no puede hacerlo sin cumplir con ciertos recaudos.

Se trata de equilibrar la relación de fuerzas, de por sí desiguales. Por un lado, el individuo sometido a proceso y por el otro el aparato estatal con todo su poderío y multiplicidad de agentes predisuestos a la prevención y represión de las conductas delictivas.

Es importante destacar el aspecto ético. Ciertamente el delito es desvalorado por la comunidad; sin embargo el Estado no debe combatirlo cometiendo ilícitos o transgrediendo las propias reglas fijadas como salvaguarda, con que autolimitara su poder. Resulta plausible el descubrimiento de la verdad para establecer responsabilidades y aplicar las respectivas sanciones, pero ello no debe lograrse a como dé lugar. El fin no justifica los medios.

Es esperable que el delincuente adopte conductas inmorales aparte de antijurídicas, sin embargo el Estado debe guiarse por una escala de valores fundamentales<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Asimismo, esa cultura antigarantista y pseudoeficientista suele basarse en sofismas y subterfugios, como los que emplean los ideólogos republicanos de Estados Unidos, al decir muy circunspectos y sin sonrojarse que el “submarino” no es tortura sino una técnica de interrogación.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, *Garantías, op. cit.*

<sup>9</sup> Con motivo del secuestro del ex primer ministro italiano, Aldo Moro, un miembro de las fuerzas de seguridad le propuso al General Della Chiesa torturar a un detenido que parecía tener información, a lo que el jefe de los carabinieri respondió con palabras memorables: “Italia puede permitirse perder a Aldo Moro. No, en cambio, implantar la tortura”. Citado en el prólogo de *Nunca más*, informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Bs. As., Eudeba, 1985.

Las garantías que pretendemos negar a otros pueden ser negadas algún día a nosotros mismos o a nuestros hijos. Decía Abraham Lincoln: “cuando oigo a alguien hablar a favor de la esclavitud, siento un vivísimo deseo de probarla en él personalmente”.

Simplificando bastante las cosas, podemos decir que a través de la historia se conocieron tres maneras de reaccionar frente a la comisión de delitos; de investigar y juzgar. Así, en una etapa primitiva rigió la venganza privada; el castigo se sucedía inmediatamente después del hecho, sin defensa y sin limitación en la reacción punitiva, o sólo el talión (ojo por ojo) que significó un avance al establecer un límite de equivalencias entre acción y reacción.

Una segunda forma de actuar es el modelo inquisitivo, en secreto, sin defensa, con un inquisidor omnipotente que además juzga, lo que dio lugar a la tortura (minuciosamente reglamentada) para obtener la confesión, reina de las pruebas, y más recientemente, ese esperpento de la declaración indagatoria policial.

Finalmente, tenemos las modernas formulaciones acusatorias o adversariales en que las partes se enfrentan en un plano de igualdad (al menos desde el diseño teórico), existe una estricta división de funciones entre el que investiga y acusa y el que juzga, y se preserva la imparcialidad del juzgador. Ello sin perjuicio de dejar espacios a la discrecionalidad reglada en la persecución delictiva para dar respuestas alternativas y diversificadas, y devolverle protagonismo a la víctima<sup>10</sup>.

En esta dirección, Alberto Bovino<sup>11</sup> se refiere a los principios políticos del proceso penal como lineamientos estructurales, con características esenciales que tienen sus propias particularidades y funciones, que informan el procedimiento penal, dándole forma al sistema de enjuiciamiento, junto con las exigencias constitucionales, determinando su estructura y funcionamiento.

Dichos principios -a juicio del autor citado- son: de oficialidad, de legalidad, de oportunidad, acusatorio, de la verdad real, de publicidad, de oralidad, de intermediación, de identidad física del juzgador, de libre convicción y de autonomía de la víctima.

En esta materia, los constitucionalistas distinguen entre derechos y garantías. Los primeros importan consagrar y reconocer determinados atributos y facultades esenciales de las personas; derechos éstos tanto personales como sociales. Las garantías, en cambio, representan las seguridades, los instrumentos de protección de los derechos para evitar que los mismos sean conculcados por el ejercicio abusivo (por acción u omisión) del poder estatal<sup>12</sup>.

Afirma Maier<sup>13</sup> que los derechos fundamentales (humanos) se poseen frente a todos los individuos, quienes deben abstenerse de lesionarlos, mientras que las garantías adquieren significación sólo frente al Estado, como limitación de su poder o como remedio efectivo contra el uso arbitrario del mismo.

Como específico mecanismo de protección, en lo que interesa a nuestra materia (en relación a la libertad ambulatoria o al agravamiento de las condiciones de detención), podemos citar la acción de habeas corpus, consagrada constitucionalmente por la reforma de 1994 (arts. 43 CN y 20 Const. PBA).

Ferrajoli<sup>14</sup> propone llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Por tanto, este autor distingue entre garantías positivas y negativas, es decir, obligaciones de prestación y prohibiciones de lesión. Pero también efectúa otra distinción. Llama garantías primarias o sustanciales a las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Y denomina garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten actos ilícitos o actos no válidos que violen derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias.

Ello nos remite -desde luego- al principio de jurisdiccionalidad y de tutela judicial efectiva, sobre lo que volveremos. Los derechos deben estar garantizados, pues al poder no le agrada que lo controlen; entonces el constituyente, escéptico, establece no sólo el recaudo, sino que indica al agente estatal que debe controlar el efectivo goce del derecho, a la vez que la constitucionalidad y convencionalidad del producto legislativo: el juez.

<sup>10</sup> Respecto a la cuestión de la víctima y a su nuevo protagonismo en los modernos sistemas procesales, véase: DE LA CRUZ, Nicolás M., “La víctima en el proceso penal: su actualidad en otra vuelta de página”; ARES, José Luis, “El retorno de la víctima al proceso penal”, ambos en *Procesal Penal 1, etapas del proceso*, Bahía Blanca, Ediuns, 2011, ps. 61-69 y 47-59 respectivamente.

<sup>11</sup> BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005.

<sup>12</sup> MAIER, *Derecho...*, tomo I, *op. cit.*, p. 473 y ss. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, tercera edición, Bs. As., La Ley, 2005, p. 13.

<sup>13</sup> MAIER, *Derecho...*, tomo I, *ob. cit.*, p. 474.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, *Garantías, op. cit.*.

Y ello es necesario para evitar que el derecho se torne un “derecho de papel”. De todos modos, no puede alegarse falta de reglamentación si el derecho surge expresa o implícitamente del texto constitucional<sup>15</sup>.

Refiriéndose a la función de las garantías, Cafferata Nores<sup>16</sup> sostiene que procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de justicia, como así también que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido por la ley anterior como delito, como porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal determinada a comprobarlo y a aplicar la sanción. Esta visión pone su acento tanto en la posición de la víctima como del acusado<sup>17</sup>.

Sabemos que muchas de las garantías aplicables al proceso penal surgen del emblemático art. 18 CN que constituye una sólida muralla frente al abuso del poder estatal, y otras se extraen de esa disposición en forma implícita (art. 33 CN).

De acuerdo al principio *nulla poena sine iudicio* nadie puede recibir una sanción sino luego de haber transitado un “juicio previo” a cargo del “juez natural” en el que se haya podido defender eficazmente. El debido proceso solía concebirse como una garantía innominada; una reglamentación de seguridad y certeza para evitar que el proceso (todo proceso y no sólo el penal) se torne un tortuoso y azaroso camino para imputados y víctimas. En definitiva, un “proceso justo”, llevado adelante con lealtad y prudencia como lo exige el preámbulo constitucional al consagrar el propósito de “afianzar la justicia”<sup>18</sup>.

Con la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, con jerarquía constitucional, los que no derogan ninguna disposición de la primera parte de la constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inc. 22 CN), aparecen más detallados los lineamientos del debido proceso en el art. 8 de la CADH<sup>19</sup>. En esta disposición se consagran una serie de garantías mínimas que tiene toda persona “en plena igualdad”<sup>20</sup>. Dado que son mínimas, ello constituye un piso que podrá ser elevado (pero no restringido) por los Estados signatarios.

Sostiene Bertolino<sup>21</sup> que la garantía del “debido proceso (penal)” aparecería conceptualmente como más general y extensa que la de la “defensa en juicio” y la del “juicio previo”. Por eso -afirma este autor- en la práctica la figura jurídica garantizadora del debido proceso puede cumplir una función residual, es decir, capaz de atrapar ciertas hipótesis no alcanzadas por otras garantías específicas.

Si bien no existen derechos absolutos y éstos están sujetos a reglamentación, esos derechos y garantías no pueden ser alterados por las leyes reglamentarias (arts. 14 y 28 CN), debiendo regir el principio de razonabilidad, que proscribe toda arbitrariedad o capricho, aun de las circunstanciales mayorías. Estas no estarán legitimadas para desnaturalizar las garantías a través de sus representantes, mediante leyes que

<sup>15</sup> La expresión “derecho de papel” pertenece a R. GUASTINI quien denomina a los derechos no garantizados “derechos ficticios”, en oposición a los “verdaderos derechos”, los susceptibles de tutela jurisdiccional y reivindicables “frente a un sujeto determinado”, al que, a su vez, corresponde una “obligación de conducta” (“Diritti”, en *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analítica*, Giapichelli, Torino, 1994, ps. 168 y 173, cit. por FERRAJOLI, *Garantías, op- cit.*).

<sup>16</sup> CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, segunda edición actualizada por Santiago MARTINEZ, Bs. As., Editores del Puerto, 2008, ps. 14-15.

<sup>17</sup> Esto es lo que se conoce como la bilateralidad de los derechos, es decir aquellos que han sido diseñados tanto para imputados como para víctimas, CAFFERATA NORES, *Proceso penal...*, ps. 16-18. Creemos que el derecho al recurso es uno de aquellos en los que se impone la bilateralidad, pues por su naturaleza no es una garantía que pueda reconocerse sólo al imputado y no a la otra persona protagonista del conflicto e interesada particularmente en su resolución, aunque la pena estatal pueda no aportar soluciones sino más bien nuevas penurias, por lo que deberían desandarse todos los caminos posibles para una equitativa composición, al menos en lo que hace a los delitos de mínima y mediana gravedad.

<sup>18</sup> BERTOLINO, *El debido...*, ps. 43-44 y 46 señala como valores fundamentales del debido proceso penal al valor justicia, al valor seguridad y al valor bien común; y que el “débito” es del gobernante.

<sup>19</sup> La Corte IDH ha destacado que el art. 8 CADH reconoce el principio del “debido proceso legal” (Opinión Consultiva nro. 9 del 6/10/87; caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29/01/97).

<sup>20</sup> De allí se deduce la “igualdad de armas” propia del acusatorio. Probablemente la expresión remita al enfrentamiento de las dos partes, ofendida y ofensor como medio de solucionar el conflicto. Ese duelo requería que se celebrara con el mismo tipo de armas para evitar ventajas (BACHMAIER WINTER, Lorena, “Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal”, en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, coordinado por la nombrada, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 22).

<sup>21</sup> BERTOLINO, *El debido...*, op. cit., ps. 72/73.

deberán superar el filtro de resultar acordes a las directrices constitucionales, lo que deberá ser evaluado por la agencia judicial como poder contra-mayoritario<sup>22</sup>.

Corresponde asimismo alertar sobre el uso perverso de las garantías en desmedro del imputado, lo cual lamentablemente ocurre en la práctica, esto es, cuando se invoca una garantía pero se la hace valer en perjuicio del inculpado, como podría ser anular una sentencia absolutoria porque se recibió bajo juramento la declaración del imputado<sup>23</sup>. Precisamente, el art. 1 del CPP proscribía esa práctica desleal al señalar: "La inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio".

#### IV. EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Hay quienes relativizan el impacto de los tratados internacionales de Derechos Humanos en la normativa nacional. Para sostener ello argumentan que los tratados han sido derecho interno desde la CN de 1853; que la CSJN estableció que los tratados tienen prioridad frente a la ley interna en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena<sup>24</sup>; que las disposiciones de los tratados en materia procesal no son más que repeticiones de las contenidas en el texto constitucional; que en su relación con el derecho internacional, la jerarquía interna de una norma resulta irrelevante a los efectos de una eventual responsabilidad estatal por el incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Sin embargo, prácticamente todos los autores concuerdan en que el mayor impacto de los tratados estaría dado por la protección que desarrollan los organismos supranacionales. Esta protección se da en la resolución de casos individuales, cuanto en el establecimiento de nuevos estándares que después deberán ser aplicados por los tribunales locales<sup>25</sup>.

Sostiene Abregú<sup>26</sup> que los aportes del derecho internacional de los Derechos Humanos, en el régimen del proceso penal, suelen ser agrupados en tres categorías: a) las nuevas disposiciones que se agregan a las ya previstas; b) los nuevos alcances de disposiciones "viejas"; c) la formulación de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal que tiene como actor fundamental a la víctima de violación a los Derechos Humanos.

En ese sentido, corresponde señalar que garantías que se consideraban implícitas y propias del debido proceso han sido ampliadas y reinterpretadas a la luz de los tratados internacionales en virtud de los informes y de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte IDH. Estos órganos han delineado el alcance y contenido del debido proceso contemplado en el art. 8 de la CADH<sup>27</sup>. Así, el concepto de imparcialidad, que se consideraba ínsito en el de juez natural, la amplitud de los recursos y su categorización como garantía del imputado, la duración razonable del proceso, y otras cuestiones, han sido rediseñadas en conceptualizaciones con distintos contornos de definición, que contribuyen a delinear un proceso acusatorio y garantista dotado de coherencia interna.

Por eso creemos que lleva razón Cafferata Nores<sup>28</sup> cuando afirma la existencia de un nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal en la Argentina, fruto de la incorporación a la CN de los principales pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos y de los principios que los informan.

Es importante destacar que la normativa supranacional y su interpretación, además de haber ampliado el catálogo de garantías y de haber precisado sus alcances, han llevado a que, a través de la posible responsabilidad del Estado, cuando no del convencimiento de los magistrados (quizá por deformaciones ideológicas y culturales), se vaya gestando una jurisprudencia interna en la que se abreva en aquella normativa, pues como decía el juez Hughes, "vivimos bajo una constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es".

<sup>22</sup> Dice FERRAJOLI, *Garantías*, *op. cit.* que "No se puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad o a los intereses de la mayoría. Ninguna mayoría, por muy aplastante que sea, puede legitimar la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político -del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública- puede sustituir o eliminar las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad ni el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad, pueden convertir en verdadero lo que es falso, o viceversa".

<sup>23</sup> El ejemplo pertenece a CAFFERATA NORES, José I., "Garantías y sistema constitucional", en *Revista de Derecho Penal 2001-1, Garantías constitucionales y nulidades procesales - I*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, ps. 117-163.

<sup>24</sup> CSJN, "Ekmekdjian c/Sofovich", Fallos, 315: 1492, año 1992.

<sup>25</sup> ABREGÚ, Martín, prólogo al libro de CAFFERATA NORES, *Proceso penal y...*, *op. cit.*

<sup>26</sup> *Ib.*

<sup>27</sup> CHILLIER, Gastón, prólogo al libro de CAFFERATA NORES, *Proceso penal y...*

<sup>28</sup> CAFFERATA NORES, *Proceso penal y...*, *op. cit.*, pág. 143.

Ciertamente, en relación al retorno de la víctima al proceso penal, resultan significativas las elaboraciones formuladas en cuanto a las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos, para su aplicación -en lo que resulte pertinente- respecto a derechos y facultades, a los damnificados por delitos comunes<sup>29</sup>.

Inherentes a todo ser humano y de vigencia universal, los Derechos Humanos no sólo deben estar consagrados en normas sino que se debe propender a su eficacia en un derrotero que tienda a su globalización<sup>30</sup>. Por sobre las diferencias culturales e ideológicas de los pueblos del planeta, deben existir un puñado de principios, derechos y garantías comunes, pues surgen de la dignidad de la persona humana, según la sensibilidad social de estos tiempos.

En este sentido, los Estados no pueden alegar su derecho interno para no cumplir la normativa supranacional; ello traerá aparejada responsabilidad internacional<sup>31</sup>, pues la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -en su art. 27- establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

La CSJN le ha asignado el papel de "guía" a las decisiones de los organismos internacionales, no sólo a la jurisprudencia de la Corte IDH sino también a las opiniones de la CIDH<sup>32</sup>. Y ello porque esos organismos son los intérpretes y aplicadores naturales de la CADH.

Además, el impacto de la normativa supranacional, integrada a la local y articulada en un sistema coherente, implica la recepción de los métodos de interpretación propios del derecho internacional de los Derechos Humanos, como el criterio de interpretación de buena fe, el *pacta sunt servanda*, aquellos referidos a la finalidad y objeto de los tratados, y el principio *pro homine*<sup>33</sup>.

## V. EL ROL DE LOS JUECES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Una de las muletillas que se escuchan a menudo es que "las garantías son sólo para los delincuentes". Ello es falso, por cuanto protegen a los sospechosos y procesados que aun no pueden ser considerados delincuentes y les asiste el sagrado derecho de defensa en juicio, para evitar condenas a un inocente que siempre es algo más grave que absolver a un culpable.

Como dijéramos, esas garantías se fueron construyendo como reacción contra la arbitrariedad del Estado y el abuso de poder; también para evitar que se "plante" prueba o se obtenga afectando indebidamente la intimidad y reserva de las personas. Se trata de establecer mecanismos que actúen como control de calidad de

<sup>29</sup> Sostiene Martín ABREGÚ (prólogo al libro de CAFFERATA NORES, *Proceso penal y... op. cit.*) que el concepto genérico de víctima incluye: a) a las víctimas del sistema penal (los imputados); b) a las víctimas de delitos comunes; c) a las víctimas de delitos cometidos por agentes del Estado o con su aquiescencia o consentimiento.

<sup>30</sup> "La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH, "Velázquez Rodríguez", sent. del 29/07/88).

<sup>31</sup> En un caso en el que se discutía el derecho al recurso, sostuvo la CIDH: "...un Estado no puede alegar su derecho interno para evitar cumplir con esta disposición" (Informe 50/00, caso 11.298 del 13/04/00).

<sup>32</sup> CSJN, "Ekmekdjian c/Sofovich" ya citado; "Gioldi" del 7/04/95; "Bramajo" del 12/09/96. También constituye fuente de consulta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como lo ha resuelto la Corte IDH ("Schmidt", 13/11/95).

<sup>33</sup> ABREGÚ, Martín, "La aplicación del Derecho internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción", en *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), Bs. As., Editores del Puerto, 1997, p. 19.

El principio *pro homine* (arts. 29 CADH, 30 DUDH y 5 PIDCyP) es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos (PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. AS., Editores del Puerto, 1997, ps. 163 y 164). Véase en el mismo sentido: Corte IDH, Opinión Consultiva 055/85 y sentencia 101/81; MEDINA QUIROGA, Cecilia, "La Convención Americana: teoría y jurisprudencia", Universidad de Chile, Fac. de Derecho, 2003, p. 9, quien sostiene que la interpretación *pro persona* constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

Por su parte, la CSJN en su conocido fallo *in re* "Acosta" del 23/04/08, respecto a las tesis amplias o restringidas de la suspensión del juicio a prueba en cuanto a la penalidad prevista para los delitos imputados, sostuvo que el principio *pro homine* impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

la condena. Las exclusiones probatorias y las nulidades no son -como se dice a menudo- meros tecnicismos o cuestiones formales, son salvaguardas fundadas en la constitución para que sus postulados sean efectivos y no se convierta en un "juguete vistoso" como decía Carlos Nino.

Las garantías deben proteger también a las víctimas que han sido rescatadas de su ostracismo de los viejos sistemas; mucho se ha avanzado y mucho queda por hacer en este terreno. La víctima tiene derecho a acceder a la justicia, a que se le suministre información y a que se le brinde un trato digno, evitando la revictimización; a que su caso sea investigado seriamente, a que se determinen responsabilidades y al castigo de los culpables. Sin embargo no tiene derecho a la obtención de un resultado positivo, por cuanto en ocasiones una investigación seria y prolija puede no llegar a buen puerto por distintas razones.

Ciertos jueces que se atreven a aplicar la constitución con independencia de criterio son tildados peyorativamente de "garantistas", lo cual constituye una gran tontería porque todo juez debe respetar y hacer respetar las garantías, sino ¿quién lo haría?, ¿de qué serviría que existieran ciertos principios y derechos constitucionales si se pudieran o no aplicar como si fueran una simple recomendación y no ley suprema de la Nación?; ¿y la responsabilidad internacional de la Argentina al no cumplir tratados internacionales de jerarquía constitucional?, ¿y el control de constitucionalidad y de convencionalidad que deben efectuar los jueces?

Si un juez no es garantista debería ser destituido porque no cumple con la función que le fue asignada, recriminar su garantismo sería tanto como recriminar a un sacerdote por creer en Dios o a un periodista por informar la verdad. Y si alguien dice "ese juez es demasiado garantista", ¿qué significa?, ¿no sería como afirmar que tal persona es demasiado honesta? Ahora, si lo que se quiere significar es que ese juez transgrede la ley para favorecer a un procesado, se estaría señalando que ese juez no cumple su deber al igual que si lo hiciera para perjudicarlo.

Se vive una situación que tiene mucho de esquizofrenia pues la Const PBA establece que para designar a un juez el candidato debe ser respetuoso de los derechos humanos (art. 175); en los exámenes ante el consejo de la magistratura se privilegia la resolución de casos desde una óptica respetuosa de las garantías procesales, y al asumir el juez jura cumplir la constitución. Sin embargo, ya en el cargo aquel será asediado para que no se tome eso tan en serio, para que cumpla el paradigma constitucional a veces o un poco. Y los mismos funcionarios políticos que lo designaron lo denostarán por garantista y hasta pedirán su destitución para congraciarse con la opinión pública, asumiendo manifestaciones de la "demagogia punitiva".

Los jueces deben aplicar un reglamento para llevar adelante los procesos penales, y ese reglamento parte de la constitución y de los tratados que poseen igual jerarquía. Si alguien quisiera hacer más atractivo el fútbol podría sugerir agrandar los arcos, poner menos jugadores, eliminar el fuera de juego para que existan más goles. Pero mientras esos cambios no se produzcan deberá atenerse al reglamento. Tampoco podrá un jugador agarrar la pelota con la mano, salvo que sea arquero, ni pegarle patadas a los contrarios. Y quien debe vigilar que no se produzcan las infracciones, y eventualmente sancionarlas, es el árbitro.

Los jueces penales tienen a su cargo una tarea similar. Los jueces de garantías en la Provincia de Buenos Aires, podrían haberse denominado "jueces de control de la investigación", dado que esa es su tarea específica, pues todos los jueces (no sólo aquellos con competencia penal) son y deben ser jueces de garantías, en tanto deben velar porque no existan excesos de poder de los sujetos encargados de llevar adelante la investigación criminal, tarea ardua y agresiva. Esta magistratura especializada debe velar por la observancia del debido proceso y por la lealtad de los sujetos, permitiendo el contradictorio.

Como sostiene Riquert, el juez de garantías tiene primordialmente un rol valorativo que resulta excluyente de la tarea investigativa<sup>34</sup>. Por su parte, Bertolino<sup>35</sup> sostiene que el juez de garantías deberá decidir -con justicia- sobre las interacciones de los intervinientes en el proceso, creando la certeza en estos últimos de que la norma procedimental establecida será hecha cumplir por él, en caso de ser necesario, ante su desconocimiento o violación. Agrega que la "garantía jurisdiccional" se expresa, elementalmente en relación con el juez de garantías, en las funciones de decidir, garantizar y controlar. Recuerda este autor que Marzia Ferraioli afirma que el control es una forma de garantía y que, a su turno, la garantía se expresa a través del control.

Una de las primeras cosas que debe aprender un juez es a resignarse a que sus decisiones no sean compartidas por las partes y por distintos sectores. En cuanto a los involucrados en el proceso, al igual que respecto a los árbitros de fútbol, el que resultó favorecido dirá que se hizo justicia, y el que no, dirá que el tribunal se equivocó o es incapaz o corrupto. Sin caer en exageraciones, especialmente en los tiempos que corren, para desempeñar la delicada tarea de juez hace falta cierta dosis de coraje para soportar presiones, escraches, críticas formuladas desde la ignorancia o desde la mala fe, ridículos pedidos de juicio político y otras yerbas.

<sup>34</sup> RIQUEERT, Marcelo A., Justicia de garantías, de ejecución y Ministerio Público, Bs. As., Ediar, 2001, p. 32.

<sup>35</sup> BERTOLINO, Pedro J., *El juez de garantías*, Bs. As., Depalma, 2000, ps. 120 y 123.

El juez debe ser independiente no sólo de los otros poderes del Estado y de los tribunales de instancias superiores, sino también de la opinión pública o publicada. Cierto es que el juez carece de la legitimación popular que poseen los integrantes de los poderes políticos, pero encuentra su legitimación en la estricta sujeción a la ley, en especial a la constitución, en el control difuso que todos los magistrados deben efectuar respecto a las normas, para que sean conforme a la Ley Fundamental; y en la sumisión a la verdad procesal, es decir, a los hechos que se acrediten en el proceso mediante prueba válida<sup>36</sup>.

Se ha expresado que la jurisdicción tiene una fuente de legitimación formal y otra sustancial; la formal es la que propicia el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley; la sustancial, en cambio, es la que obtiene la función judicial de su capacidad de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>37</sup>.

También se ha señalado que el modelo constitucional requiere del operador judicial lucidez de conciencia acerca del real sentido de su papel, y una forma, responsable por libre, y técnicamente bien fundada de sujeción a la ley, presidida por la honestidad intelectual<sup>38</sup>.

En los últimos tiempos empezó a variar el latiguillo de que es necesario cambiar las leyes (quizá porque se cambiaron muchas veces sin resultados apreciables y hay principios que surgen de la constitución) y se comenzó por responsabilizar de los delitos a los jueces. Ese discurso partió de sectores políticos que con ello pretendían eludir sus responsabilidades y rápidamente prendió en amplios sectores de la población; hoy es común escuchar que una persona a quien acaban de asaltar diga que el problema son los jueces garantistas que liberan a los delincuentes y hasta en las más altas esferas del Estado se repite el concepto.

Por el contrario, y evitando el discurso políticamente correcto, si bien se habla de un sistema penal que está en crisis desde siempre, aunque nos comprendan las generales de la ley, creemos que los que menos tienen que ver con la cuestión de la cantidad o calidad de delitos que se cometen son los jueces.

Esto merece una explicación. La primera barrera de control social es la familia, la escuela, el barrio, el club, la acción social del Estado. Cuando esas instituciones fallan entra en acción el sistema penal, que es el último recurso y que actúa cuando el delito ya se cometió.

Pero antes de que intervenga el Poder Judicial debe hacerlo la policía de seguridad en tareas de prevención, dependiente del Poder Ejecutivo. Luego, cuando alguien es condenado y enviado a una cárcel, es el Poder Ejecutivo quien está a cargo de su "reforma", y al salir debe controlarlo y asistirlo a través del Patronato de Liberados; por eso, si hay reincidencia, la responsabilidad es del poder político, no del judicial que se limitó a aplicarle al sujeto una pena por el ilícito cometido.

Por lo demás, la investigación criminal está a cargo de fiscales y policías y es el primero, dirigiendo a los segundos, el que debe conseguir las pruebas de cargo para que se condene al imputado.

Los jueces no investigan ni actúan de oficio, ni hacen tareas preventivas. Los jueces de garantías deben controlar la regularidad y legalidad de la investigación porque, como dijéramos, esta es una tarea agresiva que puede afectar derechos constitucionales. La libertad durante el proceso es un derecho y debe constituir la regla por regir la presunción de inocencia, salvo que se verifiquen peligros procesales.

Los jueces de juicio condenarán si existe prueba válida suficiente que los convenza de la culpabilidad del procesado, fuera de toda duda razonable, y deberán absolver en caso contrario, más allá de lo que crean en el fuero interno de su subjetividad. Y las penas no deberán ser ejemplificadoras, como en ocasiones se reclama, sino ajustadas al hecho y a su autor. Hay una concepción, ciertamente de raíz autoritaria, que cree que los jueces pueden hacer lo que les viene en ganas; la realidad es muy otra, se encuentran limitados por los hechos probados y el derecho aplicable, al que desde luego deberán interpretar, debiéndose recordar que el derecho no es matemática. Por eso resulta inaceptable pretender destituir a un juez por el contenido de sus decisiones (por no coincidir con el sentir popular) si las mismas se ajustan razonablemente a los marcos legales y en especial constitucionales. Ello así por cuanto el jury de enjuiciamiento se convertiría en una instancia suprajudicial que fijaría los estándares de jurisprudencia, por sobre la CSJN, intérprete final de la CN, y por sobre

<sup>36</sup> Sostiene FERRAJOLI, *Garantías*, *op. cit.* que la fuente de legitimación específica de la jurisdicción, que justifica su independencia en un Estado de Derecho, es la fundación sobre la verdad. La actividad jurisdiccional es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva. Las sentencias exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos sobre los hechos y reconocitivos sobre el derecho,... A diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación del tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, *Derecho y...*, *op. cit.*, p. 918.

<sup>38</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, prólogo a la obra *Ensayo sobre la función judicial*, de AROCENA, Gustavo A., Córdoba, Editorial Mediterránea, 2006. En dicho libro se tratan estas cuestiones relativas a la obligación de los jueces de aplicar las normas jurídicas, su responsabilidad, la posición valorativa y los márgenes de discrecionalidad.

la Corte IDH, intérprete final de la CADH. Precisamente para evitar errores en las sentencias están los recursos, a fin de que tribunales de instancias superiores revisen lo decidido.

Creemos que si bien resulta necesario implementar el juicio por jurados, que por tres veces manda el constituyente histórico, éste cumpliría más bien un papel simbólico de participación popular en la administración de justicia al ser aplicado en pocos casos. Los jueces legos o profesionales deben transparentar sus decisiones con una amplia y adecuada fundamentación de las mismas, que trasuntan cierto grado de previsibilidad, que hace a la seguridad jurídica. Deben escribir lo más claro posible, explicando los conceptos jurídicos y la valoración del material probatorio<sup>39</sup>. Debería haber voceros judiciales en cada jurisdicción y un periodismo realmente especializado; todo ello para evitar que los fallos sean tergiversados, como lamentablemente ocurre a menudo.

## VI. EL DISCURSO DE LA “MANO DURA” Y SU INCONSISTENCIA

No es del caso referirse aquí a lo que se entiende por inseguridad delictiva o ciudadana y sus aspectos objetivos y subjetivos, aunque no está demás resaltar la paradoja que significa que en nuestro país resulte mucho más probable morir bajo las ruedas de un automotor que bajo las balas de un delincuente<sup>40</sup>.

La lógica preocupación de la población, alentada por los medios masivos de comunicación, hace que cada tanto el deudo de una víctima de un hecho violento sea elevado a una posición representativa y simbólica, impulsando movilizaciones fogoneadas por los adalides de la demagogia punitiva, que suelen producir apresuradas y espasmódicas reformas legislativas para calmar las aguas, ya que amplios sectores aun hoy se sienten seducidos por el fetichismo normativo y porque -como señalara Bertolt Brecht- nada se parece más a un fascista que un burgués asustado. Ante las presuntas soluciones mágicas que se reclaman, (porque abordar las cuestiones sociales es una tarea a largo plazo que nunca se inicia con convicción y sistemáticamente), se repiten sin demasiada originalidad los postulados de la “mano dura” o de la “tolerancia cero”: pena de muerte, aumento de penas, endurecimiento de la excarcelación o más bien abuso de la prisión preventiva, baja de la edad de imputabilidad de los menores, código contravencional con impronta autoritaria, y hasta rasgos totalitarios. A lo que se agregan ahora soluciones más tecnológicas como las cámaras de video o las medidas de seguridad bancaria luego de un caso que conmocionó a la opinión pública. Y así ocurre casi siempre, se reacciona torpe y apresuradamente ante un hecho determinado y no se diseña una política criminal coherente, sostenida en el tiempo en sus directrices centrales pero que se ajuste conforme el delito vaya mutando, y se ataque con convicción a las decenas de mercados ilegales.

Esas medidas (cual fuegos de artificio) sólo alumbran fugazmente la coyuntura y están condenadas al fracaso. Las restricciones de la excarcelación a través de normas (algunas de ellas inconstitucionales), se decidieron en la Provincia de Buenos Aires en el 2000 durante la gobernación de Carlos Ruckauf, aquel que decía que había que “meterle bala a los delincuentes”, y que llevó a duplicar la cantidad de presos en la provincia sin que la población percibiera cambios significativos.

El aumento de las penas llegó de la mano del falso ingeniero Blumberg en 2004 y el gobierno de entonces capituló y mandó a sus legisladores a votar favorablemente unas normas que afectaron la sistemática del Código Penal, alteraron algunas proporciones de pena y convirtieron al código en uno de los más duros de Latinoamérica. Siempre en el entendimiento que la prisión, ya sea como cautelar o como pena, constituye una poción mágica capaz de curar los males que acechan a la población.

Sin embargo, el mayor problema que tienen los cultores de la “mano dura”, es que ya se aplicó y fracasó. Asimismo, mediante una serena reflexión, quizá la población comprenda que el delito es un fenómeno que responde a múltiples causas estructurales y que no existen soluciones mágicas. Ello explicaría, en parte, el porqué no terminan de prender las posturas más extremistas y autoritarias, ya que en las elecciones de 2007

<sup>39</sup> ARES, José Luis, “Juicio por jurados. Incompatibilidad constitucional del modelo anglosajón puro por la carencia de motivación del veredicto”, ponencia en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, publicado en *Pensamiento Penal del Sur*, nro. 2, Bs. As., F. J. Di Plácido Editor, 2006, pág. 179 y ss., donde hemos adherido al modelo escabinado cordobés y cuestionado el modelo clásico en el que la respuesta del jurado es culpable o no culpable, sin fundamentar la decisión.

<sup>40</sup> ARES, José Luis, “La justicia y los medios de comunicación: el rol de los medios y la perspectiva judicial respecto a la inseguridad”, disertación en la charla debate desarrollada en la Universidad Nacional del Sur el 18 de octubre de 2010, publicada en el periódico *Ático* del 6 al 19 de noviembre de 2010.

Respecto a la inseguridad delictiva, su percepción y difusión véase: KESSLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2009. Acerca de la “tolerancia cero”, la expansión carcelaria y otras posturas punitivas neoconservadoras y su difusión por el mundo véase: WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Bs. As., Ediciones Manantial, 1999.



para gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Luis Patti obtuvo el 2,5 % de los votos y Juan Carlos Blumberg sólo el 1,28 %.

## VII. LA PRISIÓN DE PRESUNTOS INOCENTES COMO BAREMO

Siempre decimos que hay más presos sin condena que los que debería haber si todos los jueces se tomaran en serio la constitución, y menos de los que la gente reclama, por aquello que hemos dado en llamar el "reclamo social de prisión inmediata y generalizada". Es decir, el reclamo de que todo sujeto vaya preso inmediatamente luego de cometido el hecho sin saber todavía si es culpable o inocente, porque ya se lo considera culpable con la sola denuncia o con la imputación policial o fiscal, y entonces ¿para qué perder tiempo en el juicio previo que exige la constitución como condición para descubrir la verdad y eventualmente destruir la presunción de inocencia?

En función de dicha presunción de inocencia, mientras no se establezca legalmente la culpabilidad a través de una sentencia condenatoria firme, la CN y los Tratados Internacionales de igual jerarquía, como así la interpretación de la CSJN y de los órganos del sistema interamericano, establecen que la prisión preventiva no debe ser la regla general, sino que debe ser una medida excepcional basada exclusivamente en datos ciertos que permitan sospechar que el imputado evadirá la acción de la justicia u obstaculizará la investigación, destruyendo evidencia o influyendo sobre los testigos (la llamada peligrosidad procesal). Rigen los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiaridad que llevan a que la regla sea la libertad del imputado mientras dure el proceso y se establezca si es o no culpable.

En consecuencia -según el bloque constitucional- el encarcelamiento preventivo es una medida cautelar que no puede funcionar como una pena anticipada impuesta antes del juicio previo. Dado que no puede funcionar como pena, no puede basarse en estándares tales como "alarma social" o "peligrosidad delictiva", sino en los ya mentados riesgos procesales<sup>41</sup>.

Sin embargo, dicho encarcelamiento preventivo muchas veces funciona efectivamente como pena anticipada y hace crujir la lógica, en especial cuando el imputado, después de meses o años de detención, es absuelto en juicio por no existir prueba suficiente para fundar convicción en sentido condenatorio<sup>42</sup>. En ocasiones se da la paradoja de que mientras se lo consideraba inocente, el imputado estuvo preso por las dudas y al ser declarado culpable se lo pone en libertad pues cumplió anticipadamente la pena.

Otra vez, suelen transitar por caminos distintos las normas y la realidad. A pesar de la muletilla de que "nadie va preso" y de "la puerta giratoria", (que al parecer se traba a menudo), existe una alta tasa de prisionización, en general hacinados y en condiciones deplorables, lo cual lejos de generar más seguridad, como ingenuamente se cree, retroalimenta el delito y la violencia. Alrededor del 60 %, al menos, de los privados de libertad no tiene sentencia firme, en general por las demoras que se producen en las más altas instancias judiciales, lo cual implica, además, el incumplimiento de la garantía de la duración razonable del proceso<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado respecto al encarcelamiento cautelar en los siguientes términos. "La detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia" (CIDH, Informe 12/1996). "La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva...anticipar una pena a la sentencia está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos" (Corte IDH, caso "Suárez Rosero", sentencia del 12/11/97). "La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal" (Corte IDH, caso "López Álvarez", sentencia del 1/01/06).

<sup>42</sup> Respecto a las posiciones que plantean, no ya su reducción sino derechamente la inconstitucionalidad de la prisión preventiva, y por tanto su supresión, véase: VITALE, Gustavo L., *Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie*, Bs. As., Hammurabi, 2007. VITALE, Gustavo L. y GARCÍA, Gerardo Nicolás (comps.), *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, AA VV, Bs. As., Editores del Puerto, 2011.

<sup>43</sup> El sistema penal es selectivo en todo el mundo y el número de presos resulta de una decisión política del Estado, que no tiene relación con el aumento poblacional ni con los índices delictivos. Los presos de la provincia de Buenos Aires suelen ser jóvenes, con educación insuficiente, con problemas de empleo y adicciones y provenientes de asentamientos poblacionales precarios. Desde luego, ser pobre no es sinónimo de ser delincuente pero sí casi todos los presos son personas pobres y marginadas (ARES, *La justicia y...*, op. cit.).

Recientemente, la Relatoría de la CIDH, en su informe sobre las graves condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires manifestó con toda claridad y contundencia su preocupación por el uso abusivo de la detención preventiva. Observó también “que los jueces optan por la medida cautelar más gravosa para la vigencia del derecho a la libertad durante el proceso, con el objeto de mostrar eficiencia y evitar los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y el mismo poder político”.

Es que efectivamente se puede verificar que, ya sea por deformaciones ideológicas o por temor a la crítica de la prensa, de las víctimas y de la sociedad, no pocas decisiones jurisdiccionales justifican las prisiones cautelares con fórmulas vacías o muletillas rutinarias, pretendidamente referentes a la peligrosidad procesal pero que en realidad encubren objetivos de naturaleza sustancial y hacen que funcione como pena anticipada, como cuando se afirma que la circunstancia de registrar el sujeto una condena anterior y ser la próxima de efectivo cumplimiento (olvidando que puede ser sobreseído o absuelto en el nuevo proceso) ello es indicativo de peligro de fuga; soslayando además la existencia de un amplio catálogo de medidas menos gravosas de control, sin necesidad de llegar a la más seria. También suele verse en forma descarnada la selectividad del sistema, y su intrínseca desigualdad cuando, ante delitos de “cuello blanco” se disponen fácilmente y sin rubor, excarcelaciones bajo caución real o personal.

En definitiva, el uso o abuso del encarcelamiento preventivo constituye un importante baremo para advertir el grado de garantismo de un determinado sistema procesal, pues está en juego, nada más y nada menos que la presunción constitucional de inocencia y el consecuente trato como inocente del procesado.

### VIII. ACERCA DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS Y LA CONSIGUIENTE EXCLUSIÓN<sup>44</sup>

Una de las cuestiones centrales del proceso penal es, sin dudas, la averiguación de la verdad; para ello es necesario contar con una investigación profesional y seria a fin de determinar qué es lo que ha pasado, con el objeto de establecer si se cometió un delito y averiguar la identidad de sus autores para asignar responsabilidades, y eventualmente sanciones.

Dice Ferrajoli<sup>45</sup> que el juicio penal es un “saber-poder”, es decir una combinación de conocimiento y decisión. Como señala Andrés Ibáñez<sup>46</sup> el “saber” en la materia confiere al poder seguridad, a la vez que le aporta legitimación.

Sin embargo, a diferencia de los sistemas inquisitivos radicales en los que -como señala el antes citado autor español- se obtenía una mala calidad de verdad, dado que no se reparaba en medios para conseguirla, aun los más crueles y denigrantes, en el Estado Constitucional de Derecho el material probatorio debe obtenerse según ciertos recaudos que tienden tanto a la seguridad y certeza de la información que se incorpora al proceso como al respeto a la dignidad de la persona investigada.

En consecuencia, no cualquier prueba será admitida para fundar una condena, sino aquella válida, es decir, obtenida conforme a los procedimientos legales y sin transgresiones a garantías constitucionales. La verdad no es un dios en cuyo altar puedan sacrificarse alegremente derechos fundamentales; en el proceso penal se debe jugar limpio y con lealtad, asegurando el contradictorio.

En esta cuestión, evidentemente existe una tensión entre la necesidad de la sociedad de prevenir y reprimir el delito y el aseguramiento de los derechos y garantías de los sospechosos. En definitiva, la tensión es entre el Estado policial y el Estado de Derecho, que debe cumplir y hacer cumplir las reglas que produce.

Dijo San Agustín: “Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue al Estado de una gran banda de bandidos?”<sup>47</sup>. El Estado Constitucional de Derecho no puede permitir que sus agentes se comporten como bandoleros; que en pos de atrapar a un delincuente se salten todas las reglas y violen todos los derechos. Si esto sucede, el precio a pagar podrá ser la impunidad, y el “villano de la película” será, para la prensa y la opinión pública, el juez que disponga la exclusión probatoria. Las garantías serán caracterizadas entonces como obstáculos absurdos que consagran la impunidad, como tecnicismos o formalismos con los que se solazan los teóricos de gabinete. Y en realidad, el responsable será -en la mayoría de los casos- el funcionario policial que por ignorancia, exceso de celo en su afán de perseguir el delito o por corrupción, transgrede la ley. El juez se

<sup>44</sup> Para ampliar acerca de esta cuestión central del proceso penal, además de la bibliografía que se citará en las notas de este apartado, puede consultarse: JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; CAFFERATA NORES, José I. y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, sexta edición, Bs. As., LexisNexis, 2008; CAVALLERO, Ricardo Juan, *Justicia criminal. Debates en la Corte Suprema*, Bs. As., Editorial Universidad, 1997; FALCONE, Roberto A. y MADINA, Marcelo A. *El proceso penal en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, *Derecho y...*, op. cit., ps. 45-46.

<sup>46</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2009, p. 182.

<sup>47</sup> SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, IV, 4, 1.

limitará a poner las cosas en su lugar, a cumplir con el mandato del constituyente y del legislador, a ejercer la coherencia normativa que lleva a que no se pueda utilizar la información ilícitamente obtenida.

Sostiene Andrés Ibáñez<sup>48</sup> que la lesión de derechos fundamentales del imputado en la obtención de una fuente de prueba es algo que, con mayor grado de probabilidad, acaecerá en el marco de las intervenciones de la policía, donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento, por la habitual falta de transparencia, la unilateralidad de la actuación y su conocida incisividad. Esto lleva -creemos- a un punto crucial de la cuestión: la necesidad de contar con una policía más capacitada en técnicas de investigación y normas procesales, y con más y mejores recursos tecnológicos.

Afirma Guariglia<sup>49</sup> que frente a la adquisición -no autorizada- de prueba por parte de la persecución penal, los jueces no tienen otra opción que rechazar su admisibilidad o valorabilidad. Si no lo hacen y, en cambio, convalidan la acción estatal irregular mediante el reconocimiento de efectos jurídicos -valorabilidad de la prueba-, los jueces "crean" una norma de injerencia para el caso concreto distinta a la prevista por el legislador. Y agrega más adelante que "los jueces carecen de legitimidad democrática para determinar los casos y condiciones bajo las cuales se debe otorgar a la persecución penal una facultad de injerencia en la esfera de derechos de los ciudadanos".

La expresión "prohibiciones probatorias" proviene de la traducción de la palabra alemana *beweisverbote* que Beling acuñara a principios del siglo XX<sup>50</sup>. Sin embargo su mayor desarrollo se produjo en el mundo anglosajón, con la llamada "regla de exclusión", y ha sido significativa su influencia en los países que han seguido el sistema procesal continental europeo.

Sostiene Guariglia<sup>51</sup> que tanto la tradición jurídica europeo-continental como la angloamericana contienen normas relativas a la inadmisibilidad e invalorableidad de prueba irregularmente adquirida o incorporada. La tradición angloamericana define dichas normas o reglas en forma de deberes positivos: mandato de exclusión de la prueba. La tradición europeo-continental las define más bien en términos negativos: prohibición de valorar la prueba irregularmente adquirida o incorporada.

En Estados Unidos la regla de exclusión fue elaborada jurisprudencialmente por la Corte Suprema Federal, y luego tuvo recepción legislativa y fue aceptada por los tribunales estatales<sup>52</sup>. En el plano argumentativo se basó en el efecto disuasorio, es decir, disuadir futuras violaciones de derechos fundamentales del imputado por parte de las fuerzas policiales, eliminando el incentivo para continuar con esas prácticas; y la integridad judicial, esto es, que de refrendar esas prácticas abusivas los tribunales se convertirían en una especie de cómplices o encubridores de las mismas.

Precisamente, nuestra jurisprudencia<sup>53</sup> ha aludido al fundamento ético y al utilitario. El primero en cuanto la administración de justicia no puede aprovechar o ser beneficiaria de un acto que la propia ley del Estado declara ilegítimo. El fundamento utilitario, docente o ejemplificador, se basa en razones disuasivas para desalentar a los órganos de persecución en el empleo de prácticas ilegítimas.

Sin embargo, esta postura no ha estado exenta de críticas y cuando apareció fue resistida en Estados Unidos, puesto que fue alumbrada por jueces liberales ejerciendo lo que da en llamarse "activismo judicial", por más que resulta incontrovertible su raíz constitucional. Se ha señalado que entorpece la acción de la justicia y

<sup>48</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y...*, op. cit., p. 190.

<sup>49</sup> GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 199.

<sup>50</sup> BELING, Ernst, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, 1903, reimpr. 1968.

<sup>51</sup> GUARIGLIA, *Concepto...*, op. cit., p. 35.

<sup>52</sup> Se ha considerado que la *exclusionary rule* comenzó en Estados Unidos con el caso "Weeks vs. U.S." de 1914; dada la importancia del precedente en ese sistema jurídico merecen citarse también: "Wolf vs. Colorado" de 1949 y "Mapp vs. Ohio" de 1961. Los fundamentos constitucionales de la regla de exclusión radican, en especial, en la cuarta, quinta, sexta y décimocuarta enmiendas referidas a los derechos a no sufrir registros y confiscaciones irrazonables; a no declarar contra uno mismo; a estar asistido por un letrado, y a un debido proceso.

<sup>53</sup> Cámara Crim. y Corr. Fed., Sala I, "Monticelli de Prozillo" del 10/08/84. Un señero y remoto precedente de la CSJN, que no fue seguido por mucho tiempo, es el caso "Charles Hnos." (Fallos, 46: 36, de 1891) en el que no se admitió la incorporación al proceso de unos papeles. El Alto Tribunal los declaró inadmisibles al ser obtenidos mediante una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, invocando el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales. Otros fallos de la CSJN ineludibles en esta cuestión: "Montenegro" del 10/12/81; "Fiorentino" del 27/11/84; "Rayford" del 13/05/86; "Francomano" del 19/11/87.

GUARIGLIA (*Concepto...*, op. cit., p. 37-102) luego de analizar las distintas teorías acerca de las prohibiciones probatorias, concluye que ninguna de ellas ofrece una fundamentación satisfactoria. No obstante, sostiene que "la 'legitimación a través del procedimiento' entendida como la realización de un procedimiento correcto para la verificación de culpabilidad e imposición de una pena, constituye un pilar fundamental del sistema penal del Estado de Derecho, que no puede ser desatendido por los órganos de la persecución penal".

favorece la impunidad al declarar inutilizables pruebas que, en ocasiones, resultan concluyentes, y que la sociedad paga un alto precio por la conducta de alguno de sus agentes estatales. Se indica que no hay prueba de que tenga efecto disuasorio de futuras irregularidades, y que se afecta a las víctimas. Por ello, se propone castigar en los planos civil, penal y disciplinario al agente que cometió la ilicitud, pero utilizar el producto probatorio<sup>54</sup>.

Como una derivación y consecuencia lógica de la *suppression doctrine*, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado la doctrina del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*) que extiende o comunica los efectos de la exclusión a las pruebas derivadas de aquellas obtenidas con afectación de garantías constitucionales. De tal manera, una pericia sobre un objeto secuestrado en un allanamiento ilegal caería; al igual que la incautación de un elemento obtenido merced a una confesión bajo apremios<sup>55</sup>.

Dada la notoria impopularidad de las exclusiones probatorias y sus consecuencias, los tribunales han ido elaborando excepciones a la regla principal. No es posible analizar aquí esta cuestión, baste señalar que en nuestra opinión si bien algunas resultan admisibles por aparecer como razonables, y en consonancia con el sentido común y jurídico, se deberá ser prudente para evitar que se desnaturalice la regla de exclusión y la mentada directriz se convierta en una *rara avis*. Respecto a las excepciones a la regla de exclusión podemos mencionar la de buena fe (*good faith exception*), de tacha (*impeachment exception*), del error inocuo (*harmless error exception*).

En cuanto a las excepciones a la doctrina del fruto del árbol envenenado, se pueden citar la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*), de la conexión atenuada (*attenuated connection doctrine*), del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery exception*)<sup>56</sup>.

Esta línea que podríamos llamar de relativización de la regla de exclusión que comenzó en Estados Unidos en la era Nixon se fue profundizando en los últimos tiempos al calor de la ideología de *law and order*, y en la actualidad se puede decir que la aplicación de la regla de exclusión es sumamente restringida, al compás del fenómeno del terrorismo y del ataque que hace una década sufriera Estados Unidos en su propio territorio.

Se fue dejando de lado la caracterización de garantía constitucional protectora de derechos fundamentales y poniendo énfasis en los límites a la labor policial que no se consideran absolutos sino ponderables en cada caso; se erige el efecto disuasivo en la razón de ser del sistema, debiendo hacerse un balance (*balancing test*) para determinar que el rechazo de la prueba pueda disuadir eventuales y futuros comportamientos ilícitos por parte de las fuerzas policiales.

En recientes sentencias, la Corte Suprema de Estados Unidos parece confirmar el declive de la regla de exclusión, permitiendo valorar pruebas ilícitas, sancionando a los agentes de policía, con el argumento de que en la actualidad las fuerzas de seguridad tienen un mayor grado de profesionalización, por lo cual se enerva el *deterrent effect*. Pareciera que en la lucha contra el terrorismo los tribunales no están dispuestos a poner obstáculos, sino más bien a favorecer la actividad policial, lo cual lleva a limitar significativamente el ámbito de aplicación de la *exclusionary rule*<sup>57</sup>.

Pero estas capitulaciones antigarantistas no sólo ocurren en el mundo anglosajón. Sostiene Muñoz Conde que cada día se producen más decisiones judiciales que evaden las dificultades probatorias y se elaboran teorías que cuestionan o debilitan en parte las estrictas prohibiciones probatorias, incluso las derivadas de la práctica de la tortura, principalmente en casos de terrorismo y delincuencia organizada. De allí que se pueda hablar de un "Derecho Procesal Penal del enemigo"<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Respecto a estos argumentos y sus contra-argumentos véase: CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, quinta edición, Bs. As., Hammurabi, 2006, ps. 308-314.

<sup>55</sup> Esta doctrina ya se vislumbra en ciertos pasajes del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos dictado en el caso "Silverthorne Lumber Co. vs. U.S." de 1920. Se reafirmó y se elaboró en forma más definida en "Nardone vs. U.S." de 1937.

<sup>56</sup> Respecto a los descubrimientos accidentales o casuales y a la teoría del descubrimiento a simple vista (*plain view doctrine*), véase: TAPIA, Juan F., "Descubrimientos accidentales en el curso de un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones. El problema de los hallazgos casuales ¿o 'causales'?", en *Revista de Derecho Penal* 2002-2, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 669 y ss.

<sup>57</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso "Hudson vs. Michigan" y el ocaso de la *exclusionary rule* en los EEUU", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5/2008, Bs. As., Lexis Nexis, ps. 731-742. AGUILERA MORALES, Marien, "Regla de exclusión y acusatorio", en *Proceso penal y sistemas acusatorios*, BACHMAIER WINTER, Lorena (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2008, ps. 73-108.

<sup>58</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*, Bs. As., Hammurabi, 2008, ps. 29 y 30. Dice este autor que el propio JAKOBS consideró que una de las características del "Derecho Penal del enemigo" es la limitación y reducción de las garantías y derechos fundamentales del imputado en el proceso penal (en su artículo "La ciencia penal ante los retos del futuro", trad. de Teresa Manso, en Eser-Hassemer-Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), 2004,

En la misma dirección, Andrés Ibáñez<sup>59</sup> critica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en lo que llama todo un ejercicio de prestidigitación judicial y jurídica al relativizar la exclusión probatoria, exigiendo que entre la prueba matriz y la prueba refleja exista una conexión causal y una conexión jurídica, cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, **directa o indirectamente**, violentando los derechos o libertades fundamentales” (art. 11.1).

Volviendo a la exclusión probatoria, es necesario señalar que consecuencia de lo expuesto es que al elemento se lo excluye de valoración, se lo expulsa del proceso, resultando absolutamente ineficaz, extendiéndose -en su caso- la ineficacia a otros elementos que surjan de aquella ilicitud original<sup>60</sup>.

El art. 211 del CPP establece: “Exclusiones probatorias. Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales”. Lo que carece de eficacia es tanto la actividad como el producido de esa acción. Esta norma, con toda claridad consagra la exclusión de la prueba obtenida por métodos ilícitos, en consonancia con el principio de libertad probatoria, esto es, que todo se puede probar por cualquier medio, no sólo con aquellos regulados en el digesto adjetivo, siempre que no supriman garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional (art. 209 del mismo código).

Sin embargo, el art. 211 del rito bonaerense no parece aceptar, al menos expresamente, la doctrina del fruto del árbol envenenado como sí lo hace el código cordobés<sup>61</sup>. No obstante la falta de consagración expresa, la mentada doctrina se ha considerado prevista en la norma. Así, Bertolino<sup>62</sup> la considera implícita. Granillo Fernández y Herbel<sup>63</sup> entienden que la extensión de la ineficacia de la prueba ilegal surge por analogía de la norma del art. 207 del rito, en cuanto extiende la nulidad a los actos conexos que dependan del acto anulado.

Debemos advertir que dado que las garantías no pueden operar en contra de aquel a quien deben proteger (art. 1 *in fine* del CPP), si lo obtenido por un acto ilícito de los investigadores favorece al imputado entonces sí podrá resultar válido<sup>64</sup>, como por ejemplo si se emplea coacción o promesas indebidas para que el sospechoso declare y éste, si bien admite haber matado, se coloca en una situación de legítima defensa.

Finalmente, deseamos señalar que a pesar de los retrocesos a los que aludiéramos precedentemente en esta materia, resulta auspicioso que no obstante que el régimen probatorio de los tribunales penales internacionales suele ser flexible, con amplias facultades de los juzgadores<sup>65</sup>, se haya incluido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional una norma que prescribe la inadmisibilidad de prueba ilegítimamente adquirida. Ello

p. 53 y ss. esp. 59 y ss.). La expresión Derecho Procesal Penal del enemigo la atribuye MUÑOZ CONDE a Guillermo PORTILLA CONTRERAS, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, 2008, ps. 208-266.

<sup>59</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y...*, *op. cit.*, ps. 194-205.

<sup>60</sup> Sostiene el Tribunal Supremo español que “...cuando se hace referencia a la supuesta ‘nulidad’ de ciertas pruebas se utiliza una terminología propia de la teoría de los actos jurídicos que, en verdad, hace referencia a un fenómeno que no reúne las notas conceptuales de las nulidades de los actos o negocios jurídicos. Por el contrario se trata de la cuestión de si una prueba puede ser valorada en el proceso o si, por la forma de su obtención o por otra circunstancia, existe respecto a ella una prohibición de valoración” (sent. del 8/05/97, cit. por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *EL concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Madrid, Barcelona, Ed. Bosch, 1999, ps. 92-93).

<sup>61</sup> El art. 194 del CPP de la Provincia de Córdoba dispone: “Exclusiones probatorias. Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”. Esta disposición se encuentra alineada con la Constitución de Córdoba, reformada en 1987, en cuanto quitara eficacia probatoria a todos aquellos actos que vulneren las garantías reconocidas por ella (art. 41).

<sup>62</sup> BERTOLINO, Pedro J., *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado con jurisprudencia provincial*, novena edición, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 395.

<sup>63</sup> GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor M. y HERBEL, Gustavo A., *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado*, Bs. As., La Ley, 2009, tomo II, p. 473. Por su parte, el TCP PBA, Sala I ha entendido que la teoría del “fruto del árbol envenenado” es receptada por el art. 211 del ritual penal (causa 12.187, RSD-119-4, sent. del 16/03/04).

<sup>64</sup> MAIER, *Derecho...*, tomo I, *op. cit.*, p. 667. GUARIGLIA, *Concepto...*, *op. cit.*, ps. 199-200.

<sup>65</sup> Se ha sostenido que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, luego de haber adoptado en su primera fase un modelo procesal cercano al sistema acusatorio, mutó a una modalidad que presentaba elementos del acusatorio e inquisitivo que se ha denominado sistema del tribunal gerencial, en el que el proceso penal es concebido como un mecanismo gerenciado por el tribunal con la colaboración de las partes, cuyo objetivo es dar la más rápida resolución posible a los casos. Se trataría de un rol activo de los jueces pero no para desentrañar la verdad sino para agilizar y simplificar el proceso (LANGER, Máximo, “El sistema del tribunal gerencial en el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Bs. As., Editores del Puerto, 2005, p. 671 y ss.).

significa que existe consenso entre las distintas culturas jurídicas en cuanto a la necesidad de proteger la corrección de los procedimientos en la obtención del material probatorio, aun en casos de graves hechos (crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio) que afectan a la comunidad internacional<sup>66</sup>.

## IX. COLOFÓN

Los principios, derechos y garantías que informan el proceso penal constituyen la estructura del debido proceso en clave constitucional, el reglamento del juego a que deberán ajustarse los sujetos intervinientes bajo la atenta mirada escudriñadora del juez. Se trata, entre otras cosas, de establecer controles de calidad respecto a la prueba de cargo, evitar que se “plante” evidencia y preservar ámbitos de privacidad e intimidad; en síntesis, adoptar los recaudos necesarios para que no se condene a un inocente o a alguien a quien no se le acredite su culpabilidad con plena certeza y fuera de toda duda razonable. En todos los casos estará en juego la dignidad de la persona. Como ya señaláramos, citando a Ferrajoli<sup>67</sup>, no se puede castigar a un ciudadano sólo porque ello corresponda a la voluntad e intereses de la mayoría.

Si los agentes estatales se apartaran de esas reglas, deberán existir consecuencias concretas, traducibles en nulidades o exclusiones probatorias. Ello para que los derechos no sean de papel o ficticios, y las garantías funcionen eficazmente; y para que la Constitución no sea un adorno superfluo, sino la Ley Fundamental del Estado de Derecho, que nos resguarde del abuso de poder y de la arbitrariedad, en un marco ético, logrando el equilibrio entre la libertad y una convivencia razonablemente segura y pacífica.

---

<sup>66</sup> GUARIGLIA, *Concepto,...*, *op. cit.*, ps. 211-247 y 249-250. El inc. 7 del art. 69 del Estatuto de Roma establece: “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación al presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”.

<sup>67</sup> Ver nota 22.