

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

ALEJANDRO D. CARRIO

Garantías constitucionales en el proceso penal

3ª edición actualizada y ampliada

Innovaciones incluidas en la ley 23.984. Análisis dogmático y jurisprudencial

Defensa en juicio y debido proceso — Empleo de agentes encubiertos — *Reformatio in pejus* — Detención de personas (*habeas corpus*) — Exclusión de prueba obtenida ilegalmente — Inviolabilidad del domicilio y papeles privados. Otras áreas de intimidad — Declaración contra uno mismo — Garantía a contar con un abogado defensor — Garantía contra el doble juzgamiento — Rango constitucional de la excarcelación y de la eximición de prisión — Presunción de inocencia — Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la rapidez del proceso penal.

Colaboración de GUILLERMO GARAY



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

GARANTIAS CONSTITUCIONALES
EN EL PROCESO PENAL

3ª edición actualizada y ampliada

Primera edición, 1984
Segunda edición, 1990
Primera reimpresión, 1991
Tercera edición, 1994

© *Copyright by*
EDITORIAL HMMURABI S.R.L.

Talcahuano 481 - 4º piso.
1013 - Buenos Aires.
Tel.: 382-3586.
Fax: (54-1) 382-4745.

Impreso en agosto de 1994
en los talleres gráficos
"Benavent Hnos. S.A.I.C.",
Aldecoa 965, Avellaneda,
provincia de Buenos Aires.

Hecho el depósito de ley 11.723.
Derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial.

Impreso en Argentina.
Printed in Argentina

ISBN 950-9079-25-1 - rústica

ALEJANDRO D. CARRIO

GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

3ª edición actualizada y ampliada

***Innovaciones incluidas en la ley 23.984.
Análisis dogmático y jurisprudencial***

Defensa en juicio y debido proceso — Empleo de agentes encubiertos — *Reformatio in pejus* — Detención de personas (*habeas corpus*) — Exclusión de prueba obtenida ilegalmente — Inviolabilidad del domicilio y papeles privados. Otras áreas de intimidad — Declaración contra uno mismo — Garantía a contar con un abogado defensor — Garantía contra el doble juzgamiento — Rango constitucional de la excarcelación y de la eximición de prisión — Presunción de inocencia — Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la rapidez del proceso penal.

Colaboración de GUILLERMO GARAY



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA / EDITOR

*A mi padre
por su constante ejemplo*

NOTA PRELIMINAR

Durante el año académico 1981/1982 obtuve una beca del Paul M. Hebert Law Center de la Louisiana State University, la cual me permitió realizar estudios de posgrado en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí fui sometido —en toda la extensión de esta palabra— a un intenso programa de cursos, investigación individual y reuniones con profesores de esa casa de estudios, como requisitos para aspirar a obtener el grado de *Master of Laws*. Como colofón de ese programa debí escribir una tesis que significara, según se me explicó, una “contribución original” para el estudio del Derecho en aquel país.

Teniendo en cuenta el interés que el Derecho Comparado despierta como disciplina en los Estados Unidos no es de extrañar que, pese a mi sorpresa inicial, un trabajo que describiera con propósitos comparativos aspectos del sistema de Justicia Criminal de nuestro país cumpliría, al menos desde el punto de vista formal, con el requerimiento aludido.

Este libro es, en buena medida, la adaptación de esa tesis a los fines de su publicación entre nosotros. De la versión original aparecida en los Estados Unidos opté por

realizar algunos cambios o innovaciones. Así, he omitido aquí una serie de consideraciones generales que debí formular a mis colegas norteamericanos, a fin de facilitarles la comprensión de un sistema que, como el nuestro, se les presenta en muchos casos como extraño a sus principios y tradiciones. Además, en esta versión castellana consideré necesario ahondar en el análisis del funcionamiento de las garantías constitucionales examinadas, ya que el esquema genérico utilizado al escribir aquella tesis hubiera resultado para los hombres de derecho de nuestro país de una superficialidad inadmisibles. Por último, opté también por suprimir aquí ciertas reflexiones sobre las críticas a que es sometido el procedimiento penal norteamericano, dado que su inclusión hubiese obligado a una explicación previa sobre el esquema general del sistema de Justicia Criminal en ese país, ajeno al propósito de este libro.

No quiero concluir estas palabras iniciales, sin reiterar mi agradecimiento a las autoridades del Paul M. Hebert Law Center de la Louisiana State University, y en especial a los profesores George W. Pugh, Saul Litvinoff, Joseph T. Bockrath y Cheney C. Joseph, por el constante apoyo recibido y por su invalorable aporte crítico durante todo mi programa de estudios. Si el presente libro logra despertar en algo el interés del lector, ello se debe mucho más a la influencia de aquéllos que a posibles méritos propios.

Alejandro D. Carrió

PROLOGO A LA TERCERA EDICION

Es con profunda satisfacción que escribo este prólogo a la tercera edición de un libro que publiqué hace ya unos cuantos años. Varias razones hicieron que para esta edición incluyera algunas modificaciones o alteraciones al esquema tenido en cuenta para las dos anteriores. Por lo pronto, la aparición de un nuevo Código de Procedimientos en el orden nacional tornó imperioso adaptar aquellos pasajes que hacían mención al régimen derogado. Con relación al nuevo Código el lector encontrará, sin mayores pretensiones de profundidad, una breve descripción de las normas que más vinieron a innovar respecto del régimen anterior.

La aparición de numerosos casos nuevos, además de forzar su inclusión, me persuadió de la conveniencia de aumentar la cantidad de títulos y subtítulos. Espero que eso facilite la búsqueda del lector de los temas que le interesen, y que además ayude a eximirlo de leer aquéllo que no le interese.

También creí necesario incluir, como capítulo autónomo, uno dedicado al análisis de la regla de exclusión de prueba obtenida de modo ilegal. Ese análisis compone el actual Capítulo V, en el que se explican los alcan-

ces y orígenes de una regla que, en el escaso tiempo que lleva de vida, ha provocado encendidas críticas y no pocas polémicas. Es mi esperanza que el material que allí incluyo ayude a clarificar la razón de ser de una regla que, en mi opinión, no hace más que asegurar que la Constitución signifique algo adicional a un conjunto de lindas declamaciones.

El resto, con los agregados que el lector encontrará en cada caso, responde al esquema inicial con el que este libro nació una década atrás. Me he preocupado sí por no ser tan terminante en varias de las afirmaciones que escribí cuando suponía que con frases tajantes era posible disimular ciertas inseguridades. La creciente aparición de expresiones tales como “creo”, o “me parece”, tienen ese confesado propósito.

Para la clasificación e incluso la redacción de partes del material nuevo incluido en esta edición, conté con la muy valiosa ayuda de Guillermo Garay. Le agradezco profundamente su entusiasmo y su espíritu de colaboración.

Para la tarea mucho más árida de leer manuscritos, corregir pruebas y tolerar cambios sin dar muestras de fastidio, tuve la suerte de poder contar con Ana Tabanera. Ella debe ser la única persona más contenta que yo de que la actualización de este libro haya terminado.

Alejandro D. Carrió

PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

Para mi sorpresa, la primera edición de este libro se agotó. La gentil presión de José Luis Depalma, director de la Editorial Hammurabi, y el hecho de que hubiesen aparecido en años recientes varios pronunciamientos trascendentes en el área de las garantías constitucionales en el juicio penal, me llevaron a embarcarme en la tarea de una actualización. Eso es lo que el lector encontrará aquí. Una segunda edición actualizada. En relación con ello, quiero destacar algunas pocas cosas.

No sé si atribuible a honestidad intelectual o más bien a pereza, creí conveniente respetar en la medida de lo posible la estructura y objetivos de la primera edición. Vale decir, no me pareció ético intentar mejorar el libro anterior. (Además, tampoco sé si hubiera podido hacerlo). Este sigue siendo, fundamentalmente, un trabajo de descripción de resoluciones judiciales, seguido en algunos casos, de intentos de críticas o contribuciones personales. Pero en él sigue estando ausente, y me hago cargo de ello, un estudio serio de los diversos institutos procesales que dan marco a las resoluciones judiciales que incluyo.

La aparición de numerosos casos tanto en el área del *habeas corpus*, como en la de la excarcelación de los procesados, me llevó a agrandar esas secciones, e incluso en el caso de la excarcelación, a destinarle un capítulo por separado. La distribución restante de los capítulos y párrafos sigue siendo la misma, básicamente porque no encontré ninguna razón valedera para cambiarla.

Los casos nuevos que el lector encontrará con relación a la primera edición han implicado, la mayoría de las veces, cambios saludables en la jurisprudencia de la Corte, y por directa repercusión, en la de los tribunales inferiores. Desde mi perspectiva, la Argentina es un país que hoy revela un apego mucho mayor a las garantías de los habitantes que el que era dable observar en períodos anteriores de nuestra historia. Eso, desde ya, me reconforta. Si los cambios percibidos en nuestra jurisprudencia —especialmente en el área de los allanamientos domiciliarios y en la adopción de la regla de exclusión de prueba ilegal— han sido de alguna manera provocados por las críticas que dirigí a los criterios restrictivos que antes imperaban, realmente no lo sé. Pero al menos me satisface ver que esas críticas no eran desatinadas, o por lo menos no lo son para los miembros de nuestro Alto Tribunal. Es cierto que, desde mi óptica, todavía faltan cosas por hacer para convertir a las garantías de la Constitución en lo que ellas deben ser —efectivas barreras contra el potencial abuso del poder público— pero, fuerza es reconocerlo, los cambios han sido en la buena dirección. Aspirar a más, sin embargo, no me parece inapropiado. No sé si alguna vez se está definitivamente a salvo de los autoritarismos.

Alejandro D. Carrió

PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

Cuando se examinan comparativamente las normas de la Constitución Argentina y la de los Estados Unidos en materia de derechos y garantías individuales se encuentra una similitud sustancial. Pero cuando el estudio se extiende a la interpretación dada por los tribunales a esas normas, se notan perceptibles diferencias. En los Estados Unidos, los tribunales, empezando por la Suprema Corte Federal, no han trepido en sostener una interpretación amplia y generosa de esas normas, prefiriendo proteger las libertades individuales de los habitantes aun a riesgo de una potencial perturbación del orden y la seguridad general. Frente al dilema que suele surgir entre el valor de la libertad individual, por un lado, y el de la seguridad y el orden por el otro, la Suprema Corte de los Estados Unidos se ha inclinado decididamente en favor de la libertad. No puede afirmarse lo mismo de nuestro máximo Tribunal. La conclusión central de la investigación de Alejandro Carrió se vincula con este punto. Nos dice en su Epílogo:

“...adhiero firmemente al criterio de que valores como los establecidos en la Sección de Declaraciones, Dere-

chos y Garantías de la Constitución Nacional deben ser respetados en forma prioritaria. De lo contrario, [...] habremos de convertir a nuestro país, tal vez, en un lugar con bajo índice de criminalidad, pero a costa de hallarnos todos los habitantes —criminales o no— a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión. Esto último representa, y aquí no creo discrepar con ninguno, un precio excesivamente alto a pagar por ello. Las garantías que he examinado en este trabajo están allí, aguardando, en el texto de la Constitución. Es sólo cuestión de aplicarlas”.

El criterio interpretativo y valorativo del autor, traducido en las palabras recién transcritas, preside el esfuerzo expositivo, crítico y sistemático efectuado por Alejandro Carrió en este volumen. En él se examina la actitud de la Corte Suprema de Justicia Nacional respecto de quienes reclamaron su intervención para hacer efectivas, en procesos penales, las garantías y los derechos individuales reconocidos en el texto constitucional. A lo largo de todo el libro, un tema es recurrente: la aparición, expresa o implícita, de criterios jurisprudenciales restrictivos o limitativos en la aplicación de los textos constitucionales.

Las fórmulas normativas empleadas por el Constituyente argentino son amplias y muy generales, susceptibles, por ello mismo, de variadas interpretaciones. De ahí la importancia de su significación específica en los casos resueltos por los Tribunales. Esa jurisprudencia permite ganar una idea concreta del valor de las palabras utilizadas en la redacción del texto constitucional. Bien decía el Obispo Hoadly que verdadero legislador no era quien pronunciaba las palabras de la ley por vez primera, sino quien las pronunciaba de un modo decisivo y final. Algo parecido sostenía el juez Charles Evans

Hughes al sostener que la Constitución de los Estados Unidos dice lo que los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos dicen que ella dice.

El presente mensaje de Alejandro Carrió es sencillo, directo y estimulante: las palabras habladas por el Constituyente en 1853 han sido habladas por la Corte Suprema de Justicia Nacional con parquedad, con una cierta mezquindad normativa. No todo cuanto se pudo hablar en favor de la libertad del individuo involucrado en un proceso penal ha sido hablado. El autor alienta la esperanza de que nuestro más Alto Tribunal diga en favor de la libertad del habitante, cuanto los textos de nuestra Constitución le permiten decir.

La presente investigación gira alrededor de la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia Nacional a las garantías constitucionales de la libertad en el proceso penal. Con sano criterio y fina intuición de la realidad, el autor ha preferido adoptar el punto de vista práctico y realista de la experiencia tribunalicia para examinar el sentido y alcance de esos derechos y garantías. Ha prescindido de las elaboraciones abstractas de la doctrina, para concentrarse en el fruto histórico de la experiencia jurisprudencial. Alejandro Carrió se suma así al núcleo cada vez mayor de juristas cuyo centro de interés se ha desplazado desde la concepción dogmática y conceptual del Derecho hacia el mundo rico y sugerente de la experiencia de los jueces.

El autor, apelando a precedentes sentados por la Suprema Corte de los Estados Unidos, señala posibles caminos de desarrollo jurisprudencial de los textos de nuestra Constitución para dar a los habitantes de nuestro país una más efectiva protección frente a los riesgos inherentes a todo monopolio de la fuerza, así sea el monopolio del Estado. Porque los actos del Estado son ac-

tos de hombres de carne y hueso sujetos a las deficiencias y las limitaciones típicas de la condición humana. El examen comparado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional de la República Argentina y de la Suprema Corte de los Estados Unidos permite comprobar la mayor amplitud y generosidad de ésta en la aplicación de las garantías constitucionales de la libertad. Los Estados Unidos han garantizado a sus habitantes por la acción de sus jueces un grado admirable de libertad, aun a expensas del orden y la seguridad. Si la experiencia socio-política ayuda a valorar las instituciones jurídicas, debe reconocerse que los Estados Unidos han ganado fortaleza y enriquecimiento espiritual porque los jueces de su más alto Tribunal aceptaron correr los riesgos de la libertad.

Con este libro se hace presente en la Teoría Constitucional argentina un joven jurista, quien, bien entrenado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sintió la necesidad de ganar la riqueza de perspectiva que da el Derecho Comparado. Así enriquecido su espíritu, Alejandro Carrió nos brinda un excelente volumen expositivo, crítico y valorativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional en materia de protección de la libertad individual en el proceso penal. Su lectura será muy útil para todos quienes se interesen por conquistar una visión realista de la materia, identificando los límites puestos al juego de la garantía de la libertad por los jueces de nuestra Corte Suprema y las vías por las cuales esos límites podrían ser reducidos en beneficio de los habitantes de nuestro país.

Alejandro Carrió nos entrega una obra rica en sugerencias y de noble inspiración.

Julio C. Cueto Rúa

INDICE GENERAL

<i>Nota preliminar</i>	9
<i>Prólogo a la tercera edición</i>	11
<i>Prólogo a la segunda edición</i>	13
<i>Prólogo a la primera edición</i>	15

CAPITULO I

INTRODUCCION

.....	29
-------	----

CAPITULO II

GENERALIDADES

1. Garantías constitucionales y protección judicial. Limitaciones	39
2. El requisito de la sentencia definitiva	40
3. Excepciones al recaudo de sentencia definitiva	43
3.1. Casos de restricción al derecho de defensa	43
3.2. Cuestionamiento de la jurisdicción del tribunal y casos de recusación	43
3.3. Sobreseimiento provisional equiparable a sentencia definitiva	44

3.4. Auto de prisión preventiva equiparable a sentencia definitiva	45
3.5. Casos varios	47
4. Las “cuestiones procesales”. Cuestión procesal v. cuestión federal	48
5. Algunos criterios generales enunciados por la Corte ..	52
5.1. Las etapas básicas del proceso penal	52
5.2. Decisiones de tribunales administrativos. Necesidad de recurso judicial	53
5.3. Irrevisabilidad de decisiones adoptadas durante la Instrucción	56
5.4. El querellante, el Fiscal y el recurso extraordinario	58
5.5. El prófugo y el recurso extraordinario. Excepción en caso de eximición de prisión	61
5.6. Proceso penal y potestad jurisdiccional	62

CAPITULO III

LA GENERICA GARANTIA DE LA DEFENSA EN JUICIO

1. Formulación constitucional	65
2. Sanciones impuestas sin dar audiencia previa u oportunidad para producir pruebas	66
3. Entorpecimiento del derecho de defensa	70
4. Violación al principio de congruencia	71
5. Privación de justicia	73
6. Identificación en rueda de presos	76
7. Empleo de agentes encubiertos	79
7.1. El caso “Fiscal v. Fernández”	79
7.2. Criterios que surgen del caso precedente	82
8. “Reformatio in pejus” en causas penales	85
8.1. El principio general	86
8.2. ¿Cuándo falta recurso acusatorio?	89
8.3. ¿Cuándo hay agravación de pena?	92
8.4. Casos y principios complementarios	95
9. Los cambios de calificación	101

CAPITULO IV

DETENCION DE PERSONAS

1. Formulación constitucional	107
2. El instituto del "habeas corpus". Su funcionamiento ..	109
2.1. "Habeas corpus" y arrestos policiales	109
2.2. "Habeas corpus", cosa juzgada y competencia funcional	110
2.3. "Habeas corpus" y tribunales administrativos	119
2.4. "Habeas corpus" y limitaciones de procedimiento	125
2.5. "Habeas corpus" y tramitación previa	127
3. Detención por averiguación de antecedentes	130
3.1. Su formulación según el decreto-ley 333/58	130
3.2. La reforma por ley 23.950	133
4. Impugnación de decisiones relativas a la libertad de las personas por la vía del recurso extraordinario	136
5. Exclusión de la prueba obtenida en una detención ilegal. ¿Cuándo una detención es ilegal?	138

CAPITULO V

**EXCLUSION DE PRUEBA
OBTENIDA ILEGALMENTE**

1. Fundamentos de la regla de exclusión	151
1.1. Los primeros casos. Criterios expuestos	151
1.2. Críticas a la regla de exclusión	155
1.3. Posibles contra-argumentos	157
2. Los alcances de la regla de exclusión. Su posible invocación por terceros	162
2.1. La doctrina del "fruto del árbol venenoso"	162
2.2. La aplicación de esta doctrina en nuestro país	164
2.3. Invocando los derechos de terceros (y, al parecer, los propios): el caso "Rayford". Más sobre la regla de exclusión	169
3. Excepciones a la regla de exclusión	174
3.1. La existencia de una "fuente independiente"	174

3.2. Atenuación por hechos intervinientes. Los testimonios dotados de “voluntad autónoma”	177
3.3. Otras posibles excepciones	180
4. Desarrollos posteriores	182
4.1. Afirmación de los principios ya vistos	182
4.2. La carga de demostrar la trascendencia del agravio constitucional	183
4.3. El caso “Fiscal v. Fernández”. Un “dictum” preocupante	185
5. Fundamento normativo de la exclusión de prueba y oportunidad para su discusión	189

CAPITULO VI

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y PAPELES PRIVADOS. OTRAS AREAS DE INTIMIDAD

1. Formulación constitucional	197
2. Desarrollo de esta garantía	199
2.1. Primeros enfoques	199
2.2. Desarrollo posterior	202
2.3. La “reacción” de tribunales inferiores	206
2.4. La Corte vuelve sobre sus pasos: el caso “Fiorentino”	214
3. Consolidación (¿parcial?) de la garantía	217
4. El requisito de la orden judicial de allanamiento. Los recaudos de “precisión” de su contenido	221
4.1. Qué juez puede expedir la orden de allanamiento. Problemas de falta de fundamentación	223
4.2. Falta de fundamentación y oposición del morador	229
4.3. Ejecutando la orden de allanamiento. Extensiones a su objeto	230
5. Ejecutando una orden de captura, pero sin orden de allanamiento. El caso “Gordon” y las razones de urgencia para dispensar la orden	239

5.1. La excepción de la persecución	241
5.2. Este no fue un caso de exclusión de prueba ilegal	242
5.3. Relación con la inviolabilidad del domicilio. Razones de “urgencia” para dispensar la orden de allanamiento.....	243
6. El “consentimiento” a un ingreso domiciliario. Valor y requisitos.....	246
6.1. El principio general	246
6.2. Consecuencias de este criterio.....	248
6.3. Recapitulación	250
6.4. Recaudos del consentimiento. Quién puede prestarlo.....	252
a) Consentimiento prestado por detenidos. Ausencia de una regla abstracta	252
b) Quién puede prestar el consentimiento.....	255
c) Caracteres del consentimiento. Casos de autorización “tácita” y de contexto intimidatorio	256
6.5. El “consentimiento” en función de la expectativa de privacidad.....	258
7. Otras áreas de intimidad. Planteamiento del problema	260
7.1. La postura de la Corte. Casos sobre automóviles.	261
7.2. Criterios más amplios de otros tribunales. Cofres cerrados, cartas privadas y conversaciones telefónicas	264
7.3. Desarrollo de una teoría. La razonable expectativa de privacidad	266

CAPITULO VII

DECLARACION CONTRA UNO MISMO

1. Formulación constitucional	273
2. La garantía en el ámbito judicial.....	274
2.1. Declaraciones bajo juramento.....	274
2.2. Identificación en rueda de presos e intimación a entregar documentación.....	276
2.3. Testigo que declara falsamente para no inculparse.....	278

2.4. Exhortación al imputado a decir la verdad	279
2.5. No hacerle saber al imputado su derecho a negarse a declarar	282
3. La garantía en el ámbito extrajudicial	283
3.1. Las declaraciones policiales “espontáneas”. Interpretación inicial	283
3.2. Algunos criterios posteriores.....	287
3.3. El caso “Montenegro”.....	291
3.4. Evolución posterior.....	293
3.5. La situación a la luz del Código Procesal Penal vigente. Casos más recientes.....	300
3.6. Buscando un equilibrio.....	306
4. Inspecciones corporales y otras medidas de “utilización” del imputado	314
4.1. Los casos relevantes	314
4.2. Criterios y distinciones.....	319
4.3. Posibles soluciones	320

CAPITULO VIII

EL DERECHO A CONTAR CON UN ABOGADO DEFENSOR

1. Principios generales.....	327
1.1. Rango constitucional del derecho.....	327
1.2. Autodefensa e imposición de abogado defensor ...	328
1.3. Obligatoriedad de proveer defensor ante los tribunales de Alzada.....	329
1.4. Defensor en la instancia extraordinaria	332
1.5. El punto de arranque.....	335
1.6. Actuaciones posteriores a la sentencia definitiva	336
2. Funcionamiento de la garantía	336
2.1. Afirmación de la misma.....	336
a) Defensor separado de su cargo.....	336
b) La garantía en procesos contravencionales....	338
c) Restricciones durante el procedimiento	340
d) Casos complementarios	341

2.2. Limitaciones a la garantía.....	343
a) Civiles juzgados por tribunales militares.....	343
b) Defensor en sede policial. La situación en el nuevo Código Procesal Penal	344
c) La incomunicación de los detenidos. La situación al amparo del anterior Código de Procedimientos en materia Penal.....	347
2.3. La incomunicación en el nuevo Código Procesal Penal y el derecho a la entrevista previa	352
2.4. El requisito de la efectiva asistencia legal	359
a) El principio general.....	359
b) Casos de defensa inefectiva	360
c) Negligencia del abogado	362
2.5. Divergencias entre abogado y cliente ¿qué voluntad prevalece?	366
2.6. Algunas conclusiones.....	370
2.7. Casos preocupantes	373

CAPITULO IX

LA GARANTIA

CONTRA EL DOBLE JUZGAMIENTO

1. Rango constitucional de la garantía.....	379
2. Juzgamiento por un mismo hecho ante órganos judiciales y administrativos.....	383
3. Doble juzgamiento y cosa juzgada.....	384
4. Juzgamiento por separado de un único hecho.....	386
5. Reincidencia y prohibición de otorgar la libertad condicional.....	387
6. Nulidades y doble juzgamiento	390
6.1. El principio general.....	390
6.2. El caso "Weissbrod"	391
6.3. Límites a las potestades anulatorias. El caso "Mattei" y desarrollo de una teoría	394
7. Ultimos desarrollos.....	398

CAPITULO X

EXCARCELACION Y EXIMICION DE PRISION

1. El criterio inicial	403
2. La "raigambre constitucional" de estos institutos	404
3. Evolución posterior	409
4. Ultimos desarrollos.....	412
4.1. El requisito de la sentencia definitiva.....	412
4.2. El rango federal	414
4.3. ¿Qué les está vedado a los tribunales inferiores?	418
a) Invocaciones genéricas de que se intentará eludir la acción de la Justicia.....	418
b) Menciones genéricas sobre capacidad económica o conexiones internacionales.....	421
4.4. ¿Qué cosas sí podrían evaluar los tribunales inferiores?.....	422
a) El caso "Stancato"	422
b) Casos posteriores	426
4.5. Conclusiones	428
4.6. El transcurso del tiempo y el Pacto de San José de Costa Rica.....	429
4.7. Criterios restrictivos.....	431

CAPITULO XI

OTRAS DERIVACIONES**DEL DERECHO DE DEFENSA**

1. Presunción de inocencia	437
1.1. El principio general	437
1.2. Limitaciones y principios complementarios	440
2. El derecho a un pronunciamiento penal rápido	442
2.1. El principio general y los casos sobre nulidades..	442
a) El caso "Mattei"	442
b) Otros casos sobre nulidades.....	444
c) El caso "Mozzatti" y un remedio extremo	445
d) Casos complementarios	446

2.2. La prescripción como vía para obtener un pronunciamiento rápido.....	448
2.3. Limitaciones a los principios precedentes. Nulidades por vicios esenciales	450
2.4. Crítica de los criterios precedentes	454
2.5. Expansión de la garantía.....	456
<i>Epílogo</i>	459
<i>Bibliografía general</i>	461
<i>Índice temático</i>	465

CAPITULO I

INTRODUCCION

Este libro, como su título lo sugiere inequívocamente, trata de las garantías constitucionales en el proceso penal. En él he de examinar, preponderantemente, cuál ha sido la interpretación que nuestros tribunales —en especial la Corte Suprema de Justicia de la Nación— han dado a distintos pasajes de nuestra Constitución que rozan el campo del procedimiento penal. Sin embargo, y antes que el lector se haga excesivas ilusiones acerca de lo que puede encontrar en esta obra, permítase señalar lo siguiente:

- a) Este trabajo no es un libro de Derecho Procesal Penal. Quien busque en él contribuciones doctrinarias serias en el área del procedimiento penal, citas de autores locales o extranjeros o conceptos sobre la naturaleza jurídica de sus diversos institutos, se verá profundamente defraudado.
- b) El material con el que he de manejarme está dado, en su mayoría, por la colección de *Fallos* de la Corte Suprema de la Nación. En algunos casos ni siquiera he contado con el fallo completo, puesto que esa colección, y cada vez con mayor frecuencia, suele publicar sólo el sumario o resumen de

un pronunciamiento¹. En aquellos casos en que me ha parecido apropiado, he incluido además decisiones de tribunales inferiores. No pretendo con ello haber agotado la nómina de casos importantes resueltos por esos tribunales. Respecto de los fallos de la Corte, sí he tratado de incluir todos aquellos que consideré ilustrativos. Si ha quedado fuera de este libro alguno importante, esa falla me es enteramente imputable.

- c) Puesto que por razones constitucionales (art. 67, inc. 11), no existe un código de procedimientos penales único con vigencia en todo el país, el objeto de estudio ha sido el Código Procesal Penal para la Capital Federal y los tribunales federales. En relación con ello, se sabe, en el año 1992 entró en vigencia la ley 23.984 de implantación del juicio oral, derógandose así el régimen del anterior Código de Procedimientos en materia Penal (ley 2372). En la medida de mis posibilidades, he tratado de relacionar los principios básicos de ambos ordenamientos —el derogado y el vigente— con el funcionamiento de las garantías que componen este trabajo.

Habiendo señalado las limitaciones con que nace este trabajo, he de referirme ahora, con ligera inmodestia, a lo que considero sus aspectos positivos.

- d) Durante mucho tiempo, existió en la bibliografía nacional un considerable vacío respecto de los temas que voy a tratar más adelante. Al menos ese

¹ En ese caso, la cita correspondiente incluirá el signo —S—. Ello servirá para alertar al lector acerca de la dificultad de intentar conocer con mayor detalle los hechos y demás aspectos no comprendidos en el sumario.

vacío existía en relación con el enfoque que pretendo darles. En ese sentido, era dable apreciar en algunas obras de Derecho Constitucional o de Derecho Procesal Penal que tocan esta materia, una tendencia a destacar más bien cómo debían ser interpretadas las garantías a las que me referiré más adelante, en lugar de indicar el tratamiento que ellas recibían en la práctica por parte de nuestros tribunales. Creo que este libro, si algún mérito tiene, es el de ofrecerle al lector en ese aspecto un panorama realista.

En los últimos años, sin embargo, debe señalarse que la tendencia observada en los tribunales a hacerse cargo de —y eventualmente aceptar— planteos de índole procesal que antes eran sumariamente rechazados, ha llevado a que sean cada vez más los autores que se interesan por los temas que desarrollo en este libro².

² Para algunos trabajos tocando temas del tipo de los que aquí examinaré, cfr., Cafetzóglus, *Delito y confesión*; Carrió, G., *La Corte Suprema y las garantías constitucionales del imputado*, en “Revista Nuevo Pensamiento Penal”, 1977, año 6, nros. 13 y 14; *La garantía de la defensa en juicio durante la instrucción del sumario*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 1968, abr.-jun., n° 2; De la Rúa, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, LL, 1982-D-225; Ríos, *Las declaraciones del imputado y su valor probatorio*, JA, 1982-IV-686 y ss.; Spolansky, *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*, LL, 140-701; Maier, *Cuestiones sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*; *Derecho Procesal Penal argentino*; Domínguez - Virgolini - Annicchiarico, *El derecho a la libertad en el proceso penal*; González Novillo - Figueroa, *El recurso extraordinario en materia penal*; Bertolino, *El funcionamiento del derecho procesal penal*; Cafferata Nores, *El imputado*; *Medidas de coerción en el proceso penal*; Vázquez Rossi, *El proceso penal*; Maier, *Inviolabilidad de domicilio*, en “Doctrina Penal”, 1985, año 8, p. 59; Zaffaroni, *La excarcelación y el delito de contrabando agravado*, en

- e) En aquellas oportunidades en que lo consideré apropiado, he incluido algunas referencias ajenas al derecho argentino. Así, aunque en forma no muy sistemática, ofrezco a los fines comparativos algunos ejemplos de cómo aspectos que guardan cierta semejanza con los sometidos a nuestros tribunales, son tratados en Francia y los Estados Unidos de Norteamérica. La elección de estos dos países no es arbitraria. Nuestro esquema procesal penal, al menos durante la instrucción del sumario, guarda muchas analogías con el francés; mientras que si bien el procedimiento penal norteamericano es muy diferente³, es sabido que

“Doctrina Penal”, 1985, año 8, p. 285; D’Albora, *Apostillas sobre el recurso extraordinario en el proceso penal*, LL, 1987-C-786; *Defensa técnica y nulidad absoluta*, LL, 1987-D-477; Pessoa, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*; Bertolino, *Proceso penal y servicio de la justicia*.

³ Nuestro sistema, derivado de la Ley de Enjuiciamiento española, puede considerarse como formando parte de los llamados procedimientos “inquisitivos” utilizados en países de Europa continental, y cuya nota más característica consiste en atribuirle a un funcionario judicial la tarea de investigar delitos.

Se ha sostenido que las diferencias entre los sistemas inquisitivos del continente europeo y el utilizado en los países anglosajones provienen fundamentalmente de la distinta estructura de poder imperante en cada sistema, y de la actitud de los particulares frente a esa estructura de poder: desconfianza hacia el abuso de autoridad con el consiguiente afán de limitarla, en los anglosajones; preferencia por autoridad concentrada y cierta resignación a sus posibles abusos, en los sistemas inquisitivos. Para un ejemplo de estos conceptos, piénsese en la institución del juicio por jurados en boga en los Estados Unidos, de resultados del cual se confía a un grupo de legos la decisión final de contiendas judiciales sin estar aquéllos obligados a suministrar explicaciones o fundamento alguno de su decisión. Paralelamente, piénsese el recelo que una institución semejante provocaría en nuestros fiscales, querrelantes y jueces de instrucción. Para un profundo análisis comparativo de este tema, cfr., Damaska, *Structures of authority and comparative criminal proceedings*, 84 Yale Law Review, 480 (1975).

nuestros constituyentes se inspiraron en buena medida en la Constitución de esa nación. De tal manera, no es de sorprender que las garantías de nuestra Constitución y las que ofrece la Carta Magna de los Estados Unidos aparezcan en algunos casos formuladas en términos muy similares.

A los fines expositivos he dividido este libro en diversos capítulos, cada uno atinente a cada garantía que he considerado con autonomía suficiente. Al lector no se le escapará que muchas veces esa división puede parecer caprichosa. Así, por ejemplo, del pasaje contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional que habla de la inviolabilidad de la defensa en juicio, he extraído diversas derivaciones. A algunas les he adjudicado jerarquía autónoma, mientras que otras han sido destinadas a conformar el heterogéneo Capítulo II denominado "Generalidades". En otros casos, he hecho mención de una "genérica garantía de la defensa". En la medida en que esa subdivisión resulte útil para comprender el funcionamiento de nuestras garantías constitucionales en el proceso penal, la metodología utilizada habrá cumplido con sus propósitos básicos.

Por último, dentro de lo que llamo "proceso penal" muchas veces incluyo cuestiones relativas a procedimientos contravencionales, administrativos, imposiciones de multas, etc. No me he preocupado aquí por distinguir nítidamente unas categorías de otras. Ello, por cuanto considero que cualquier procedimiento que pueda conducir a una sanción de naturaleza represiva merece ser analizado a la luz de las garantías que nuestra Constitución ofrece a quien es afectado por esa sanción.

CAPITULO II

GENERALIDADES

1. *GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y PROTECCION JUDICIAL. LIMITACIONES*

Dentro de nuestra organización judicial suele atribuirse a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la misión de velar por la observancia de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Inclusive el propio Alto Tribunal se ha autotitulado, en algunas oportunidades, “el supremo custodio de las garantías individuales”¹.

La vía para que la Corte lleve a cabo esa fundamental misión, es sabido, está representada en la actualidad por el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48. Sería injusto decir que la Corte ha renunciado a cumplir esa tarea. Sin embargo, es cierto que al hacerlo ha ido forjando una doctrina que, al menos en el campo de las garantías del procedimiento penal, resulta de difícil sistematización. Por un lado, es indudable que el Alto Tribunal ha debido ajustar su tarea a las normas que le fijan su competencia. Así, limitaciones tales como que el pronunciamiento sujeto a su revisión debe constituir una “sentencia definitiva”², ciertamente han conducido

¹ *Fallos-CSJN*, 279:40. Ver especialmente considerando 9º.

² Cfr., Acápites del art. 14, ley 48, *ADLA*, 1852-1880, p. 364.

a la exclusión de su ámbito de conocimiento, y con las excepciones que veremos más adelante, de aquellas decisiones de tribunales inferiores no encuadrables dentro de tal requisito.

Por otro lado, la Corte se ha preocupado constantemente por separar de la esfera de su jurisdicción las llamadas “cuestiones procesales”, o “cuestiones de hecho, prueba y derecho común”. Así, toda vez que aquélla ha entendido detectar una situación de este tipo, ha declarado, casi automáticamente, su incompetencia para revisar pronunciamientos de tribunales inferiores. Sin embargo, tal como se verá más adelante, el Alto Tribunal ha sido en algunas oportunidades muy poco claro en este tema, y en otras ha arribado a conclusiones que considero, como mínimo, preocupantes.

A continuación mencionaré algunas decisiones ilustrativas de estos principios. Ellas aparecerán, de todas maneras, frecuentemente como telón de fondo de muchos de los casos que analizaré en los capítulos sucesivos.

2. EL REQUISITO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

Es sabido que para la investigación y decisión de una gran cantidad de causas penales nuestro sistema procesal se divide en dos etapas: la primera denominada “sumario” y la segunda “plenario”. También es sabido que, durante la primera etapa, la investigación de un delito se encuentra confiada a un funcionario judicial, llamado Juez de Instrucción³. Dentro de las atribucio-

³ El sistema francés también ha confiado a un funcionario judicial la investigación de delitos. Sin embargo este funcionario, llamado *Juge d'Instruction*, interviene directamente sólo en caso de delitos

nes que le acuerdan las distintas normas procesales este funcionario puede tomar, y de hecho toma, diversas decisiones que podrían considerarse como restrictivas de garantías individuales. Ahora bien, cuando los afectados por ellas han intentado la inmediata revisión de tales decisiones, han chocado, la mayoría de las veces, con la barrera de la falta de sentencia definitiva.

Así, por ejemplo, en “Banco Provincia c. Dickin Neville”, *Fallos-CSJN*, 259:26 —S—, se discutió la validez constitucional de una resolución de un juez de instrucción que reestableció el secreto del sumario, negando vista de él al abogado defensor. La Corte desestimó el recurso extraordinario interpuesto, diciendo que la resolución en recurso:

... no constituye sentencia definitiva pues no pone fin a la causa, ni impide su prosecución, ni ocasiona agravio irremediable al recurrente. La invocación de garantías constitucionales no autoriza, como principio, a prescindir de aquel requisito de la apelación.

Como antecedente de este criterio puede señalarse el caso “Ordóñez”, *Fallos-CSJN*, 223:128. Allí la Corte desestimó un recurso extraordinario interpuesto contra un auto de prisión preventiva por el que se cuestionó la legitimidad del art. 180 del Cód. de Procedimientos en materia Penal, en lo atinente al secreto del sumario. El Alto Tribunal señaló que la resolución recurrida no era atacable en la instancia extraordinaria por no constituir una sentencia definitiva. Además, agregó

graves (*crimes*). En caso de delitos menos graves (*delits*) puede ser llamado a continuar una investigación ya iniciada por el fiscal (*Procureur*). Cfr., Sheehan, *Criminal procedure in Scotland and France*, p. 46 y siguientes.

que la garantía constitucional de la defensa en juicio sólo “requiere que se oiga al imputado y se le permita producir la prueba que juzgue procedente a su descargo en la forma y oportunidad que dispongan las respectivas leyes procesales”.

Aplicando el mismo criterio, la Corte se ha rehusado a revisar la decisión judicial por la que se ordena recibirle a una persona declaración indagatoria⁴. Durante mucho tiempo, también rehusó la Corte conocer por la vía extraordinaria de apelaciones contra una resolución de prisión preventiva⁵, o contra un auto denegatorio de una excarcelación o eximición de prisión⁶. Los últimos criterios de la Corte, según se verá, terminaron aceptando el carácter de definitiva de algunas de esas resoluciones.

También por falta de sentencia definitiva, la Corte señaló en el caso “Lambruschini”, *Fallos-CSJN*, 307:2282 que la denegatoria de una medida de prueba solicitada por el procesado y rechazada por el tribunal de juzgamiento, no podía ser cuestionada por la vía del recurso extraordinario. El Alto Tribunal indicó que tal auto denegatorio no ponía fin a la causa ni impedía su prosecución, existiendo por otra parte la posibilidad de que el pronunciamiento final de la causa disipara los agravios alegados. En caso contrario, concluyó la Corte, el procesado sí tendría expedito su recurso extraordinario.

⁴ *Fallos-CSJN*, 9/10/64, *LL*, 118-146.

⁵ *Fallos-CSJN*, 245:384. Este criterio ha sido afirmado por la Corte en pronunciamientos más recientes. Cfr., entre otros, *Fallos-CSJN*, 305:1022; 306:1783; 307:1186 —S—; 307:1615; 307:2348.

⁶ *Fallos-CSJN*, 234:450. Según se verá en el Cap. X, y luego de grandes oscilaciones, la Corte ha terminado por equiparar a sentencia definitiva las resoluciones que deniegan tanto excarcelaciones como eximiciones de prisión.

3. **EXCEPCIONES AL RECAUDO DE SENTENCIA DEFINITIVA**

A continuación veremos los principales supuestos en que la Corte ha dejado de lado el recaudo de sentencia definitiva.

3.1. *Casos de restricción al derecho de defensa*

El requisito de la sentencia definitiva, sin embargo, ha sido dejado de lado por la Corte en numerosas oportunidades. En esos casos el Alto Tribunal se ha valido de un criterio similar al enunciado en el caso “Ojeda”, *Fallos-CSJN*, 300:857.

Allí, el defensor del procesado había presentado el escrito de defensa al día siguiente del vencimiento, en las dos primeras horas hábiles. Basándose en la inexistencia de este plazo de gracia en procesos penales, el Juzgado mandó devolver el escrito al presentante, separar al defensor de su cargo y dar intervención al defensor oficial. La Cámara confirmó.

Interpuesto recurso extraordinario en contra de esa decisión, fue declarado procedente por la Corte. En efecto, el requisito de la sentencia definitiva fue salvado por entenderse que la resolución en recurso importaba “una indebida restricción al derecho de defensa, de difícil o tardía reparación ulterior, particularmente cuando se trata de procesos penales”.

3.2. *Cuestionamiento de la jurisdicción del tribunal y casos de recusación*

Otro caso en que la Corte obvió el requisito de la sentencia definitiva fue “Videla”, *Fallos-CSJN*, 306:2101. En él, recuérdese, el procesado había cuestionado la decisión de la Cámara Federal de la Capital de asumir el

conocimiento del proceso que venía instruyendo el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas por los delitos cometidos durante la lucha contra la subversión. Videla argumentó en tal sentido que esa decisión de la Cámara lo privaba de sus “jueces naturales”. El planteo fue llevado ante la Corte por vía de un recurso extraordinario. El Alto Tribunal consideró que correspondía entrar al fondo del asunto, ya que diferir el planteo de Videla al dictado de la sentencia final implicaba en los hechos sellar definitivamente su pretensión de ser juzgado por quienes él consideraba eran sus jueces naturales. Como se sabe, la Corte en definitiva rechazó dicha pretensión (ver especialmente el consid. 5º).

Posteriormente, en el caso “Tiscornia”, *Fallos-CSJN*, 310:1623, la Corte señaló que cuando lo que se cuestiona es la propia jurisdicción del órgano judicial interviniente, cabe atribuir carácter definitivo a la sentencia, por causar un agravio de insusceptible reparación ulterior.

Pero paralelamente, la Corte le ha negado carácter de definitiva a la resolución que rechaza una recusación. Ver “Balestra”, *Fallos-CSJN*, 311:565.

3.3. *Sobreseimiento provisional equiparable a sentencia definitiva*

En otro orden de cosas, debe señalarse que la Corte ha entendido que en ciertos supuestos de excepción un sobreseimiento provisional recaído en una causa penal puede también ser equiparado a sentencia definitiva. Ello es así en los casos en que los considerandos de la resolución afirman que los hechos denunciados no constituyen delito, pues de esa manera se decide de forma definitiva la pretensión del recurrente. Ver en tal sentido los casos “Paskvan”, *ED*, 107-784; “Arisnavarreta”, *Fallos-CSJN*, 306:344 y “Zadoff”, *Fallos-CSJN*, 307:784.

3.4. *Auto de prisión preventiva equiparable a sentencia definitiva*

Si bien la jurisprudencia dominante de la Corte es que el auto de prisión preventiva no es equiparable a sentencia definitiva, algunos casos recientes han admitido excepciones a ese principio en circunstancias especiales. Una de esas circunstancias especiales estuvo presente, según la Corte, en el caso “Gundín”, JA, 1991-III-518. Allí el procesado había planteado la inconstitucionalidad del decreto 6582/58 (régimen penal de robo a automotores), sobre cuya base se decretara su prisión preventiva. La alta penalidad consagrada en el mencionado régimen, además, era obstativa del beneficio de la excarcelación. Una mayoría de la Corte de seis votos consideró en esas condiciones al auto de prisión preventiva como equiparable a sentencia definitiva.

La Corte entendió que cabía hacer excepción al recaudo de sentencia definitiva cuando la prisión preventiva se dicta “sobre la base de una disposición tachada de inconstitucional, o sobre la base de una interpretación de normas federales que se reputa errada, y la calificación jurídica de los hechos impide la excarcelación del imputado”. En ese caso, concluyó la Corte, “no existe otro modo de resguardar inmediatamente la libertad durante el proceso sino es admitiendo la procedencia formal del recurso extraordinario contra aquella” (consid. 5º).

En un caso anterior, “Chanfreau”, *Fallos-CSJN*, 310: 2246, ante un planteo de un imputado sometido al régimen del Código de Justicia Militar, la Corte había señalado que podía ser equiparable a sentencia definitiva la resolución de prisión preventiva si existe restricción efectiva de la libertad, se encuentran involucradas cuestiones federales y no es factible que se suspendan los

efectos propios de dicho auto. Con criterio equivalente la Corte resolvió el caso “Sexton”, *Fallos-CSJN*, 312:1351, también relativo a un procesado detenido y sometido a la justicia militar, cuya soltura —dijo la Corte— no se vislumbraba atento al estado del proceso.

Otra situación de excepción se dio también según la Corte en el caso “Kacoliris”, sentencia del 11/5/93, *LL*, ejemplar del 18/11/93, fallo n° 91.769. Allí uno de los co-procesados, de nombre Alvarez, había sido incluido en la resolución de prisión preventiva que se decretara por los delitos de desbaratamiento de derechos acordados. Dada los términos de esa calificación, los imputados pudieron permanecer en libertad durante el proceso. La defensa de Alvarez interpuso contra la resolución confirmatoria de la prisión preventiva recurso extraordinario.

La Corte hizo lugar al recurso. Consideró a la resolución apelada equiparable a definitiva, en atención a las amplias inhabilidades contenidas en la ley sobre desempeño de la práctica notarial que regía la situación del recurrente. La Corte señaló además que la prisión preventiva recaída a su respecto le cerraba toda posibilidad de ejercer los derechos constitucionales de trabajar y comerciar, derechos que por el carácter absoluto de la restricción, exigen tutela inmediata. En apoyo de su decisión, el Alto Tribunal hizo mención del “estado de inocencia” de que goza toda persona por imperio del art. 18 de la Constitución, “hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal”.

Otro caso en que la Corte consideró a un auto de prisión preventiva equiparable a sentencia definitiva es “Martínez de Hoz”, *LL*, 1993-C-194, pese a que, al igual que en el supuesto anterior, su destinatario no se encontraba detenido.

En este caso, la razón invocada por la Corte para esa equiparación fue que “de comprobarse la realidad de los agravios alegados, la falta de causa de la medida dispuesta constituiría, en sí misma, una flagrante violación de la garantía constitucional de la defensa en juicio, con independencia de las ulterioridades del proceso”.

La lectura del fallo indica que la Corte tuvo especialmente en cuenta los distintos avatares del dilatado proceso que se le siguiera el ex-Ministro de Economía por el conocido caso “Italo”, señalando además que “no constituye fundamento bastante para el auto de prisión preventiva la finalidad de evitar la prescripción de la acción penal”.

3.5. Casos varios

Un caso más reciente donde se obvió también el recaudo de sentencia definitiva es “Hercovich de Perel, Ana s/denuncia”, *JA*, ejemplar del 23/6/93, p. 20 (con comentario crítico de Miguel A. Almeyra). Allí el Juez de Instrucción había ordenado la clausura del sumario sin admitir el procesamiento de otro imputado, según lo requiriera el querellante. En su apelación contra esa resolución el acusador particular puntualizó una serie de indicios que, en su interpretación, justificaban la inclusión de ese otro imputado dentro del proceso. La Cámara, sin pronunciarse específicamente sobre la relevancia de dichos indicios, confirmó la decisión que disponía la clausura del sumario sosteniendo que ella “se hallaba ajustada a derecho y a las constancias del expediente”. El querellante interpuso contra esa decisión recurso extraordinario, y ante su denegatoria, la pertinente queja.

La Corte hizo lugar al recurso. Indicó así que “la resolución recurrida, en cuanto impide la posibilidad de

que se procese (a otro imputado) por los hechos que se investigan en la causa, ocasiona un perjuicio insusceptible de reparación ulterior que equipara el auto a sentencia definitiva, en los términos del art. 14, ley 48” (ver consid. 5º y sus citas). Luego de ello, con invocación de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, la Corte dejó sin efecto la resolución recurrida⁷.

En cambio, la Corte tiene dicho que la resolución cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúne la calidad de sentencia definitiva. Ver el caso “Bresky”, *Fallos-CSJN*, 311:1781. De igual manera, en “Lavao Vidal”, *Fallos-CSJN*, 312:573, la Corte rechazó por falta de sentencia definitiva un recurso extraordinario interpuesto contra una resolución que no había hecho lugar a una prescripción. La Corte dijo que esa era la regla general, “salvo que se verifique una prolongación injustificada del proceso”, ausente en este caso.

Por último, la Corte sí consideró equiparable a definitiva la resolución que impidió a la Administración Nacional de Aduanas constituirse en parte querellante en una causa donde se investigaba el delito de contrabando. Ver “Braun”, *Fallos-CSJN*, 310:669.

4. LAS “CUESTIONES PROCESALES”.

CUESTION PROCESAL V. CUESTION FEDERAL

En el caso “CAEME”, *Fallos-CSJN*, 250:108, la Corte echó mano a esta polémica caracterización, cerrando así

⁷ En su comentario al fallo, Miguel Almeyra critica que la Corte haya echado mano de una herramienta tan excepcional como es la de las “resoluciones equiparables a definitiva”, para un caso en el que, en rigor, lo debatido era tan solo si debía extenderse a otro imputado la persecución penal.

la vía para obtener una revisión de contenido constitucional. A los fines de fundar la apelación en contra de un auto de prisión preventiva, el procesado había pedido se le permitiese leer el escrito de querrela. En primera instancia y en la Alzada se le denegó su pedido, atento a que el sumario permanecía secreto en los términos del art. 180 del Cód. de Procedimientos en materia Penal entonces vigente. La defensa interpuso recurso extraordinario. En su resolución desestimatoria la Corte invocó, además de la falta de sentencia definitiva, la jurisprudencia según la cual:

... no son revisables en la instancia extraordinaria las resoluciones fundadas en las disposiciones procesales respectivas que declaran improcedentes o bien denegados los recursos deducidos en el orden local.

Poco tiempo después, en “Trisi de Aldecoa”, *Fallos-CSJN*, 258:62, la Corte reafirmó el criterio según el cual las resoluciones “con base en lo dispuesto en el art. 180 del Cód. de Procedimientos en materia Penal deciden una *cuestión procesal*, insusceptible de revisión en la instancia extraordinaria” (énfasis agregado)⁸.

Por razones que en seguida analizaré, el caso “Santamaría”, *Fallos-CSJN*, 237:60, resulta igualmente ilustrativo. Allí la Municipalidad de Bahía Blanca había impuesto a Santamaría una multa, sin audiencia previa ni oportunidad de ofrecer prueba, a raíz de una inspección veterinaria en su establecimiento de expendio de leche. Al conocer por recurso extraordinario interpuesto, la Corte comenzó afirmando la doctrina según la cual la instancia extraordinaria es ajena a las *cuestiones procesales*

⁸ Para un caso más reciente, resuelto con igual criterio, cfr., “Fiscal c. Olmedo”, *Fallos-CSJN*, 299:382 —S—.

como las que, según el Alto Tribunal, se debatían en este caso. Sin embargo, y atento a que Santamaría efectivamente había sido condenado sin ser oído, la Corte en definitiva sostuvo que:

... en los supuestos en que lo resuelto, pese a su naturaleza procesal, afecta garantías y principios constitucionales que la apelación está destinada a tutelar, cabe el otorgamiento del recurso.

La Corte en muchas oportunidades, y este último caso es un ejemplo de ello, se ha visto envuelta en un dilema que, en mi opinión, se ha creado ella misma innecesariamente. Es sabido que el ámbito tradicional de conocimiento del Alto Tribunal, por oposición a la llamada “doctrina de la arbitrariedad”, está expresado por la existencia de una *cuestión federal* de las enunciadas en el art. 14 de la ley 48. Por consiguiente, es casi obvio que la tarea inicial, al analizar la procedencia de un recurso extraordinario, debe consistir en determinar si en el caso concreto hay de por medio, técnicamente, una cuestión federal.

Ahora bien, sostengo que la antinomia que la Corte ha creado entre las “cuestiones procesales” por un lado, y las “cuestiones federales” por otro, presenta una falsa disyuntiva que ha sido fuente de no pocas confusiones y soluciones desacertadas. Así, en casos como el que acabo de reseñar en los que el derecho de defensa o alguna otra garantía constitucional del procesado han sido conculcados, en lugar de afirmar que corresponde conocer de ellos, *pese a tratarse de una cuestión procesal*, mucho más razonable sería declarar, lisa y llanamente, que toda vez que una garantía constitucional se halle afectada, ello ya implica de por sí una cuestión federal. Con otras palabras, el hecho de que una determinada garantía se relacione con una cuestión de proce-

dimiento no importa, en absoluto, disminuirle a esa garantía su *status* constitucional. Obsérvese, a tal efecto, que todos los temas que serán tratados en este libro combinan, precisamente, cuestiones procesales y cuestiones constitucionales; enfrentar, como lo ha hecho la Corte en repetidas oportunidades, estos dos conceptos, como si se tratara de cosas excluyentes o incompatibles, constituye, a mi juicio, un punto de partida equivocado.

Es cierto que ningún perjuicio serio existiría si la Corte, cada vez que debe decidir una cuestión de las llamadas “procesales” que afectan alguna garantía constitucional, invocase el principio sentado en “Santamaría” haciéndose cargo —de esa forma indirecta— del agravio traído a su conocimiento. Sin embargo, y tal como futuros casos ilustrarán, lo preocupante es que el Alto Tribunal en diversas oportunidades ha desestimado de plano recursos en los que claramente se invocaba la violación de una garantía constitucional, afirmando que en el caso sólo se ventila una cuestión procesal, ajena a su conocimiento.

Otro caso que ilustra esta falsa antinomia entre cuestiones procesales y federales es “Iriart”, *Fallos-CSJN*, 307:1039. Allí se había deducido un *habeas corpus*, que fue rechazado en primera y segunda instancia con apoyo en un informe policial que daba cuenta de que la detención de Iriart se había originado en una orden de captura. Ese informe, sin embargo, estaba contradicho por otras constancias de la causa que negaban que esa orden de captura hubiese realmente existido.

Llevado el caso a la Corte, ésta consideró que si bien se estaba ante planteos de naturaleza procesal “ajenos como regla a la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48, en la especie corresponde considerar tales agravios

toda vez que lo que se encuentra en juego es el resguardo de la libertad ambulatoria” (ver consid. 4º).

5. **ALGUNOS CRITERIOS GENERALES ENUNCIADOS POR LA CORTE**

A continuación he de ofrecer algunas de las pautas o criterios generales que la Corte ha usado al resolver distintos asuntos sometidos a su decisión. No es fácil elaborar con ellos clasificaciones sistemáticas. Lo que sigue es sólo un intento de ello.

5.1. *Las etapas básicas del proceso penal*

En algunas oportunidades el Alto Tribunal ha determinado cuáles son las etapas indispensables del procedimiento penal. Así se ha entendido que “la acusación, defensa, prueba y sentencia” constituyen pasos sustanciales a los que tiene derecho toda persona sometida a tales procedimientos⁹.

En “Belport S.C.A.”, *Fallos-CSJN*, 295:591, los integrantes de una sociedad fueron condenados por infracción a la Ley de Aduana. Los dos votos mayoritarios eran coincidentes sólo en su parte dispositiva, existiendo entre ambos serias discrepancias en cuanto a las normas aplicables y a su alcance respecto de la situación de autos. La Corte revocó ese pronunciamiento. Se basó para ello, en que:

... la garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, especialmente cuando se trata de pronunciamiento condenatorio en causa penal, que haya tenido lugar válidamente en el proceso, la acusación, defensa, prueba y sentencia final.

⁹ *Fallos-CSJN*, 96:23; 99:284; 183:68, etcétera.

En este caso concreto, la Corte entendió que una sentencia como la recaída no resultaba compatible con la mencionada garantía constitucional¹⁰.

Conectado con estos principios, la Corte ha sostenido la necesidad de que la acusación dirigida contra un imputado describa con precisión la conducta reprochada, a fin de que el procesado pueda ejercer con plenitud su derecho de ser oído y de producir prueba. Ver estos principios en los precedentes de: *Fallos-CSJN*, 298:308 y 312:540 —S—.

5.2. *Decisiones de tribunales administrativos.* *Necesidad de recurso judicial*

También en numerosas oportunidades el Alto Tribunal ha sentado el principio según el cual los pronunciamientos ajenos al ámbito judicial, de los que pueda derivarse una sanción de naturaleza represiva, deben siempre dejar abierto un recurso judicial¹¹.

Así, y con esa salvedad, las normas que atribuyen al Jefe de Policía facultades para juzgar contravenciones han sido declaradas constitucionales¹². El Jefe de Policía, sin embargo, debe brindar a la parte interesada oportunidad de defenderse y producir prueba¹³. Reafirmando este criterio, la Corte tuvo oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 30 del Cód. de Procedimientos en materia Penal, según su redacción anterior. En efecto, en “Madala”, *Fallos-CSJN*, 305:129, se

¹⁰ Para otro caso muy similar en el que la Corte revocó una sentencia de Cámara con serias discrepancias en sus votos, incluso en la parte resolutive, cfr., “Etchevere”, *Fallos-CSJN*, 304:590.

¹¹ *Fallos-CSJN*, 234:82; 235:104 y muchos otros.

¹² *Fallos-CSJN*, 240:235; 241:99 y más recientemente, 301:1217.

¹³ *Fallos-CSJN*, 243:500.

discutió la validez de esa norma que impedía el control judicial de condenas dictadas por las autoridades policiales en materia contravencional, cuando tales condenas no excedieran de cinco días de arresto o de una multa menor. La Corte encontró que esa disposición, que implicaba sustraer al conocimiento de los jueces sanciones que podían llegar a significar una pena privativa de libertad, resultaba contraria a la garantía constitucional de la defensa en juicio¹⁴.

Una cuestión importante conectada con estos principios se planteó en el caso “Di Salvo”, *Fallos-CSJN*, 311:334. Di Salvo había sido condenado por la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas a cumplir ochenta días de arresto, por haber violado las fajas de clausura de un local. Contra esa resolución interpuso un recurso de *habeas corpus* ante la justicia ordinaria, sosteniendo, entre otras cosas, que el Código de Faltas no otorgaba un recurso judicial suficiente contra las decisiones de la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal. El *habeas corpus* fue rechazado en ambas instancias.

La Corte comenzó por recordar su doctrina según la cual “la validez de los pronunciamientos administrativos se halla supeditada al requisito de que las leyes per-

¹⁴ En “Supermercados Sasa S.A.”, *Fallos-CSJN*, 267:228, se discutió una cuestión similar. La provincia de Santa Fe había sancionado una ley por la cual se le acordaba a autoridades administrativas competencia *exclusiva* para juzgar faltas y contravenciones. La Corte, utilizando argumentos análogos a los analizados precedentemente, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial.

En otro caso más reciente, “Casa Enrique Schuster c. Administración Nacional de Aduanas”, *Fallos-CSJN*, 310:2159 la Corte consideró que el art. 1024 del Cód. Aduanero, en cuanto sustraía del control judicial las resoluciones que impusieran una multa inferior al mínimo allí previsto, era violario de la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Const. Nacional.

tinentes dejen expedita la instancia judicial posterior” (ver consid. 5º, *in fine*, y sus citas). Además, señaló que según se había decidido en casos anteriores la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas es un órgano administrativo que cumple funciones jurisdiccionales pero que no integra el Poder Judicial. Esta circunstancia, dijo la Corte, traía como consecuencia que por un lado los fallos de este tribunal administrativo no tuvieran el carácter de verdaderas sentencias, y por otro, y por las mismas razones, tales fallos no fueran susceptibles de ser recurridos por la vía del art. 14 de la ley 48.

Sentados estos principios, la Corte entró a considerar en qué medida podía afirmarse que las leyes que organizan la justicia de faltas prevén un recurso judicial suficiente contra las decisiones de sus tribunales administrativos. Así, el Alto Tribunal mencionó que el único recurso disponible contra las resoluciones dictadas en materia de poder de policía, edificación, seguridad, salubridad, etc., era el del art. 97 b) de la ley 19.987, *con efecto devolutivo*, y para ante la Cámara Nacional en lo Civil. Ante ello, la Corte señaló que:

*... frente a la aplicación de sanciones de naturaleza penal que importan privación de libertad, como en el caso de autos, la insuficiencia de este recurso es clara, cuando se observa que está previsto al solo efecto devolutivo, circunstancia que trasladada al caso de autos implicaría para el procesado la posibilidad de agotar, de manera efectiva, los ochenta días de arresto dispuestos por el órgano administrativo antes de ser escuchado por un tribunal de justicia... En estos casos, la apelación prevista en esa norma no cumple el cometido de control judicial a que se viene aludiendo. (Ver consid. 8º, *in fine*).*

Por estas razones, la Corte consideró que debía hacerse lugar al *habeas corpus* interpuesto por Di Salvo,

por ser ésa “la única vía idónea y expedita para cuestionar su privación de libertad”.

Al mismo tiempo, la Corte ha entendido que la obligación de pagar la multa impuesta administrativamente, como requisito previo a la apertura del recurso judicial, no resulta inconstitucional. Esto último, fue precisamente lo decidido en “Ahumada c. Aduana”, *Fallos-CSJN*, 272:30, en donde el Alto Tribunal impuso como requisito a la validez de tal principio, que la multa en cuestión no resulte desproporcionada en relación *con la concreta capacidad económica del apelante*¹⁵.

Por último, en casos que han alcanzado alguna notoriedad más recientemente, la Corte sostuvo la constitucionalidad de someter a civiles al juzgamiento de tribunales militares en situaciones de emergencia. Tal principio fue afirmado en “Seragovi”, *Fallos-CSJN*, 300:1173¹⁶, y repetido en “Diessler”, *Fallos-CSJN*, 303:308, con el agregado de que no obsta a aquel criterio el hecho de que el acusado sea defendido por quien no es letrado¹⁷.

5.3. *Irrevisabilidad de decisiones adoptadas durante la Instrucción*

Como consecuencia de los principios expuestos respecto del requisito de sentencia definitiva, y de la poco nítida caracterización de las llamadas cuestiones procesales, la Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades por la imposibilidad de revisar las decisio-

¹⁵ Este criterio fue posteriormente reafirmado en *Fallos-CSJN*, 285:302; 287:101, 473 y 291:99.

¹⁶ La Corte citó en apoyo de su decisión, *Fallos-CSJN*, 254:116 y 295:997.

¹⁷ En igual sentido, cfr., *Fallos-CSJN*, 303:907.

nes que, en el curso de un sumario, adoptan los jueces de instrucción¹⁸.

En “Arnold”, *Fallos-CSJN*, 256:28, un Juez de Instrucción había desestimado un pedido de la defensa de que se llevasen a cabo ciertos careos de testigos que se contradecían entre sí. Interpuesto recurso extraordinario, el mismo fue denegado por tratarse de “una cuestión meramente procesal, ajena a la competencia de la Corte en la instancia extraordinaria”.

Coincidentemente con el criterio recién enunciado, la Corte ha formulado otro principio del que, según veremos más adelante, han derivado peligrosas limitaciones a diversas garantías del proceso penal, especialmente en el área del derecho, a contar con un abogado defensor. Así, al desestimar recursos extraordinarios interpuestos en diversas causas, ha afirmado que “si no se observan mayores anomalías durante la etapa del plenario, o sea la etapa en que se ventila el juicio penal propiamente dicho ... las alegadas deficiencias sumariales no guardan relación directa con el art. 18 de la Constitución Nacional”¹⁹.

En “Suárez”, *Fallos-CSJN*, 280:121, fue reafirmado este principio. Suárez había cuestionado la validez constitucional de algunas medidas adoptadas por la policía provincial en la instrucción del sumario. La Corte desestimó los agravios traídos a su conocimiento, invocando su doctrina según la cual:

... la garantía de la defensa en juicio no sufre menoscabo alguno si el recurrente fue, como en el caso, ampliamente

¹⁸ Cfr., *Fallos-CSJN*, 235:332; 252:382 —S—; 257:188 —S—; 258:175 —S—; 259:388, etcétera.

¹⁹ *Fallos-CSJN*, 235:332, dictamen del Procurador General al que remitió el fallo.

oído en el proceso y pudo en él controlar la prueba y ofrecer la propia.

En “Escobar”, *Fallos-CSJN*, 247:86, igual principio fue aplicado en materia de procesos contravencionales. En un proceso por infracción a la ley de faltas seguido por la policía, Escobar objetó que el mismo se hubiese mantenido secreto durante toda la etapa de investigación. Esa objeción fue planteada por aquél en oportunidad de deducir recurso judicial contra la sanción en sede policial, en los términos del art. 587 del anterior Cód. de Procedimientos en materia Penal, y ante su desestimación, reproducida por Escobar ante la Corte.

El Alto Tribunal desestimó el recurso extraordinario, empleando un argumento que parecería cerrar toda viabilidad a los recursos judiciales interpuestos, con base constitucional, durante el trámite de procesos contravencionales. La Corte dijo que:

... merced a la apelación prevista en el art. 587 del Cód. de Procedimientos en materia Penal desapareció toda objeción que hubiera podido fundarse en las limitaciones sufridas durante la primera etapa del procedimiento.

5.4. *El querellante, el Fiscal y el recurso extraordinario*

Por un tiempo el criterio imperante en nuestro Alto Tribunal fue el de sostener que las garantías constitucionales en el proceso penal estaban estructuradas sólo en favor del acusado. De tal manera se entendía que el recurso extraordinario de la ley 48 no podía serle concedido al querellante²⁰.

²⁰ *Fallos-CSJN*, 252:195; 253:31; 254:353; 259:388 y 260:114.

A partir del caso “Otto Wald”, *Fallos-CSJN*, 268:266, se operó un cambio jurisprudencial por entenderse que “todo aquél a quien la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal, consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado”²¹.

También desde antiguo se le ha permitido a los integrantes del Ministerio Público interponer recursos extraordinarios contra las decisiones dictadas en favor de los imputados o procesados en causas penales. Si, como la Corte Suprema ha anunciado en más de una oportunidad, “las garantías constitucionales están estructuradas en favor de los particulares y no pueden ser invocadas sino por quienes son sus titulares”²², cuesta entender bajo qué fundamentos se le ha acordado a aquellos funcionarios esa prerrogativa.

Es que, como lo he desarrollado en otro lado²³, se sabe que en nuestro sistema la admisibilidad de un recurso extraordinario no depende tan solo de que se haya puesto en tela de juicio la interpretación o el alcance de una cláusula de la Constitución o de una norma de índole federal. Es necesario, además, que la resolución que se recurre sea *adversa* al derecho que se funda en esa cláusula o norma. Para decirlo más simplemente, es necesario que la resolución en recurso sea de aque-

²¹ Esta doctrina fue luego reafirmada en *Fallos-CSJN*, 299:17. La Corte ha acordado también al actor civil en el proceso penal el derecho a interponer recurso extraordinario. Cfr., *Fallos-CSJN*, 295:316.

²² Cfr., el caso “Spangemberg”, *Fallos-CSJN*, 256:54, considerando 6º.

²³ Cfr., Carrió, A., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, p. 42 y siguientes.

llas que deniegan un derecho federal, y no una que lo haya admitido²⁴.

Pese a estos principios no demasiado complejos, suelen llegar a la Corte —y lo que es peor, ésta suele tratarlos— recursos extraordinarios interpuestos por los fiscales contra decisiones que, por ejemplo, conceden una excarcelación o una eximición de prisión (ver, entre otros, *Fallos-CSJN*, 304:152 —S—; 307:2483)²⁵.

Es el día de hoy que no comprendo cuál es el derecho federal que le asiste a un representante del Ministerio Público para aspirar a que permanezca encerrada una persona sometida a proceso.

La mencionada liberalidad con que el querellante está facultado para interponer recursos extraordinarios encuentra, según la Corte, una limitación. Así, se ha entendido que la admisión del querellante como tal es una cuestión procesal librada a los jueces de la causa²⁶, por lo cual las resoluciones que deniegan al peticionante ese carácter no son susceptibles de revisión con base constitucional.

²⁴ Esto es así, es sabido, en virtud de las prescripciones del art. 14 de la ley 48, el cual reconoce su fuente en la *Judiciary Act* de 1789 dictada por el Congreso Federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

²⁵ Para un caso en que la Corte puso las cosas un poco en su lugar, cfr., “Bartra Rojas”, *Fallos-CSJN*, 305:913. Ante un fallo de Cámara absolutorio, el fiscal había interpuesto un recurso de inaplicabilidad de ley, sosteniendo que la sentencia de Cámara era nula por no especificar qué delito en concreto se le imputaba al acusado. En apoyo de su pretensión el fiscal argumentó, increíblemente, que esa anomalía afectaba la garantía que protege (obviamente no a él) contra el doble juzgamiento. El recurso de inaplicabilidad prosperó y la sentencia absolutoria fue revocada. Bartra Rojas llevó el caso a la Corte. Esta, utilizando un lenguaje muy categórico, destacó el sin sentido que significaba que el fiscal invocara una garantía que ampara sólo a los particulares.

²⁶ *Fallos-CSJN*, 252:195; 253:31.

5.5. *El prófugo y el recurso extraordinario.*
Excepción en caso de eximición de prisión

Durante mucho tiempo el Alto Tribunal afirmó que la condición de prófugo, propia de la voluntad del imputado, obstaba a la admisión del recurso extraordinario interpuesto por su defensor, “cualquiera sea la garantía constitucional invocada”²⁷.

Fallos posteriores de la Corte insistieron con este criterio, aun cuando con la consistente disidencia de uno de sus integrantes, el doctor Fayt. Ver así los casos de *Fallos-CSJN*, 310:2093; 311:325 —S—; 311:2397²⁸.

Finalmente, en el caso “Bordenave”, *ED*, 142-116, la Corte admitió una excepción a este principio para los casos de eximición de prisión. La Corte recordó primero que en estos supuestos es la misma normativa legal la que permite al interesado permanecer en libertad mientras se discute la concesión o no de dicho beneficio. Por lo tanto, agregó el Alto Tribunal, la denegación del recurso extraordinario sobre la base de la calidad de prófugo del recurrente resulta inadmisibles, “pues tiene por efecto exigirle al imputado que se constituya en prisión para discutir su libertad, y desnaturaliza, de ese modo, la reglamentación legal del derecho constitucional a permanecer en libertad durante el proceso” (ver consid. 1º).

²⁷ Entre muchos otros, véanse, *Fallos-CSJN*, 272:258; 276:398; 286:87; 289:192; 292:595; 293:750; 298:360; 301:837; 302:1363; 306:866 y 307:1195.

²⁸ En el precedente de *Fallos-CSJN*, 306-866, el doctor Fayt hizo explícito su criterio de que en casos en que el recurrente sustenta una interpretación de normas legales diferente a la efectuada por los jueces, y de la que deriva la conculcación a su libertad física, debe reconocerse al prófugo legitimación para llevar su planteo hasta la Corte Suprema.

5.6. *Proceso penal y potestad jurisdiccional*

Por último, la Corte ha entendido que la especial naturaleza del juicio penal hace que la potestad jurisdiccional de los tribunales no deba verse limitada por las respectivas pretensiones de las partes. Así, al fallar el caso "Brussino", *ED*, 106-227, la Corte invalidó una decisión de la Cámara que había declarado desierto un recurso de apelación interpuesto por el procesado contra una sentencia condenatoria, sobre la base de que la expresión de agravios fue presentada fuera de término.

CAPITULO III

LA GENERICA GARANTIA DE LA DEFENSA EN JUICIO

1. *FORMULACION CONSTITUCIONAL*

El art. 18 de la Constitución Nacional dispone que “...*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...*”. De esta fórmula amplia nuestro Alto Tribunal ha derivado diversos principios: algunos de ellos han sido mencionados ya en el Capítulo anterior, mientras que otros serán objeto de posterior examen.

A continuación voy a analizar una serie de casos en los que la Corte ha encontrado mérito suficiente para anular resoluciones adversas a los afectados por ellas, con la genérica invocación de dicha garantía. Esto es, casos en los que el Alto Tribunal ha entendido que una determinada sanción represiva ha sido impuesta o bien sin dar a la parte interesada adecuada oportunidad de defenderse, o bien en condiciones en que ésta ha visto notoriamente dificultado el ejercicio de su derecho de defensa.

Los puntos siguientes de este Capítulo muestran otros ejemplos de posible lesión a la garantía de la defensa en juicio, en materias tales como: la relación que debe existir entre los hechos de una investigación, la acusación y la defensa (el llamado “principio de congruencia”); los casos de privación de justicia; los recaudos que debe cumplir una identificación en rueda de

presos y el empleo por parte del gobierno de agentes encubiertos.

Por último, en la parte final de este Capítulo he de examinar otros supuestos en los que la Corte ha revisado pronunciamientos de tribunales inferiores, al haberse alegado la genérica violación de la garantía de la defensa. Tales supuestos se refieren, según se verá, a la llamada *reformatio in pejus* en causa penal y a los cambios de calificación.

2. SANCIONES IMPUESTAS SIN DAR AUDIENCIA PREVIA U OPORTUNIDAD PARA PRODUCIR PRUEBAS

A través de diversos pronunciamientos la Corte ha ido perfilando el contenido de la garantía de la defensa en juicio en sentido genérico. Así, se ha entendido que a toda persona sometida a proceso debe acordársele la oportunidad de ser oída, de conocer los cargos en su contra y de presentar y producir pruebas en su favor¹.

a) En “Frigofide S.R.L.”, *Fallos-CSJN*, 236:271, una sociedad fue condenada al pago de una multa por infracción a disposiciones represivas del agio, mediante sumario instruido por el Gobierno de la Prov. de Entre Ríos en ejercicio de una delegación conferida por ley. Durante la tramitación del sumario la sociedad imputada fue escuchada sólo al comienzo del procedimiento, a través de un administrador general que declaró como testigo. En ningún momento se formularon expresos cargos contra la sociedad ni se le brindó oportunidad de ofrecer prueba.

¹ *Fallos-CSJN*, 121:285; 128:417; 183:296; 193:408; 198:467.

La multa impuesta fue confirmada por el Juez Federal que actuara como órgano de apelación, y la sociedad afectada interpuso recurso extraordinario. La Corte revocó. Afirmó que el art. 18 de la Constitución “impone el ‘debido proceso’² para que un habitante de la Nación pueda ser penado o privado de sus derechos y en tal concepto falta el ‘debido proceso’ si no se ha dado audiencia al litigante o inculpado en el procedimiento que se le sigue, impidiéndole ejercitar sus derechos en la forma y con las solemnidades correspondientes”.

La Corte entendió, además, que el requisito de la audiencia previa “no puede tenerse ciertamente por cumplido con la declaración que como testigo prestó el administrador de la sociedad”.

Un criterio semejante fue sentado en “Nación Argentina c. Aluvión S.A.”, *Fallos-CSJN*, 239:489. Allí una sociedad anónima fue condenada al pago de una multa por infracción a ciertas normas previsionales. Ante la falta de pago de la misma, el órgano judicial encargado de efectivizar la sanción ordenó sin más trámite la transformación de la multa en arresto, el que hizo caer sobre el presidente de la firma. Agotados los recursos judiciales ordinarios el caso fue llevado a la Corte por la vía del art. 14 de la ley 48. El Alto Tribunal acogió el recurso extraordinario. Afirmó en tal sentido que:

...cualquiera que fuese la naturaleza jurídica de la multa aplicada, su conversión en arresto a cumplirse por el presidente de la firma “no debió llevarse a cabo sin la audiencia de este último” que parece afectado personalmente por la medida³. (Énfasis agregado).

² La expresión “debido proceso” que la Corte usa con alguna frecuencia reconoce sin duda su origen en la Carta Magna de los Estados Unidos. Cfr., en ésta sus Enmiendas V y XIV.

³ Este principio fue luego reafirmado en “Pampa Editora”, *Fallos-CSJN*, 265:281. Allí la Corte, con cita de “Nación Argentina c. Aluvión

b) Según ha dicho la Corte en diversas oportunidades, la garantía de la defensa en juicio abarca no sólo la posibilidad de ser oído, sino además la de producir pruebas y controlar las que puedan producirse.

En “Dubois”, *Fallos-CSJN*, 247:724, la Dirección General de Vinos inició un procedimiento de verificación, de resultados del cual se extrajeron muestras de la bodega de propiedad de la señora de Dubois sin darle a ésta intervención alguna en la diligencia. Sobre la base de las muestras así obtenidas ese organismo, luego de dar vista a la parte interesada, aplicó una multa por infracción a la Ley de Vinos. Llevada la apelación a la Corte la multa fue dejada sin efecto. El Alto Tribunal, con invocación de “Frigofide”, afirmó que el requisito de la “debiada defensa” no había sido observado, puesto que a la actora se le negó el derecho a participar en el proceso de verificación y extracción de muestras. De tal manera, concluyó el tribunal, la vista conferida con la prueba ya producida y habida cuenta de que el procedimiento probatorio no podía ser reiterado, resultó tardía⁴.

c) El derecho a ofrecer prueba comprende, naturalmente, el de producirla y obtener de las autoridades a cargo de la instrucción del procedimiento un pronunciamiento concreto sobre la pertinencia de tales probanzas.

En “Goldstein”, *Fallos-CSJN*, 274:281, un proceso contravencional por desórdenes instruido por el Jefe de

S.A.”, declaró la invalidez de una decisión de Cámara de convertir en arresto del presidente de la firma la multa impuesta, sin darle a éste audiencia previa.

⁴ Para casos semejantes, con decisiones también semejantes, cfr., “Molinos Fénix”, *Fallos-CSJN*, 252:120 y “Bestani S.A.”, *Fallos-CSJN*, 273:54.

Policía concluyó con la imposición de una sanción de arresto.

Durante la tramitación del recurso judicial pertinente, Goldstein ofreció diversas pruebas de descargo que no fueron proveídas en ningún sentido por el Juez Correccional que, en definitiva, confirmó la sanción impuesta. La Corte revocó, manifestando que “resultaba indudable la lesión de la garantía constitucional de la defensa en juicio”. Invocó como antecedente el caso “Wachs”, *Fallos-CSJN*, 243:500, que también versara sobre la imposición de una multa por desórdenes⁵.

En “Grossman”, *Fallos-CSJN*, 274:380, en cambio, la Corte confirmó la imposición de una multa puesto que el Juez Correccional sí se había pronunciado sobre la aptitud de las pruebas ofrecidas por el recurrente. Sentó allí además el criterio de que la validez de los dichos de los policías intervinientes, validez que había sido cuestionada por Grossman en el recurso judicial, constituye “un punto relacionado con la valoración de la prueba ... ajeno a la instancia extraordinaria”.

d) En “Mármol de Menéndez”, *Fallos-CSJN*, 262:63, la parte interesada había interpuesto recurso judicial contra la resolución policial que la condenara por infracción al Reglamento de Faltas de la Prov. de Buenos Aires. Al deducir ese recurso fueron ofrecidas diversas medidas de prueba, siendo desestimadas por la Justicia en lo Criminal al no haber sido invocadas previamente ante la autoridad policial.

La Corte, en un escueto pronunciamiento, hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto por la recurrente.

⁵ Cfr., asimismo los casos registrados en *Fallos-CSJN*, 274:307 y 297:134.

te. Con invocación de *Fallos-CSJN*, 252:356, afirmó que lo resuelto importaba, sin más, agravio a la garantía de la defensa en juicio.

3. ENTORPECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA

Los siguientes casos ilustran una situación ligeramente diferente a las anteriores. En efecto, en ellos la violación de la defensa consiste no tanto en la falta de oportunidad de ser oído y producir pruebas sino más bien en una situación de entorpecimiento del adecuado ejercicio del derecho de defensa.

En “Frigorífico Armour”, *Fallos-CSJN*, 256:491, el presidente de dicha firma y sus directores estaban siendo investigados por presunta infracción a la ley de identificación de mercaderías. El juez de la causa dispuso en cierto momento recibirle declaración indagatoria sólo al presidente del frigorífico, *sin posibilidad de sustituir*, pese a la ignorancia manifestada por éste respecto de los hechos investigados. Contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario. La Corte lo declaró procedente revocando así el llamado a indagatoria en esas condiciones. Se basó para ello en que la imposición de esa declaración, sin posibilidad de sustitución de personas “puede traducirse en efectiva obstrucción de la defensa en juicio y ... conspirar contra la expedita marcha del proceso”.

Este caso presenta, además, dos aspectos interesantes. El primero es que la Corte, a fin de sortear lo que consideró una simple “cuestión procesal”, debió recurrir al arbitrio de la existencia de un “interés institucional”. El segundo es que el Alto Tribunal no se sintió limitado por la falta de sentencia definitiva, aun cuando la resolución en recurso —el llamado a indagatoria

del presidente de Armour en las condiciones descritas— ciertamente no era una sentencia de esas características⁶.

El caso “C.A.P.”, *Fallos-CSJN*, 292:229, presenta en este sentido ribetes igualmente interesantes. En una causa sobre balance falso el juez de primera instancia, alegando la complejidad de los hechos y el exceso de tareas que pesaba sobre el Fuero Penal Económico, había designado un interventor judicial con amplias facultades para intervenir en la producción de las pruebas ordenadas. Contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario, basado en que la misma importaba una delegación de facultades instructorias prohibida por la ley.

La Corte acogió el recurso y la designación del interventor judicial fue dejada sin efecto. El Alto Tribunal basó su decisión en “la irrazonabilidad de la medida”, echando mano a la doctrina del *interés institucional* para superar lo que, con un criterio bastante discutible, consideró nuevamente como una simple cuestión procesal.

4. VIOLACION AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Otro principio importante afirmado por la Corte Suprema y conectado con la garantía en examen, es el que reclama que exista congruencia entre el reproche final que se le hace al imputado y los hechos concretos que motivaron su acusación.

⁶ Un caso similar se presentó en “Bunge y Born”, *Fallos-CSJN*, 259:107 en el que la Corte, con cita de “Frigorífico Armour”, declaró la nulidad de una indagatoria prestada en similares condiciones. En este caso, sin embargo, el recurso fue declarado procedente sin invocarse la existencia de interés institucional alguno.

El caso “Zurita”, *LL*, 1991-D-129, ilustra el funcionamiento de este principio. El procesado había sido acusado del delito de robo con armas. Tanto en su indagatoria como en la acusación, el hecho a él imputado había consistido en asaltar, mediante exhibición de arma, a dos personas a las que les robaron entre otras cosas dinero y un arma que una de las víctimas poseía. Durante el proceso el imputado cuestionó la calificación del robo como agravado por el empleo de arma, sobre la base de que al no haberse secuestrado la misma, no existían pruebas concretas de su utilización.

La Cámara, al confirmar la condena recaída en primera instancia, argumentó que igualmente debía mantenerse la calificación agravada, pues durante la comisión del robo había existido el apoderamiento de un arma —la sustraída a una de las víctimas— la cual, dijo la Alzada, era apta para disparar. La Cámara concluyó entonces en que “durante buena parte del hecho los delincuentes contaron con el arma que exige el inc. 2º del art. 166 (Cód. Penal)”.

El caso llegó a la Corte por vía del recurso extraordinario. El Alto Tribunal advirtió que la cuestión planteada tenía entidad federal, señalando que “la correlación necesaria entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia final —correlación que es natural corolario del principio de congruencia— no se ha respetado en el caso”.

La Corte puntualizó así que ni en la indagatoria, ni tampoco en la acusación o en la sentencia de primera instancia, se le había atribuido al procesado que “el arma” agravante para el robo, fuese la misma que resultara sustraída en el robo en cuestión. Ello le impidió, concluyó el Alto Tribunal, “la defensa material y técni-

ca, con directa e inmediata afectación de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional, respecto de la circunstancia de agravación tal como fue concebida en la sentencia apelada”.

Otro caso donde la Corte afirmó la importancia de respetar el llamado principio de congruencia es “Rochia”, *Fallos-CSJN*, 310:2094 —S—, donde dijo que es deber de los magistrados restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron materia del juicio. Igualmente en “Weissbrod”, *Fallos-CSJN*, 312:597, la Corte señaló que la condena dictada al recurrente por presuntas lesiones, a pesar de que por ese hecho no había sido aquél acusado, “importa una clara afectación a la garantía de la defensa en juicio”.

También basado en el art. 18 de la Constitución Nacional, la Corte ha afirmado la necesidad de que las sentencias recaídas en un proceso penal contengan el examen acerca de la participación de cada uno de los procesados. Ver así “Fiscal v. Fantón”, *Fallos-CSJN*, 312:2370.

5. PRIVACION DE JUSTICIA

a) En situaciones muy excepcionales la Corte ha aceptado intervenir durante la tramitación de un proceso penal, para poner fin a situaciones de verdadera privación de justicia. Esa intervención la Corte la ha justificado afirmando que “la garantía constitucional de la defensa en juicio impone la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia” (*Fallos-CSJN*, 193:35; 276:157; 281:235 y 303:2063).

En el caso “Alonso y otros s/contrabando de estupefacientes”, *LL*, 1991-E-637, la Corte fue llamada a intervenir para remediar una situación de aquel tenor. La

causa involucraba a varios implicados, quienes estaban privados de su libertad, habiéndose alcanzado ya la etapa de plenario. Uno de los procesados, de nombre Savignon Belgrano, estaba prófugo.

Mediante articulaciones legales que alcanzaron alguna notoriedad, el prófugo se presentó espontáneamente a la Justicia. A partir de allí se sucedieron numerosas incidencias. A Savignon Belgrano se le dictó su prisión preventiva que éste apeló. Hubo además un planteo de incompetencia hecho por este procesado, quien por vía de inhibitoria reclamó que las actuaciones pasaran a otro fuero. Mientras tanto la defensa de Savignon Belgrano recusó a la Jueza en lo Penal Económico interviniente, y al Fiscal de Cámara. Dos fiscales, a su vez, recusaron al juez que debía resolver la recusación. La jueza originariamente recusada se excusó. Paralelamente, fue necesario remitir las actuaciones al Juzgado Federal ante el cual se había plantado la inhibitoria. En suma, un enjambre legal.

Todo este despliegue forense había traído por consecuencia la virtual paralización de los trámites del juicio plenario. La defensa del co-procesado Alonso intentó entonces diversos mecanismos para lograr que la causa avanzara, sin éxito. Pidió se abriera separadamente a prueba el juicio con relación a su defendido, petición que fue denegada en primera y segunda instancia. En dos oportunidades solicitó pronto despacho como forma de activar el proceso y planteó un recurso de queja ante la Cámara, por retardo de justicia. Mientras tanto, la recusación de la jueza interviniente seguía sin resolverse, lo que hacía que la causa mantuviera su estado de inmovilidad.

Ante este cuadro la defensa de Alonso se presentó directamente a la Corte Suprema. Solicitó al Alto Tribunal

se avocara al conocimiento de las actuaciones y dispusiera lo necesario para ordenar la marcha del proceso.

La Corte acogió el planteo. Invocó para ello “su facultad de intervenir para remediar situaciones en las cuales las sucesivas declinatorias de competencia de los magistrados han dejado al justiciable sin tribunal ante el cual recurrir (*Fallos*, 154:31; 178:304 y 333; 188:71 y 82; 201:483; 204:653; 25:690; 253:25; 261:166; 271:219)” (ver consid. 4º). Así, echando mano de la herramienta del art. 24, inc. 7º del decr.-ley 1285/58 (que acuerda a la Corte Suprema jurisdicción para conflictos de competencia “cuando su intervención sea necesaria para evitar una efectiva privación de justicia”), el Alto Tribunal ordenó la inmediata remisión de las actuaciones al Juzgado que había intervenido inicialmente para que continuase de inmediato con la tramitación del juicio plenario.

La Corte no consideró un obstáculo a su actuación que no existiese en autos un recurso extraordinario o uno de queja, señalando que en el caso, “no hay decisión formal alguna de la que la defensa del acusado pueda recurrir con esperanza razonable de éxito”. Por tal razón, agregó la Corte, su intervención a tenor del art. 24, inc. 7º del decr.-ley 1285/58 “no debía ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho” (consider. 9º, citas omitidas).

b) En otros casos no tan extremos, la Corte igualmente ha echado mano de su facultad de adoptar medidas que hagan a la ordenación del proceso. En “Nasute”, *Fallos-CSJN*, 305:1344, la Corte hizo notar “el irregular desenvolvimiento de la presente causa, en la cual se ha desarrollado una frondosa actividad incidental que ha hecho que a más de cuatro años de iniciado, el expediente carezca de un juez permanente”. Si bien el Alto Tribunal entendió que no se estaba ante un supuesto de

efectiva privación de justicia, de todas formas justificó su intervención pues el desarrollo de la causa “hace prever tal posibilidad”.

6. IDENTIFICACION EN RUEDA DE PRESOS

a) Con criterio bastante discutible, la Corte resolvió el caso “Sánchez”, *Fallos-CSJN*, 311:325. El acusado había sido condenado por el delito de robo de automotor, a cinco años de prisión. A través de un recurso extraordinario aquél cuestionó la valoración que se había hecho de un acto de reconocimiento en rueda de personas por personal policial, en ausencia del juez de la causa y del abogado defensor. Además, el imputado argumentó que no se había respetado el principio contenido en la legislación procesal, en el sentido de que los individuos integrantes de la fila de presos “sean de una clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias”⁷.

La Corte confirmó la condena. Respecto del alegado incumplimiento de que el reconocimiento se efectúe con personas de una clase análoga, el Alto Tribunal entendió que el tema remitía a una cuestión de hecho y de Derecho Procesal propia de los jueces de la causa, “ajena comúnmente a la vía extraordinaria, sin que ciertas diferencias entre esos individuos justifiquen apartarse de tal principio” (consid. 2º y sus citas).

En relación con el agravio según el cual el acto de individualización se había cumplido en sede policial, la

⁷ Ese era el lenguaje utilizado por el anterior Código de Procedimientos en materia Penal, en el art. 265, inc. 3º. El actual Código, según ley 23.984, regula el instituto del reconocimiento de personas en el art. 272, exigiendo igualmente que el imputado sea colocado junto “...a personas de condiciones exteriores semejantes...”.

Corte entendió que ello no afectaba la garantía del art. 18 de la Constitución. Dijo que ello era así en la medida en que las autoridades de prevención estaban autorizadas legalmente para cumplirlo, pudiendo el imputado o su defensor solicitar la reproducción de esta diligencia durante la etapa instructoria o en el plenario.

Este fallo de la Corte me suscita dos comentarios. El primero, es que trasunta una interpretación bastante estricta de la garantía de la defensa en juicio, desde el momento en que considera no abarcada por ella una cuestión tan trascendente como es el reconocimiento del imputado en rueda de presos⁸.

El segundo comentario, bastante ligado con la cuestión anterior, es que una identificación en rueda de presos estructurada de manera que no ofrezca al imputado absolutas garantías de su corrección, es capaz de causarle gravísimos perjuicios por más que en definitiva aquél termine siendo absuelto. Es por ello que considero bastante simplista la afirmación de la Corte en el sentido de que siempre será posible para el imputado reclamar una nueva identificación en una etapa posterior. Es al principio de la investigación, creo, cuando más cuidado hay que tener de que el proceso de identificación se cumpla de manera no sugestiva, para evitar las nefastas consecuencias propias de cualquier enjuiciamiento penal (procesamiento, posible prisión, em-

⁸ En el derecho estadounidense la identificación del imputado en rueda de presos previa al juicio (*line-up*), ha recibido considerable atención. Según lo ha afirmado la Corte Suprema de ese país, la garantía del "debido proceso" reclama que la identificación se haga de manera "no innecesariamente sugestiva, o que pueda conducir a una equivocada identificación". Ver este lenguaje en *Stovall v. Denno*, 388 US 293 (1967).

bargos, descrédito público, gastos de contratación de abogados, etcétera).

De igual manera, por ser ésta —a mi juicio— una etapa crítica del proceso, no debería quedar duda de que el imputado tiene derecho a contar con la asistencia de un letrado, aun en sede policial, para que supervise la forma en que se cumple con este paso procesal⁹.

b) En el caso “Castro Roberts”, *Fallos-CSJN*, 311: 2337 —S—, la Corte volvió a señalar que: “Todo lo relativo a la forma en que los reconocimientos en rueda de personas se llevaron a cabo remite a cuestiones de hecho y prueba y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y extrañas como regla a la vía extraordinaria, sin que la exhibición tiempo antes de una fotografía, con evidentes diferencias físicas, del imputado, justifique apartarse de tal principio”.

c) En el Capítulo destinado al funcionamiento de la garantía contra la auto-incriminación el lector encontrará información adicional acerca de la validez y límites de este tipo de acto procesal.

⁹ El Código Procesal vigente para la Nación no es demasiado claro en lo relativo al derecho de un imputado a contar con un defensor para los reconocimientos en sede policial. Si bien el art. 200 habla del derecho de los defensores de las partes a “...asistir a los registros domiciliarios, ‘reconocimientos’, reconstrucciones, pericias e inspecciones...”, esa norma condiciona el ejercicio de ese derecho a que tales actos “...por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles...”. En la medida en que los tribunales adhieran al criterio expuesto por la Corte en “Sánchez”, en el sentido de que una identificación en rueda de presos es reproducible en una etapa posterior, al parecer sin agravio al imputado, el mencionado derecho a tener un defensor seguirá estando ausente.

7. EMPLEO DE AGENTES ENCUBIERTOS

En un caso decidido en el año 1991, la Corte Suprema tuvo oportunidad de analizar una cuestión de suma trascendencia, y conectada con los temas de este Capítulo: la legitimidad del empleo de agentes encubiertos en la lucha contra el crimen. El caso en cuestión es “Fiscal v. Fernández”, LL, 1991-B-190¹⁰.

7.1. El caso “Fiscal v. Fernández”

Los hechos de ese caso fueron poco menos que fascinantes. A raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar en la ciudad de Mendoza, la policía había detenido a un ciudadano boliviano de nombre Fernández, secuestrándosele cocaína que éste tenía en su poder. Por dichos de Fernández vertidos durante su detención, la policía localizó a otro boliviano llamado Chaad, al que también se le encontró cocaína.

Fernández alertó además a los agentes policiales que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga, procedente de Bolivia. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió conjuntamente con Fernández a la vivienda en cuestión. Esta resultó ser, ni más ni menos, que el Consulado de la República de Bolivia, y además la residencia permanente del Cónsul.

Fernández llamó a la puerta, y fue atendido por el Cónsul en persona, quien lo dejó pasar. El policía, sin identificarse en ningún momento, ingresó también. A requerimiento de Fernández el Cónsul le entregó, en

¹⁰ La Revista “La Ley”, 1991-C-857, trae un comentario mío a ese fallo. En el mismo se analizan algunas cuestiones relativas a la legitimidad del empleo de agentes encubiertos y al peso de ciertos pasajes del fallo relativos al alcance de la regla de exclusión de prueba ilegal. Sobre la cuestión de la prueba ilegal ver *infra*, Capítulo V.

presencia del policía, nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno. El Cónsul fue luego llamado a un lugar público con el pretexto de prestar asistencia a su connacional Chaad, y allí se practicó su detención.

Hubo una razón para esta doble estratagema (ingreso de un agente policial de civil y engaño para hacer salir al Cónsul de su residencia): la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, aprobada por ley 17.081, prohíbe la requisa de los locales consulares. La simple visita a ese lugar sí está permitida, siempre que sea consentida por el Jefe de la oficina consular (art. 31 de la Convención).

Con apoyo en precedentes que serán analizados en el Capítulo que trata sobre la inviolabilidad del domicilio, la Cámara Federal actuante entendió que correspondía invalidar el procedimiento cumplido en el Consulado de Bolivia. Entre otras razones, dijo que el consentimiento que el Cónsul había prestado para el ingreso estaba viciado, puesto que se le había ocultado tanto que su amigo Fernández estaba ya detenido, como que quien lo acompañaba era en realidad un policía, que nunca se identificó como tal.

La Corte revocó, sosteniendo principalmente que aquí no se estaba ante un verdadero allanamiento, sino ante un ingreso consentido. Pero al margen de estas consideraciones, que serán objeto de posterior análisis, me interesa analizar algunos conceptos traídos por este fallo en materia de utilización de agentes encubiertos.

Al comienzo de su considerando 10, el Alto Tribunal sostuvo que “es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales”. No conozco casos anteriores de la Corte, ni tampoco ella los cita, donde se haya decidido una cuestión de esta trascendencia. Al parecer, lo que el Alto Tribu-

nal nos está diciendo es que es a partir de *este* fallo que “es criterio de la Corte” que el empleo de un agente encubierto no es contrario a garantías constitucionales.

Ahora bien, las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son:

- a) “Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho” (ver consid. 11, y sus citas de pronunciamientos de la República Federal Alemana).
- b) “Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente” (ídem).

Aquí la Corte argentina siguió los criterios actualmente aceptados en los Estados Unidos, por los cuales al Estado le está vedado “crear” un delito con el propósito de penar a su autor. Pero, según agrega nuestra Corte siguiendo también en ello a la estadounidense, distinta es la situación si el Estado puede demostrar que el imputado tenía ya una “predisposición” a delinquir¹¹.

¹¹ Los casos más conocidos en ese país, y que la Corte argentina citó, son *Sorrells v. United States*, 287 US 435 (1932) y *Sherman v. United States*, 356 US 369 (1958), en los que funcionarios policiales habían solicitado a los imputados que les vendieran sustancias prohibidas en repetidas ocasiones, convenciéndolos finalmente luego de la negativa inicial de aquéllos. La Corte estadounidense anuló las condenas dictadas, por entender que eran los mismos policías los que habían implantado en la mente de los imputados la idea criminal.

En casos posteriores, sin embargo, la Corte estadounidense dijo que la actividad del agente provocador es lícita si existe una “predisposición previa a delinquir”. Ver *United States v. Russell*, 411 US 423 (1973) y *Hampton v. United States*, 425 US 484 (1976). Esta excepción a los principios de “Sorrells” y “Sherman” fue objeto de fuertes críticas, por entenderse que abría la puerta a examinar toda la vida pasada del imputado, a fin de testear su “predisposición a delinquir”

Vale decir, nuestra Corte no considera que se ha violado la garantía de la defensa en juicio de un imputado cuando el Estado lo atrapa utilizando para ello un agente encubierto. Ello, siempre que el agente se mantenga “dentro del Estado de Derecho”, y siempre que no sea el mismo Estado el que “crea” el delito en la mente del imputado. Pero si el imputado está “predispuesto a cometer el delito” de manera que “los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado” (ver este lenguaje en el consid. 11 del fallo), entonces éste tampoco podrá invocar que ha sido víctima de una trampa ilegal¹².

Por último, el Alto Tribunal tuvo en cuenta que existen ciertos delitos, tales como el de tráfico de estupefacientes, que se preparan y ejecutan de manera tal que sólo es posible su descubrimiento cuando “los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad donde ellos tienen lugar” (ver consid. 10).

7.2. Criterios que surgen del caso precedente

Como bien lo señala la doctrina¹³, este caso dejó abiertos varios interrogantes. ¿Qué es, básicamente, “obrar

(ver la disidencia del Juez Roberts en “Sorrells”, ps. 458-459, y los trabajos de Gerald Dworkin *Entrapment and the creation of crime*, 4 L. and Phil. 17, 1985, y de Maura Whelan *A proposal to replace the entrapment defense with a reasonable-suspicion requirement*, 133 University of Pennsylvania Law Review 1193, 1985).

¹² Para un análisis de la defensa de “entrapment” en los Estados Unidos, ver Carrió, A., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*, p. 63 y siguientes.

¹³ Ver el trabajo de Sandro, *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, en “Doctrina Penal”, 1992, año 15, p. 125.

dentro del Estado de Derecho”, como requisito para afirmar la legitimidad del empleo de agentes encubiertos? ¿Cuándo diremos que una persona estaba o no “predispuesta a delinquir”? ¿A partir de qué momento debe existir esa predisposición?

¿Puede el Estado desparramar billeteras por la calle, para ver qué ciudadanos se tientan y las toman, y así poder penarlos por el delito de hurto impropio del art. 175, inc. 1º, Cód. Penal?

En los Estados Unidos, a principios de la década del '80, el gobierno federal montó un operativo que se conoció como ABSCAM. Agentes del FBI disfrazados como jeques árabes tomaron contacto con legisladores para interesarlos en proyectos que requerirían el dictado de ciertas leyes, a cambio de las “comisiones” de rigor. Varios legisladores entraron en la celada, y fueron luego procesados por violación a sus deberes de funcionarios. ¿Qué diríamos de un esquema así en nuestro país? ¿Hay alguna diferencia, a los fines de la garantía constitucional en examen, entre este ejemplo y el de las billeteras visto en el párrafo anterior?

Jorge Sandro, en el trabajo citado *supra*¹⁴, apunta con acierto las dificultades de recurrir a los principios básicos de Derecho Penal en materia de complicidad e instigación. Si un agente del gobierno deja a propósito una billetera en un taxi, y el taxista que es humano y se tienta se la apropia, ¿diremos que es un caso en que alguien ha determinado *directamente* a otro a delinquir? (ver el lenguaje del art. 45, Cód. Penal).

Para los criterios de la Corte en “Fiscal v. Fernández” esto es de suma importancia, pues la legitimidad del empleo de agentes encubiertos depende de que estos se

¹⁴ Idem, nota anterior.

mantengan dentro del Estado de Derecho, lo que no ocurrirá si concluimos que en un caso concreto existió de parte del agente encubierto una verdadera instigación.

Lo que ocurre, a mi entender, es que la pregunta previa es otra. Es saber si, de acuerdo a los principios constitucionales que nos rigen, deseamos vivir en una sociedad donde el Estado esté habilitado cada tanto a “testear” nuestra honestidad. Y esto requiere ya una valoración constitucional, previa y jerárquicamente superior a tipificaciones de si una conducta es o no, técnicamente, una instigación.

Bajo esta óptica, es desde mi punto de vista posible distinguir el caso de las billeteras (que recuerda ominosamente las fantasías de Orwell en su novela “1984”), de la controvertida operación ABSCAM. Es que, particularmente, creo que el nivel de honestidad exigible al ciudadano común y el que debe tener un funcionario que maneja los intereses y fortunas de la comunidad, son diferenciables. La conducta que esperamos del funcionario al que se le propone algo ilícito, es que saque al proponente de su oficina a empujones. Del ciudadano medio que ve una billetera tirada, no me parece bien exigirle exactamente igual.

En relación con el tema de la “predisposición a delinquir”, como obstáculo a invocar defensas constitucionales, un caso reciente decidido en los Estados Unidos puede brindar pautas de interés.

En *Jacobson v. United States*, 112 S. Ct. 1535 (1992), se planteó lo siguiente. Agentes federales le enviaron al imputado durante espacio de dos años diversos panfletos de supuestas organizaciones defensoras de la libertad de expresión, con el objeto de persuadirlo de que comprara a través del correo material pornográfico sobre menores de edad. El imputado finalmente hizo un

pedido, y a su arribo la policía lo detuvo en su domicilio. Una requisita del lugar no reveló la existencia de ningún otro material pornográfico, salvo el enviado por los propios agentes gubernamentales. La Corte estadounidense revocó la condena, entendiendo que la predisposición del imputado a delinquir, como forma de responsabilizarlo por un delito provocado por el mismo Gobierno, debe estar presente al momento en que sus agentes toman contacto con el imputado, y no en un tiempo posterior. Además, dijo que en este caso la acusación no había demostrado que la supuesta predisposición tuviese un origen independiente, y distinto de los esfuerzos que el propio Gobierno venía dirigiendo hacia el imputado.

Para concluir, debe recordarse que la Corte argentina tuvo en cuenta para declarar la legitimidad del empleo de agentes encubiertos, que ciertos delitos como el tráfico de estupefacientes, se montan sobre la base de una organización criminal en la que debe el Estado intentar inmiscuirse, si desea realmente combatirlos.

Es posible que sobre la base de estas afirmaciones, futuros pronunciamientos reserven el empleo de agentes encubiertos sólo para esta clase de delitos, descartando esta técnica de investigación para casos con connotaciones más simples.

8. “*REFORMATIO IN PEJUS*” EN CAUSAS PENALES

Conectada con la garantía de la defensa en su sentido genérico se halla una rica doctrina judicial relativa a la prohibición de la llamada *reformatio in pejus*, esto es, la imposibilidad de agravar la situación del procesado ante la falta de recurso acusatorio. En efecto, tal como los casos que siguen han de ilustrar, la Corte ha

afirmado en numerosas oportunidades el rango constitucional del principio que prohíbe la *reformatio in pejus*, por hallarse el mismo relacionado con la garantía de la defensa en juicio. He de examinar aquí los ejemplos de esa doctrina que considero como más relevantes.

8.1. *El principio general*

a) En “Mario Sixto Gómez”, *Fallos-CSJN*, 234:270 el procesado había sido absuelto en primera instancia del delito de homicidio por el que fuera acusado. El Fiscal apeló. Una vez concedido el recurso y llegados los autos al Fiscal de Cámara, éste manifestó en su dictamen que no mantenía el recurso. Pese a ello, la Cámara conoció del recurso originariamente interpuesto, revocó la absolución y condenó a Gómez a una pena de prisión. El Defensor Oficial interpuso recurso extraordinario fundado en la violación de la garantía de la defensa en juicio, por haberse impuesto una condena sin potestad jurisdiccional. La Corte hizo lugar al recurso. En fallo dividido, el voto mayoritario entendió que la manifestación del Fiscal de Cámara de no mantener el recurso equivalía a desistir de la apelación. En tales condiciones, el Alto Tribunal agregó que:

...tan desprovista de soportes legales resultaría una condena de primera instancia sin acusación, como una condena de segunda instancia sin apelación.

Puesto que pese a esa apelación desistida Gómez había sido condenado, la Corte concluyó que “no han sido respetadas en el caso la garantía de la defensa ... ni el derecho a la absolución adquirido a raíz del desistimiento del recurso acordado contra la sentencia que la había declarado”.

b) En “Monzo”, *Fallos-CSJN*, 234:367 la Corte tuvo oportunidad de resolver un caso de características similares. Allí el procesado había sido condenado en primera instancia a una pena de prisión. Tanto él como el Fiscal apelaron; Monzo por la condena, y el Fiscal por cuanto la pena impuesta era menor a la solicitada en la acusación. Llegados los autos a la Cámara, el Fiscal de segunda instancia expresó que no mantenía el recurso. Al conocer de la apelación interpuesta por Monzo, la Alzada confirmó el fallo condenatorio, elevando el monto de la pena a cumplir.

La Corte revocó. Remitiéndose a los fundamentos del caso “Gómez”, dijo que allí se habían analizado las razones por las cuales:

...la condena en segunda instancia, sin que medie recurso interpuesto mantenido por el Ministerio Fiscal contra la sentencia absolutoria de primera instancia, importa resolver sin jurisdicción, afectar la situación alcanzada con el fallo firme de la instancia inferior y comprometer las garantías de la defensa que asegura ... la Constitución¹⁵.

c) En el caso “Basseler”, *Fallos-CSJN*, 248:125 la Corte dio algunas pautas generales relativas al instituto de la *reformatio in pejus*. Basseler había sido condenado al pago de una multa por un Juez de Faltas, apelando la misma ante la Cámara del Trabajo que actuaba como tribunal de grado. Por entender que el Juez de Faltas había aplicado erróneamente la escala de sanciones fijada por ley, la Alzada elevó el monto de la multa. Basseler interpuso contra esa resolución recurso extraordinario.

¹⁵ Para una reafirmación de este principio, ver los casos registrados en *Fallos-CSJN*, 237:198, 497; 253:370; 255:79; 287:458 y muchos otros.

El mismo fue acogido por la Corte. Dijo así el Alto Tribunal que el pronunciamiento en recurso:

...ha desconocido el principio de que la falta de recurso acusatorio impide agravar la pena, "el que posee jerarquía constitucional" y es aplicable en supuestos como el de autos. En el caso, la sentencia (recaída), en cuanto aumenta la sanción impuesta, ha sido dictada sin jurisdicción y contraría la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Porque la "reformatio in pejus" se vincula con el agravio del apelante y no con el acierto del fallo; y no es racional la alternativa de consentir la sentencia condenatoria o exponerse al aumento de la sanción en la alzada¹⁶. (Énfasis agregado).

d) En "Lombardía", *Fallos-CSJN*, 295:778 ocurrió lo siguiente. El juez de primera instancia había dictado contra el procesado sentencia condenatoria unificando la sanción impuesta en la causa con otra anterior, condenándolo a una pena única de prisión. El fallo fue sólo apelado por Lombardía. La Cámara revocó la unificación de la condena, empeorando así la situación legal del recurrente. La Corte revocó por aplicación de:

...su constante jurisprudencia acerca de que la "reformatio in pejus" afecta la garantía constitucional de la defensa en juicio.

En una línea similar, puede verse el caso "Sánchez". *Fallos-CSJN*, 308:521. Sin mediar agravio fiscal, la Cámara había anulado una sentencia condenatoria de primera instancia que unificaba la pena impuesta con una anterior. La Alzada, en el marco del recurso interpuesto sólo por el procesado, ordenó se volviera a practicar un

¹⁶ Con invocación de similares principios, la Corte resolvió los casos de *Fallos-CSJN*, 248:612 y 298:432.

nuevo cómputo, de manera que la condena efectiva se extendió en tres años más. Llegado el caso a la Corte, ésta señaló que:

...al anular el “a quo” la unificación de penas declarada en primera instancia, sin que mediara recurso acusatorio y agravando de ese modo la situación del condenado, ha recurrido en un supuesto de “reformatio in pejus” que descalifica la sentencia.

e) El caso “Swift S.A.”, *Fallos-CSJN*, 300:602 presenta también características propias. Allí esa compañía había sido condenada en primera instancia al pago de una multa, por infracción al régimen de cambios. Sólo la compañía apeló el fallo. Llegada la causa a la Cámara, el Fiscal de segunda instancia solicitó la extensión de la condena, en forma solidaria, a los directores de la empresa. La Alzada acogió el pedido e hizo extensiva la condena a los directores en esos términos.

La Corte invalidó ese pronunciamiento. Se basó para ello en que el Fiscal de Cámara estaba impedido de expresar agravios como lo hizo, en virtud de la falta de apelación por el Ministerio Público. Agregó que de esa manera:

...se suscitó la conculcación de la defensa en juicio para quienes pudieran resultar afectados por la solidaridad dispuesta por la alzada, constituyente de una clara demasía decisoria, que comporta la “reformatio in pejus” del fallo de primer grado, sin recurso acusatorio que lo autorizara.

8.2. ¿Cuándo falta recurso acusatorio?

En el punto anterior vimos cómo la Corte, en los casos en que el Fiscal de Cámara manifestó que no mantenía el recurso, equiparó tal situación a la *ausencia* de

apelación. De tal manera, ante la falta de recurso acusatorio, la Cámara se halló inhabilitada para agravar la situación del procesado. En los casos que siguen analizaré algunos supuestos ligeramente diferentes.

a) En “Barreyro”, *Fallos-CSJN*, 240:277 se planteó lo siguiente. El procesado había sido absuelto en primera instancia. El Fiscal apeló. En la Alzada el Fiscal de segunda instancia expresó que “mantenía el recurso a fin de que el Tribunal pudiera pronunciarse”, pero indicó que a su criterio correspondía mantener la absolución. La Cámara revocó y condenó a Barreyro a una pena de prisión.

Interpuesto por el defensor de éste recurso extraordinario, el mismo fue desestimado por la Corte. En fallo dividido, el Alto Tribunal manifestó que aquí existía un recurso *mantenido*, y que por consiguiente la doctrina de Mario Sixto Gómez no era aplicable.

Este criterio fue abandonado poco tiempo después. En efecto, en “Olguín”, *Fallos-CSJN*, 244:198 la Corte —con modificaciones en su integración— conoció de un recurso deducido en virtud de hechos similares a los presentados en “Barreyro”. En este nuevo caso, sin embargo, el Alto Tribunal concluyó que un dictamen fiscal en el cual el representante del Ministerio Público opinaba que la sentencia apelada era justa:

...no configura, jurídicamente, una expresión de agravios. Por lo tanto, sin un agravio real del apelante, la jurisdicción del tribunal de alzada no pudo abrirse desde que no quedó efectivamente planteado contra la sentencia ningún recurso.

En tal virtud, y por aplicación de la doctrina de “Gómez” y “Monzo”, el recurso extraordinario fue declarado procedente.

Para un caso más reciente afirmando estos principios, ver “Carballo”, *Fallos-CSJN*, 308:259. Allí, ante un fallo absolutorio de primera instancia, el Fiscal de Cámara dijo que manifestaba su conformidad con el mismo. Sin embargo, mantuvo el recurso en atención a que los integrantes de la Cámara tenían opiniones diversas en cuanto a los alcances de la ilegalidad de un allanamiento, lo cual había servido de fundamento a la absolución. El Fiscal sostuvo entonces que mantenía el recurso “a fin de no excluir la jurisdicción de la Cámara”. Esta, finalmente, revocó la sentencia absolutoria y condenó a Carballo a una pena de prisión. La Corte, siguiendo en ello al Procurador General, consideró que la conformidad inequívoca del Fiscal de segunda instancia con el fallo absolutorio quitaba todo sustento al recurso deducido. Con cita de “Olguín”, “Monzo” y “Mario Sixto Gómez”, afirmó que el haber mantenido el Fiscal el recurso al solo efecto de que la Cámara se pronuncie, equivalía tanto como a un procedimiento de consulta carente de fundamento legal.

b) La Corte ha entendido, en cambio, que la doctrina de “Gómez” no es aplicable en los casos en que, existiendo recurso fiscal, el Fiscal de Cámara no presenta expresión de agravios. Esto último fue precisamente lo decidido en “Blancomar S.R.L.”, *Fallos-CSJN*, 270:236.

En apoyo de su decisión, el Alto Tribunal manifestó que declarar desierto un recurso por no existir expresión de agravios, no se compadecería con “la especial naturaleza del juicio criminal en el que —a diferencia de lo que acontece en el procedimiento civil— no puede considerarse limitada la potestad jurisdiccional por las respectivas pretensiones de las partes”¹⁷.

¹⁷ Este criterio fue luego reafirmado en el caso “Perotti”, *Fallos-CSJN*, 292:155.

c) Por aplicación de un criterio análogo a los examinados precedentemente, fue resuelto el caso “Tomasevoli”, *Fallos-CSJN*, 303:1431. Allí el procesado había sido condenado en primera instancia. El apeló y también lo hizo el Fiscal, pero este último sólo por considerar *excesiva* la pena impuesta. Al conocer de los recursos la Cámara agravó el monto de la condena. Tomasevoli dedujo entonces recurso extraordinario.

La Corte hizo lugar al mismo. Se remitió para ello al dictamen del Procurador General, quien entendió que no cualquier recurso fiscal equivale a un recurso acusatorio. Así, agregó que:

...al no existir agravios que buscasen aumentar la pena, la actitud del tribunal “a quo” de imponerle al condenado (una pena mayor) constituye un indudable exceso de jurisdicción, en perjuicio no sólo de los intereses de la defensa, sino también de los que pretendía resguardar el fiscal apelante.

8.3. ¿Cuándo hay agravación de pena?

He de analizar ahora situaciones en las que la Corte ha sido llamada a pronunciarse sobre qué debe entenderse por agravación de pena lo cual, según vimos, se halla prohibido ante la falta de recurso acusatorio.

a) En “Michelson”, *Fallos-CSJN*, 247:447, el procesado había sido condenado en primera instancia a una pena de multa e inhabilitación, todo en forma condicional. Al conocer del recurso interpuesto sólo por Michelson, la Cámara reformó la sentencia y dispuso que la pena de inhabilitación debía hacerse efectiva. Aquél interpuso entonces recurso extraordinario.

La Corte hizo lugar al recurso. Con invocación de “Mario Sixto Gómez” la Corte manifestó que era “incuestio-

nablemente exacto” lo afirmado por el recurrente, en el sentido de que la Cámara había reformado el fallo en perjuicio del reo, sin mediar recurso fiscal que la habilitara a tal efecto. Ello, agregó el Alto Tribunal:

...afecta de manera ilegítima la situación obtenida por el procesado merced a la sentencia de la instancia anterior —consentida por el Ministerio Público— y lesiona, de ese modo, la garantía contemplada por el art. 18 de la Constitución Nacional¹⁸.

b) Recientemente, en el caso “Llada”, *Fallos-CSJN*, 302:718, la Corte sentó un principio bastante discutible. Llada había sido condenado en primera instancia a la pena de dos años de prisión, en suspenso, e inhabilitación para conducir automotores por el término de ocho años por los delitos de homicidio y lesiones culposas en concurso ideal. Sólo él apeló este pronunciamiento. Al conocer del recurso, la Cámara modificó el fallo manteniendo la inhabilitación y reduciendo a un año, a *cumplir*, la pena corporal. Llada interpuso contra esa resolución recurso extraordinario. El mismo fue rechazado por la Corte. Señaló así el Alto Tribunal que para que el agravio del apelante, basado en la violación del instituto de la *reformatio in pejus*, pudiese prosperar:

...resultaría imprescindible la clara demostración de que la sanción aplicada por la alzada significa la agravación de la situación procesal del acusado... Si bien la condena corporal del superior fue de cumplimiento efectivo, temporalmente había quedado reducida a la mitad ... lo cual basta como demostración de que para arribar a una con-

¹⁸ Con iguales fundamentos, la Corte resolvió con posterioridad el caso “Fazio”, *Fallos-CSJN*, 258:73 en donde reafirmó el rango constitucional del instituto de la *reformatio in pejus*.

clusión cierta acerca de la gravedad relativa de tales penas, es indispensable encarar temas de derecho común ... Como es bien sabido, la interpretación y aplicación de las normas de derecho común constituye un quehacer extraño a la órbita del recurso extraordinario.

c) En “Spoltini”, *Fallos-CSJN*, 303:127, una condena a prisión había sido apelada por el procesado. Llegados los autos a segunda instancia, la Cámara confirmó la condena y aplicó la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. Dicha accesoria no había sido incluida en la sentencia apelada ni solicitada por el Fiscal. Spoltini interpuso recurso extraordinario.

La Corte lo declaró procedente. Dijo así que la aplicación de esa accesoria, la cual está sujeta a la ponderación de elementos fácticos propios del caso particular, realizada sin oportunidad de debate previo constituye violación del derecho de defensa¹⁹.

d) En cambio, en el caso “Fea”, *Fallos-CSJN*, 304:1270 —S—, la Corte consideró que no existía agravio constitucional. Allí, ante una sentencia condenatoria de primera instancia impuesta por dos delitos, sólo el procesado apeló. La Cámara revocó una de las dos condenas, confirmando la restante y manteniendo la misma pena impuesta en la instancia anterior.

¹⁹ Para un caso similar, con igual resultado, cfr., “Manulis”, *Fallos-CSJN*, 303:670. En el caso “Pistacchia”, *Fallos-CSJN*, 303: 907 la Corte arribó a un pronunciamiento diferente, por tratarse allí de un supuesto en que la accesoria de inhabilitación impuesta por la Alzada era obligatoria, de acuerdo a lo prescripto por el entonces vigente art. 19 bis del Cód. Penal.

La Corte señaló que esa decisión de la Cámara no suscitaba cuestión federal, puesto que la pena impuesta no superaba los límites legales, y la resolución de la Alzada de no disminuirla no implicaba que el apelante hubiese visto agravada su situación.

8.4. *Casos y principios complementarios*

A continuación he de examinar algunos casos en que la Corte ha encontrado mérito para aplicar la doctrina de “Mario Sixto Gómez”, a pesar de tratarse de supuestos con características especiales. Luego de ello, veremos otros en los que el Alto Tribunal ha sentado algunos principios complementarios de esta materia.

a) En el caso “Lloret”, *Fallos-CSJN*, 268:45, tres procesados habían sido condenados en primera instancia por el delito de contrabando. El Fiscal sólo apeló la menor pena impuesta respecto de uno de ellos. Llegada la causa a segunda instancia la Cámara decretó la nulidad de la sentencia, sobre la base de que ella había omitido pronunciarse sobre la inhabilitación especial prevista en la Ley de Aduana. Fallando sobre el fondo de la apelación, la Alzada elevó las penas a los tres procesados e impuso respecto de ellos la accesoria de inhabilitación.

Deducido recurso extraordinario, la Corte revocó. Respecto de los dos procesados cuyas penas habían sido consentidas por el Fiscal, el Alto Tribunal manifestó que la Cámara:

...carecía de jurisdicción para elevar las penas, ante la falta de recurso fiscal ... ello implica “reformatio in pejus” y el desconocimiento del principio según el cual la falta de recurso acusatorio impide agravar las sanciones que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, tiene jerarquía constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional).

Respecto de la pena de inhabilitación, la Corte entendió que su aplicación a los tres procesados violaba igualmente aquel principio constitucional²⁰.

En “Luppo”, *Fallos-CSJN*, 303:335, la Corte arribó a un resultado diferente, en un caso con características propias. Allí la imputada había sido condenada en primera instancia. Esa condena había sido apelada tanto por ella como por el Agente Fiscal, éste por la menor pena impuesta. La Cámara confirmó. Esta resolución de Cámara, sin embargo, fue atacada por la defensa por existir vicios en el procedimiento de segunda instancia. La causa volvió a ser fallada entonces por la Cámara²¹, y esta vez se le impuso a la acusada Luppo una pena superior a la fijada por el Juez de Sentencia.

La defensa interpuso recurso extraordinario basado en la violación del principio de la *reformatio in pejus*. La Corte lo declaró improcedente. Con apoyo en el dictamen del Procurador General el Alto Tribunal manifestó que en el caso:

...no se ha desconocido el principio invocado, que reconoce raigambre constitucional. Al anularse el primer fallo (de Cámara) ... se han revertido los poderes del tribunal “a quo”, cuyos límites se encuentran fijados nuevamente por los recursos interpuestos contra el de la instancia inferior. Esta conclusión, por lo demás, no se modifica por la circunstancia de que la ulterior actividad jurisdiccional se originara por un impulso procesal desarrollado exclusivamente por la defensa, habida cuenta la posibilidad de que el proceso cul-

²⁰ En “Schmerkin”, *Fallos-CSJN*, 258:220 la Corte revocó igualmente una sentencia de Cámara que había anulado, en perjuicio de los procesados, aspectos consentidos de un pronunciamiento de primera instancia.

²¹ Presumiblemente por otra Sala, aun cuando ello no surge de la lectura del fallo.

*mine con una condena aún mayor es un riesgo previsible que debe asumir quien utiliza un poder discrecional*²².

El criterio expuesto en “Luppo” fue abandonado por la Corte en un caso posterior. En efecto, en “Lanci”, *Fallos-CSJN*, 307:2238 se planteó una situación similar. Los procesados habían sido condenados en segunda instancia a penas de prisión e inhabilitación. Si bien ello surge sólo del voto en disidencia y no del de la mayoría, al parecer sí había mediado recurso acusatorio contra la decisión de primera instancia. La sentencia de Cámara fue consentida por el Ministerio Público y apelada por los procesados a la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires. Esta anuló el fallo de la Alzada y ordenó el dictado de un nuevo pronunciamiento.

La Cámara, por intermedio de otra Sala, modificó la anterior sentencia condenatoria, aumentando respecto de los procesados los montos de sus condenas a prisión e inhabilitación. Luego de que éstos agotaran las vías recursivas locales, el caso fue llevado a la Corte federal. Los procesados invocaron que la primera sentencia de Cámara no podía ser modificada en su perjuicio al haber sido ella consentida por el Ministerio Público.

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario, en votación dividida. La mayoría, sin decir una palabra acer-

²² En cambio, la Corte ha entendido que la doctrina de “Gómez” sí se aplica cuando luego de un recurso extraordinario declarado procedente, al volver los autos a la Cámara ésta se pronuncia sobre puntos ya resueltos por la Corte, y en perjuicio del procesado. “Amorosino”, *Fallos-CSJN*, 300:671. Para la aplicación de esta doctrina en el supuesto de una aclaratoria deducida por la defensa, que la Cámara resuelve empeorando la situación del procesado, ver el caso “Guido”, *Fallos-CSJN*, 283:48.

ca de la evidente similitud de este caso con “Luppo”, señaló que:

...asiste razón al recurrente pues se ha vulnerado su derecho al elevarse la pena impuesta en la primera condena... La jurisdicción de la Cámara para dictar la sentencia impugnada nació del pronunciamiento de la Corte provincial que descalificó la anterior, y esta última fue consentida por el Ministerio Público. Cabe señalar que la anulación (se refiere a la primera sentencia de Cámara) se dispuso a instancia exclusiva del condenado, sin que en la oportunidad mediara agravio del acusador, y así se afectó de manera ilegítima la situación del procesado originada en el fallo anterior de la Alzada —posteriormente anulado— conculcando la garantía establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional.

A continuación, la Corte utilizó un argumento a mi juicio decisivo, y que importa en los hechos —aunque el Alto Tribunal no lo haya así enunciado— abrir una línea jurisprudencial incompatible con la expuesta en “Luppo”. Para decirlo más simplemente, mi impresión es que “Luppo” está muerto y enterrado. En apoyo de su decisión la Corte agregó:

...no cabe duda de que resultaría arbitrario concederle al procesado la facultad de impugnación, y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de dicha facultad, y sin existir recurso de la parte acusadora, su situación procesal se vea empeorada, colocándolo en la disyuntiva de correr el citado riesgo o consentir una sentencia que considera injusta. (Ver consid. 6º).

La trascendencia de que la Corte haya optado en “Lanci” por este criterio, abandonando el anterior de “Luppo” es manifiesta. Las sentencias de los tribunales de segunda instancia, no importa que luego sean anuladas por un Superior Tribunal provincial, fijan el

tope de la condena que ha de sufrir un procesado, si ellas no son recurridas por el Ministerio Público. De allí que el procesado pueda hacer uso de su derecho a recurrir la sentencia condenatoria de Cámara, sin temor a que un fallo anulatorio haga “renacer” la potestad que tenía inicialmente la Cámara para agravar la situación del acusado en los casos en que mediaba recurso fiscal contra la sentencia de primera instancia.

b) La Corte ha resuelto, igualmente, que la raigambre constitucional del instituto de la *reformatio in pejus* se refiere sólo al procesado. En efecto, en “Parera”, *Fallos-CSJN*, 254:353, el Alto Tribunal declaró improcedente un recurso extraordinario deducido por el querellante, quien manifestó que la Cámara se había pronunciado con exceso de jurisdicción.

La Corte expresó que era cuestión de orden procesal y común lo atinente a la extensión con que las leyes respectivas regulan la competencia de los tribunales de Alzada. Agregó que:

*...ello es especialmente así respecto de los recursos deducidos por el particular querellante en los delitos de acción pública, porque no le asiste a éste derecho esencial, con base en la Constitución, a la intervención en la causa criminal y a la condena penal de terceros*²³.

c) El Alto Tribunal ha entendido que el principio que prohíbe la *reformatio in pejus* es aplicable a los procedimientos cumplidos en la Justicia Militar. Para un ejemplo de ello, ver los casos “Silva”, *Fallos-CSJN*, 274:283;

²³ Este criterio expuesto por la Corte es sin duda consistente con el que emana de los casos mencionados *supra*, cfr., Cap. II, nota 25.

“Mason”, *Fallos-CSJN*, 300:156 y “De la Torre”, *Fallos-CSJN*, 303:172.

El caso “Giusti”, *Fallos-CSJN*, 306:435, merece en tal sentido una mención especial. El acusado había sido condenado por un tribunal militar a ocho años de prisión. El monto de la condena, al igual que la calificación legal, fue apelado por el Fiscal. En oportunidad de fundar el recurso el Fiscal General de las Fuerzas Armadas pidió la confirmación de la sentencia recurrida, declarando que compartía el *quantum* de la pena aplicada al acusado.

El Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, invocando “su facultad soberana de decidir en definitiva no sólo la calificación legal ... sino también la de establecer la naturaleza de las penas a imponer”, elevó la condena a doce años, transformándola en reclusión.

La Corte, obviamente, revocó. Con cita de “Mario Sixto Gómez” y sus consecuentes, señaló que se había afectado de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado, puesto que sin mediar agravio fiscal se le había aumentado la pena “incurriendo en una *reformatio in pejus* que, conforme a la conocida jurisprudencia del Tribunal, resulta violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional”.

d) Por último, he de mencionar ahora algunos casos en los que la doctrina de “Gómez” ha sido juzgada como inaplicable.

1. Ella no se aplica si el juez al dictar sentencia impone una pena mayor que la solicitada por el Fiscal: “Galíndez”, *Fallos-CSJN*, 237:190.
2. Tampoco se aplica a la actividad de la Cámara cuando conoce de recursos contra prisiones preventivas. Por consiguiente, la Alzada se halla ha-

bilitada para pronunciarse sobre delitos que no han sido objeto de resolución por el Juez de Instrucción: “Rocca”, *Fallos-CSJN*, 241:195.

3. Si durante la tramitación de una causa el Fiscal pide un sobreseimiento definitivo y el juez dicta sólo un provisional, ello no implica violación de la garantía en examen: “Baigún”, *Fallos-CSJN*, 244:65 —S—.
4. La doctrina de “Mario Sixto Gómez” tampoco se aplica si mediando un recurso apelatorio mantenido en segunda instancia, la Cámara impone pena más grave que la solicitada por el Fiscal: “Guzmán”, *Fallos-CSJN*, 246:121; “Marantz”, *Fallos-CSJN*, 260:59.

9. LOS CAMBIOS DE CALIFICACION

Vinculado al tema de los límites de la jurisdicción recientemente analizado, se halla otra doctrina elaborada por la Corte en torno a los llamados “cambios de calificación”. En efecto, el Alto Tribunal se ha hecho cargo de cuestiones adicionales relativas a la actividad de los tribunales de segunda instancia, sentando ciertos principios basados igualmente en el genérico derecho de defensa. He de examinar ahora los casos más relevantes.

α) El caso “Bazzino”, *Fallos-CSJN*, 242:234, puede citarse como el origen de esta doctrina. Bazzino había sido condenado en primera instancia por el delito de usurpación, aun cuando en la querrela se lo acusara por estafa. Apelado el fallo por la defensa, la Cámara lo confirmó en cuanto a la pena impuesta, pero modificó la calificación del delito considerándolo estafa. Bazzino

interpuso entonces recurso extraordinario, basado en que se le había negado la oportunidad de defenderse de un delito que no fue materia de acusación ni prueba durante el juicio.

La Corte rechazó el recurso. De tal manera, dejó firme el criterio de la Alzada que justificara el cambio de calificación, atento a que “la querrela se había iniciado por estafa, la calificación del delito es facultad del tribunal y los hechos por los cuales se condenaba eran los mismos que fueran materia de indagatoria”. El Alto Tribunal concluyó así que:

...la sola circunstancia de que la Cámara, sin agravar la pena, modificara la calificación del delito, no importa agravio constitucional²⁴.

b) Esta doctrina fue luego consolidada en “Bonomo”, Fallos-CSJN, 245:80. Allí Bonomo había sido absuelto en primera instancia. El Fiscal apeló y la Alzada, siguiendo en ello la requisitoria del Fiscal de Cámara, cambió la calificación legal y revocó. Bonomo fue así condenado a una pena privativa de libertad.

La Corte rechazó el recurso extraordinario interpuesto por la defensa. Se remitió para ello al dictamen del Procurador General, quien manifestó que:

... en lo que atañe a la cuestión constitucional planteada ... (puesto) que la acusación de primera instancia y la expresión de agravios de segunda versaron sobre el mismo hecho, difiriendo sólo en la calificación legal de aquél, ...no

²⁴ En virtud de los principios antes examinados, el tribunal sí se hallaba inhabilitado para aumentar la pena, dada la falta de recurso acusatorio. Más adelante analizaré un caso combinando aspectos de la *reformatio in pejus* y los cambios de calificación.

*ha existido la alegada violación de la garantía de la defensa en juicio*²⁵.

c) El caso “Ferraro”, *Fallos-CSJN*, 295:400, combina aspectos relativos a los cambios de calificación y al instituto de la *reformatio in pejus* ya examinado. Ferraro había sido condenado en primera instancia por el delito de robo calificado. Sólo él apeló la sentencia. La Cámara, sin mediar recurso fiscal, cambió la calificación del hecho y agravó la pena.

La defensa interpuso entonces recurso extraordinario basado en dos circunstancias. La primera, que Ferraro había sido condenado por un delito que no había sido materia de acusación y defensa; la segunda, que la pena impuesta en primera instancia había sido agravada sin mediar recurso acusatorio.

La Corte declaró procedente el recurso sólo respecto del segundo agravio. El primero fue desechado ya que el Alto Tribunal entendió que un único hecho había sido objeto de debate, y que la distinta calificación acordada al mismo no era susceptible de producir menoscabo a la defensa (del dictamen del Procurador al que el fallo remitiera).

En cambio, en relación con el aumento de la pena la Corte afirmó que:

²⁵ Este criterio de otorgar validez a los cambios de calificación en la medida en que la condena recaiga sobre los mismos hechos investigados durante el proceso, ha sido reiteradamente afirmado. Cfr., así los casos registrados en *Fallos-CSJN*, 250:572; 251:17; 280:135; 300:678; 302:482; 303:1740; 304:1270 y 306:784. Dicho criterio es además aplicable a los jueces de primera instancia, quienes al sentenciar pueden apartarse de la calificación hecha por el Juez de Instrucción al dictar la prisión preventiva y por el Fiscal al acusar, siempre que sean los mismos hechos los que autoricen a esa distinta calificación; “Panzer”, *Fallos-CSJN*, 302:328 —S—.

...si bien es jurisprudencia de esta Corte que la distinta calificación de los hechos no compromete la garantía constitucional de la defensa en juicio... ello es así a condición de que el resultado no sea la agravación de la pena impuesta cuando, como ocurre en el caso, no ha mediado recurso fiscal acusatorio... En tales condiciones el aumento de la pena cuando sólo existió recurso de la defensa tendiente a obtener su disminución constituye la "reformatio in pejus" que la reiterada doctrina de esta Corte ha considerado violatoria de aquella garantía constitucional.

d) Por aplicación de la doctrina expuesta en los casos precedentes, la Corte ha invalidado pronunciamientos en los que la nueva calificación no se apoya en los mismos hechos motivo del proceso.

En "Fiscal c. Azcona", *Fallos-CSJN*, 298:308, Azcona fue procesado por complicidad en la falsificación y adulteración de vino. Sobre ese hecho versó el auto de prisión preventiva, la acusación, la defensa y la sentencia condenatoria de primera instancia. Interpuesto por la defensa recurso de apelación, la Cámara cambió la calificación y condenó a Azcona por el delito de falsificación de documentos privados. La Corte revocó. Dijo así que:

...la falsificación de documentos privados, no identificados en el fallo, no constituyó materia del juicio en ninguna de las etapas procesales correspondientes. Su admisión por la sentencia (de Cámara) justifica, pues, la argumentación de la defensa, en cuanto ella importa haberle privado de las oportunidades previstas en el procedimiento para cumplir su cometido, y constituye violación de la garantía de la defensa protegida por el art. 18 de la Constitución Nacional²⁶.

²⁶ Con invocación de iguales principios, en "Assenti" (*Fallos-CSJN*, 302:791), la Corte dejó sin efecto un fallo de Cámara que condenara al procesado por un hecho que no había sido materia de investigación. Afirmó así el Alto Tribunal que "la cuestión planteada excede los casos de cambio de calificación pues se trata del juzgamiento de un hecho sobre el cual la defensa no tuvo ocasión de hacerse oír".

CAPITULO IV

DETENCION DE PERSONAS

Entre las garantías constitucionales cuyo examen constituye la materia de este trabajo, pocas se encuentran en la práctica más desprovistas de efectivas barreras para su protección como la que trata de la detención de las personas. En efecto, a continuación veremos que el desarrollo de esta garantía vinculada a la libertad de las personas arroja conclusiones ciertamente inquietantes.

1. *FORMULACION CONSTITUCIONAL*

El art. 18 de nuestra Constitución dispone que “...*Nadie puede ser... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...*”.

Diversos autores, en lo que podría calificarse más bien como una expresión de deseos, han sostenido que esa “autoridad competente” no puede ser otra que la judicial, y que sólo en excepcionales circunstancias en las que no resulta práctico el requerimiento previo de una orden judicial —tal el caso de personas descubiertas *in fraganti* en la comisión de un delito— cabría apartarse de dicha interpretación¹.

¹ Cfr., Bidart Campos, *Derecho constitucional*, t. II, ps. 489-490.

Tanto el Código de Procedimientos en materia Penal que anteriormente regía, como el vigente según ley 23.984, contienen importantes excepciones a esa su-puesta regla. En efecto, según lo disponía el art. 4º del anterior ordenamiento y se ha mantenido en el art. 284, inc. 3º del actual, los funcionarios policiales tienen el deber de detener no sólo a quienes sorprendan en *in fra-ganti* delito, sino también a aquellas personas contra las que haya "...indicios vehementes de culpabilidad..."².

Al mismo tiempo, tanto en el ordenamiento procesal derogado como en el vigente, cuando la policía procede a detener a una persona por existir indicios vehementes de su culpabilidad, es necesaria una orden judicial de allanamiento, si la detención debe practicarse en un domicilio particular³.

Ahora bien, aun considerando a las excepciones apuntadas, esto es: a) cuando alguien es sorprendido *in fra-ganti* en la comisión de un delito y b) cuando existen indicios vehementes de la culpabilidad de una persona, como una reglamentación razonable de la garantía constitucional en examen⁴, corresponde analizar de qué ma-

² El art. 4º del anterior Código de Procedimientos en materia Penal hablaba indistintamente de "indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad", habiendo el nuevo ordenamiento suprimido lo de la "semiplena prueba". Para algunos casos judiciales interpretando el alcance de la norma derogada, ver *infra*, punto 5.

El nuevo Código, a su vez, ha incorporado un recaudo adicional que puede llegar a ser de importancia. Así, además de exigirle a los agentes policiales los "indicios vehementes", un arresto policial válido requiere que "...exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación...". Ver este lenguaje en el art. 284, inc. 3º del Código vigente.

³ Cfr., en el Código derogado el art. 188, y las excepciones mencionadas en el art. 189. En lo sustancial, este esquema se ha mantenido en el Código vigente. Ver en él los arts. 224 a 227.

⁴ Este esquema de considerar como legítimas las detenciones practicadas sin orden judicial cuando o bien el arrestado es sorprendido *in fraganti*, o bien existen contra él indicios de su culpabilidad siem-

nera se hallan los ciudadanos a resguardo de abusos de autoridad en esta delicada área.

2. *EL INSTITUTO DEL "HABEAS CORPUS".* *SU FUNCIONAMIENTO*⁵

Aun cuando el recurso de *habeas corpus* no aparece mencionado expresamente en nuestra Carta Magna, desde antiguo se ha entendido que el mismo constituye la vía adecuada para obtener la libertad en el caso de un arresto ilegal⁶. Sin embargo, y tal como los siguientes casos ilustrarán, esta vía no se ha caracterizado siempre por su efectividad.

2.1. *"Habeas corpus" y arrestos policiales*

En los casos en que la vía del *habeas corpus* ha sido utilizada para atacar la validez de un arresto cumplido por la policía invocando la existencia de indicios vehementes de culpabilidad, los tribunales han echado mano al siguiente criterio enunciado por la Corte a partir del caso "Altini", *Fallos-CSJN*, 68:316 .

pre que el arresto tenga lugar en la vía pública, coincide en lo sustancial con el seguido en los Estados Unidos. Cfr., *United States v. Watson*, 423 US 411 (1976).

⁵ Puesto que éste es un libro de garantías en el marco de un proceso penal, deliberadamente no he de examinar la rica jurisprudencia creada en torno al funcionamiento del *habeas corpus* como forma de intentar —las más de las veces infructuosamente— poner límite a las detenciones que practica el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio. Abundante información teórica y práctica sobre este tema, y sobre el instituto del *habeas corpus* en su totalidad, puede hallarse en Sagües, *Habeas corpus*.

⁶ Cfr., "Tripulantes de la Pilcomayo", *Fallos-CSJN*, 43:321. El *Writ of habeas corpus* sí aparece, en cambio, mencionado en la Constitución norteamericana desde su redacción original (art. 1º, secc. 9º, párr. 2º).

*...una vez que la persona arrestada en conexión con un delito ha sido puesta a disposición del Juez interviniente, el recurso de "habeas corpus" resulta improcedente*⁷.

De tal manera, aun en el caso de que un *habeas corpus* fuera interpuesto ante el juez en turno para el trámite de este tipo de acciones el mismo día del arresto policial de una persona, muy probablemente la "puesta a disposición" del detenido al Juez de Instrucción se cumpliría previo a toda decisión en el recurso. Ello permitiría al juez a cargo del *habeas corpus* aplicar la doctrina de "Altini", sin siquiera analizar el grado de razonabilidad de la detención originaria.

En la parte final de este capítulo voy a referirme a lo que considero sería una vía alternativa apta para poder examinar justamente esa razonabilidad. Según veremos, se trata de una vía aún en estado embrionario, dependiendo de los hombres de derecho —juristas y jueces— lograr que la misma alcance la viabilidad que, creo, se merece.

2.2. "*Habeas corpus*", cosa juzgada y competencia funcional

En nuestro Derecho se ha entendido también que el *habeas corpus* no es la vía para pretender dejar sin efecto resoluciones firmes de otros tribunales⁸.

⁷ Con un criterio semejante, la Corte ha entendido que el *habeas corpus* no es la vía adecuada para atacar el auto de prisión preventiva dictado por el juez que entiende en la causa. Cfr., el caso "Asquini", *Fallos-CSJN*, 275:102. Tampoco procede en los casos de orden de captura expedida por un juez: causa "Solari", *Fallos-CSJN*, 220:35.

⁸ En los Estados Unidos el *habeas corpus* funciona a este respecto de manera muy diferente. Ello, por cuanto en el Derecho norteamericano se admite que una persona juzgada y condenada por tribunales

α) El origen de este principio puede encontrarse en el caso “Pucci”, *Fallos-CSJN*, 243:306. Allí Pucci había sido condenado por un tribunal militar por el delito de insubordinación. Debe señalarse que Pucci era un civil al que se le dio “estado militar” a los fines de su juzgamiento por un Consejo de Guerra. En el proceso fue defendido por un militar, y condenado a la pena de dos años de prisión. La sentencia condenatoria fue consentida tanto por el defensor como por el procesado.

Tiempo después, y esta vez a través de un letrado, Pucci interpuso un recurso de *habeas corpus*. En el mismo, cuestionó la competencia de los tribunales militares que lo habían juzgado, invocando además que se había violado su derecho a contar con un defensor de confianza. El *habeas corpus*, rechazado en las instancias inferiores, fue llevado por Pucci a la Corte. Esta, por mayoría, confirmó. Señaló en tal sentido que:

...en ninguna hipótesis cabe admitir que el “habeas corpus” funcione como verdadero recurso de revisión apto para posibilitar la revocación de sentencias firmes emanadas de tribunales militares.

Luego de esta afirmación, la Corte entró a analizar la consecuencia que resultaría de pronunciarse sobre los agravios traídos por el recurrente. Dijo así que:

...debe agregarse que el fallo condenatorio del tribunal militar fue notificado al defensor y personalmente al procesa-

ordinarios busque, a través del procedimiento de *habeas corpus*, la revisión de su condena por medio de tribunales federales y, eventualmente, la Corte Suprema. Para un caso describiendo la historia de este instituto en los Estados Unidos y sus alcances como medio de impugnación de sentencias de tribunales estatales, ver *Stone v. Powell*, 428 US 465 (1976).

do... Ninguno de los dos... interpuso recurso alguno. La sentencia, pues, se encuentra firme. Si, en tales condiciones, esta Corte entrara al fondo del asunto planteado..., estaría concediendo que, al margen de las hipótesis legales puede ser revisada y revocada una sentencia que posee fuerza de cosa juzgada y ha sido emitida por un tribunal cuya competencia nace de una ley no declarada inconstitucional. Semejante decisión, claro está, afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, lo que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional⁹.

b) Con invocación de lo resuelto en “Pucci”, en casos posteriores la Corte reafirmó sin mayor discusión su doctrina según la cual el *habeas corpus* no procede contra las decisiones firmes de los tribunales¹⁰. Un caso más reciente, sin embargo, ha servido para replantearse esta cuestión.

⁹ Este caso contó con una sólida disidencia de Orgaz. Luego de admitir que el principio general era el que enunciaba la mayoría acerca de que el *habeas corpus* no autoriza a dejar sin efecto decisiones de otros tribunales, el doctor Orgaz señaló que este principio no era absoluto (con ironía, agregó que en Derecho ninguna doctrina lo es). Dijo así que, en materia penal, la irrevisabilidad de las decisiones firmes dependía naturalmente de que la competencia misma del tribunal que las dicte no esté gravemente cuestionada, y que el proceso sea conducido de manera ordinaria y regular. Esta disidencia concluyó señalando que “la mera posibilidad verosímil de que un ciudadano haya sido condenado por un tribunal incompetente a sufrir una pena de privación de la libertad, justifica que se dejen de lado las objeciones de carácter formal a fin de examinar la cuestión de inconstitucionalidad que el recurso plantea”.

¹⁰ *Fallos-CSJN*, 281:377; 303:1354 y 303:517. Más recientemente, en el caso “Cormack y Fuentes”, *Fallos-CSJN*, 311:2048 —S—, la Corte señaló que el *habeas corpus* no es la vía para solicitar la revocación de sentencias firmes, ni para cuestionar la privación de libertad originada en una causa seguida ante juez competente.

En "Pucheta", *Fallos-CSJN*, 311:133, *LL*, 1988-D-233¹¹, se discutió lo siguiente. Una persona había sido condenada en primera y segunda instancia por varios delitos graves a prisión perpetua. La Corte, en su integración anterior a 1983, había desestimado el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia condenatoria. Tiempo después, el condenado pretendió se reexaminara la legalidad del proceso que se le siguiera, a través de un recurso de revisión. Para ello, acompañó una declaración de un tercero a la que aparentemente se le asignaba trascendencia, y que sería demostrativa de que su confesión durante el proceso había sido prestada involuntariamente.

El recurso de revisión fue denegado. Contra la denegatoria interpuso el condenado recurso extraordinario. La mayoría de la Corte, en un fallo muy breve, rechazó el recurso. Dijo que el mismo carecía de fundamentación mínima y que en él no se rebatían adecuadamente las razones expuestas por el tribunal de segunda instancia para denegar la revisión.

La disidencia del doctor Bacqué es otra cosa. Allí comenzó por señalarse que efectivamente el recurso de revisión intentado no aparecía como la vía apta para cuestionar la legalidad del proceso que se le siguiera al recurrente. Ello, en razón de los estrictos requisitos fijados por la ley procesal para la admisibilidad de este recurso, y de la circunstancia de que la declaración cuya incorporación se pretendía carecía de los signos necesarios de autenticidad.

El doctor Bacqué consideró, en cambio, que puesto que la pretensión del recurrente era la de invalidar un proceso que se apoyaba, al menos en parte, en una con-

¹¹ Ver al pie de página el meduloso comentario de Néstor Sagües.

fesión extraída bajo apremios, la Corte se hallaba habilitada para tratar su agravio en el marco de una acción de *habeas corpus*. Señaló en tal sentido que no constituía un obstáculo que la ley 23.098 regulatoria del *habeas corpus* no previera expresamente su empleo para impugnar sentencias judiciales, puesto que lo que debía tenerse en cuenta para acordar o no la procedencia de este instituto era si el caso involucraba cuestiones directamente relacionadas con garantías constitucionales, y si existía la posibilidad de recurrir a otros medios legales para reparar los actos lesivos a la libertad (ver consid. 5°).

La disidencia que comento citó entonces el voto minoritario de Orgaz en "Pucci", y los principios aceptados en el Derecho norteamericano¹², según los cuales la existencia de cosa juzgada no implica un obstáculo insalvable para la procedencia de un *habeas corpus*. En este caso, entendió el ministro Bacqué, existían circunstancias excepcionales derivadas de la necesidad de corregir graves violaciones al principio constitucional del debido proceso, por las que cabía dar curso al procedimiento de *habeas corpus* que regula la ley 23.098.

c) Otro caso interesante, resuelto por el Superior Tribunal de Entre Ríos, es "Ferroud", LL, 1992-E-342¹³.

Una persona estaba una noche en compañía de su novia en una esquina, a la espera de unas entradas para el cine. El hecho ocurrió entre las 20.45 y 21 hs., en la ciudad de Paraná, en las proximidades de la terminal de ómnibus. Al parecer, también había en la misma

¹² Cfr., *supra*, nota 8.

¹³ El mencionado fallo se publicó con un comentario del suscripto. En él pueden verse algunas consideraciones adicionales a las que sintetizo aquí.

zona un grupo de mujeres, dedicadas a la más antigua profesión. Estas fueron arrestadas. Según el testimonio de los oficiales de policía responsables del arresto, las mujeres realizaban gestos “incitando a los ocasionales transeúntes”.

En la *razzia* cayó también la pareja del cine. A él se lo detuvo por carecer de documentos, y a ella se le imputó igual actividad que a las profesionales de la zona. De nada valieron las quejas de la imputada al ser detenida, ni las de su novio. (Da la impresión de que a los policías de Paraná les parece posible que una mujer incite a otros en presencia de su propio novio).

Con invocación de los testimonios de los policías intervinientes, el Jefe de Policía Departamental de Paraná condenó a la imputada a una pena de multa por infringir normas contravencionales. Ante la imposibilidad de la condenada a satisfacer la multa, la pena se transformó en arresto. En ningún momento la imputada contó con asesoramiento legal y la condena quedó firme por falta de apelación.

Pocos días después, y a través de letradas, la imputada presentó una acción de *habeas corpus*. La Justicia de primera instancia la rechazó con un doble argumento. Primero, puesto que los mecanismos legales de apelación no habían sido utilizados por la imputada, se estaba ante un pronunciamiento firme. Segundo, desde el momento en que existía un expediente contravencional que concluyó con la sentencia impuesta por el Jefe de Policía, esta sentencia pasaba a ser la “orden escrita de autoridad competente” necesaria para convalidar la detención que venía sufriendo la accionante.

El caso llegó al Superior Tribunal provincial. Este hizo lugar al *habeas corpus* y ordenó la inmediata libertad. En un esfuerzo por indagar la realidad de los hechos, el

Superior Tribunal provincial arribó a las siguientes conclusiones:

1) *Solo había existido un “aparente procedimiento legal”*: El Superior Tribunal empezó por recordar que se estaba aquí ante una condena impuesta en realidad por funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo y no por un órgano del Poder Judicial. Los principios básicos del Estado de Derecho (principalmente el de división de poderes), imponían entonces la necesidad de “control judicial eficaz en resguardo de la libertad y los derechos de los individuos” (consid. 3º, del voto del doctor Chiara Díaz).

Analizando entonces si efectivamente se estaba ante un procedimiento cumplido en legal forma, el tribunal interviniente dijo que: “la simple lectura del expediente contravencional demuestra que estamos frente a un aparente procedimiento legal y, en particular, a un mero disfraz de circunstancias con el objeto de abonar una competencia de excepción para arrestar, que en realidad faltó en la ocasión”.

Se hizo notar entonces que los “testigos” de la detención de la imputada eran los integrantes de la misma comisión policial que tuvo a su cargo el operativo, lo cual le quitaba entidad como prueba de cargo.

2) *Incompetencia para la detención*: Esta es la parte más trascendente del fallo. El *habeas corpus* fue declarado procedente porque:

...por encima de las conclusiones formales, la verdad real emergente... exhibe una clara situación de privación de libertad... en la vía pública por funcionarios policiales carentes de competencia para concretarla..., porque en la especie no se acreditaron ninguno de los supuestos (legales) habilitantes.

Lo que el Superior Tribunal de Entre Ríos ha venido a decir es tan importante como esto. Los funcionarios de la policía han sido dotados de “competencia” para arrestar, siempre y cuando se den determinadas circunstancias. En el caso en examen, si advierten actos de incitación en la vía pública, en violación a normas sobre moralidad.

Pero si no es objetivamente comprobable que eso es lo que está ocurriendo, la policía ya no tiene competencia para arrestar. Con esta interpretación, el *habeas corpus* sí pasa a ser una vía apta para escarbar acerca de la legalidad de la detención que viene sufriendo una persona determinada. No es motivo suficiente que ésta haya sido detenida por quien tiene una competencia “genérica” para arrestar. Es necesario que esa atribución haya sido bien ejercida en cada caso en particular.

Para decirlo más simplemente, un policía no tiene competencia para arrestar arbitrariamente. No está mal pensar en el *habeas corpus* como un remedio para evitar que eso ocurra¹⁴.

d) Es posible identificar en el caso “Ferroud”, así como en las disidencias de los jueces Bacqué en “Pucheta” y Orgaz en “Pucci”, un claro intento de superar ciertos obstáculos —bien que algunos muy sólidos como el del valor de la cosa juzgada—, con el objeto de darles plena vida a las garantías de la Constitución. Esta actitud ha sido descripta por algunos, en forma peyorativa, como “activismo judicial”. Quizás lo sea, pero tal vez

¹⁴ Hace mucho tiempo ya Tomás Jofré, citado por González Calderón, en *Curso de derecho constitucional*, ps. 358-359, había sugerido que el *habeas corpus* fuese el remedio para cuestionar privaciones de libertad arbitrarias, aun cuando fuesen ordenadas por un Juez de Instrucción, el Jefe de Policía o un agente del orden.

convenga recordar que fue gracias a un “activismo” de ese tipo que en los Estados Unidos de Norteamérica la Corte Federal modificó sustancialmente aspectos restrictivos de garantías básicas en materia de procedimiento penal en los años sesenta¹⁵. Tal vez convenga señalar también que una actitud opuesta en nuestro país sólo sirvió para que los derechos fundamentales del ciudadano tuvieran, durante años, el *status* de material descartable.

En síntesis, es cierto que de ordinario un proceso penal iniciado por los carriles normales y concluido con sentencia firme, debería significar el fin del proceso y la imposibilidad para el condenado de que se reexamine su situación legal. Pero también es cierto que si por alguna razón —y nuestro país suele dar cada tanto chances para que ello ocurra— un condenado por sentencia firme puede seriamente argumentar que a esa condena se llegó con violación de sus derechos constitucionales, firmemente creo que los tribunales no deberían cerrarle a aquél, como de un portazo, la vía del *habeas corpus*.

¹⁵ Cfr., entre otros, los precedentes de *Rochin v. California*, 342 US 165 (1952), administración de un vomitivo sobre el procesado para que produzca prueba en su contra, como violatorio de la garantía del debido proceso; *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961), otorgando a la exclusión de prueba obtenida a través de un allanamiento ilegal rango constitucional; *Davis v. Mississippi*, 394 US 721 (1969), detención con el objeto de obtener huellas dactilares como acto sujeto al requisito de razonabilidad enunciado en la Enmienda IV a la Constitución; *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966), determinando condiciones mínimas para que una confesión policial pueda ser usada en contra del acusado en juicio; *Massiah v. United States*, 377 US 201 (1964), prohibición de extraer de una persona sometida a proceso información que la compromete a través de agentes del gobierno actuando en forma secreta; *United States v. Wade*, 388 US 218 (1967), identificación en rueda de presos como una etapa crítica del proceso requiriendo la presencia del abogado defensor; etcétera.

Desde ya el criterio para admitir ese recurso, y en especial en atención al valor de la cosa juzgada, debería ser particularmente restrictivo¹⁶. Pero también es claro que una persona condenada en desconocimiento de sus garantías tiene un agravio que, como mínimo, balancea ese peso de la cosa juzgada. En todo caso, me preocuparía mucho que así no se lo entendiera.

2.3. “*Habeas corpus*” y tribunales administrativos

La vía del *habeas corpus* fue también intentada para cuestionar las privaciones de libertad impuestas por la Policía Federal en procesos contravencionales.

a) En “Salort”, JA, 1987-I-154, se interpuso una acción de *habeas corpus* contra una sentencia condenatoria dictada por el superintendente de Asuntos Judiciales de la Policía Federal por infracción a los edictos de ebriedad, desórdenes y escándalo. El accionante había optado directamente por interponer su *habeas corpus* ante el juez en turno, sin utilizar el recurso judicial del art. 587 del Cód. Proc. Penal para ante la Justicia Correccional, la cual, es sabido, actúa como tribunal de

¹⁶ En los Estados Unidos, el criterio utilizado en los tribunales federales para admitir un recurso de *habeas corpus* contra una sentencia firme de un tribunal estatal es el siguiente: en qué medida el condenado ha tenido una oportunidad para discutir, de manera amplia y adecuada, la constitucionalidad del proceso que se le ha seguido. Si ello ha sido así, no puede invocar ante los tribunales federales que una determinada prueba ha sido obtenida, por ejemplo, por medio de una detención, allanamiento o secuestro ilegal. Cfr., *Stone v. Powell*, *supra*, nota 8 de este Capítulo.

apelación de las decisiones dictadas por el Jefe de Policía en materia contravencional¹⁷.

El *habeas corpus* prosperó en primera y segunda instancia. Desde el punto de vista formal se señaló que el mencionado recurso del art. 587 del Cód. Proc. Penal, por su brevísimo plazo de interposición (24 horas), no constituía un remedio eficaz para hacer valer los agravios de los recurrentes. En cuanto al fondo de lo debatido, los tribunales de grado señalaron que el otorgamiento de facultades juzgatorias en favor de la Policía Federal era inconstitucional por violatoria del principio de separación de poderes. Se hizo notar también que los edictos en vigencia contenían tipos penales vagos e indeterminados, en colisión con el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución.

El representante legal de la Policía Federal interpuso contra la resolución que hizo lugar al *habeas corpus* recurso extraordinario, que fue concedido¹⁸. La Corte comenzó por señalar que no se estaba en presencia de una

¹⁷ El régimen procesal en materia de faltas del art. 585 y siguientes del Código derogado, mantuvo expresamente su vigencia. Ver así la ley 24.131 modificatoria del art. 538 del Código actual, que determina que los arts. 585 a 590 de la ley 2372 (Código anterior) permanecerán vigentes hasta la entrada en vigencia del Código Contravencional de la Capital.

¹⁸ Es interesante destacar cómo la Corte entendió debía pronunciarse sobre el recurso interpuesto por el representante de la Policía Federal, sin analizar siquiera mínimamente la legitimación de éste para recurrir. Es que, como lo he señalado antes, no se advierte cuál es el derecho federal que le asistiría al recurrente en este supuesto. El Procurador General, en su dictamen, señaló en cambio que esa legitimación surgía del criterio expuesto en *Fallos-CSJN*, 243:398, según el cual cuando la Administración Pública es traída ante la justicia mediante una acción en la que se impugna la legitimidad de un acto administrativo de interés general, no cabe entonces equiparar a aquélla a las partes en las contiendas judiciales, ni someterla a los requisitos impuestos ordinariamente.

indebida delegación de facultades legislativas, desde el momento en que los edictos policiales poseían sustento legal, al haber sido ratificados por la ley 14.467. Tampoco existía indebida delegación de facultades judiciales, puesto que el recaudo del control judicial suficiente¹⁹ resultaba satisfecho con el procedimiento recursivo del art. 587 del Cód. Proc. Penal. En tal sentido, la Corte dijo que:

...la (vía) del “habeas corpus” no es la idónea a ese efecto toda vez que el caso no encuadra en principio dentro de los supuestos... de la ley 23.098²⁰, al mediar orden escrita de autoridad competente dada la naturaleza contravencional de la infracción imputada.

A continuación, la Corte consideró que su análisis debía circunscribirse sólo al punto de la indebida delegación, puesto que si bien “el *a quo* (había) incursionado en el análisis del contenido de los edictos, en definitiva su decisión sólo comprendió lo atinente a la referida atribución”. Sin embargo, y como forma de balancear esta afirmación, el Alto Tribunal admitió —bien que a modo de *obiter dictum*— que ella no podía dejar de advertir que “los edictos en vigencia contienen fórmulas extremadamente vagas y prohibiciones que se refieren a formas de vida o al carácter de las personas, con olvido de la obligación de sancionar conductas —art. 19 de la Const. Nacional—” (ver consid. 7º).

¹⁹ Sobre los alcances de este recaudo exigido por la Corte ver *supra*, Cap. II, 5.2.).

²⁰ La ley 23.098 de *habeas corpus*, ha mantenido como requisito para la procedencia de esta acción que lo que se denuncie sea “un acto u omisión de autoridad pública que implique... limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente”.

De todas maneras, puesto que según la Corte existía un recurso judicial idóneo para cuestionar las sanciones impuestas por la Policía en el juzgamiento de los edictos, el *habeas corpus* fue rechazado²¹.

b) Con su integración posterior a 1989 la Corte Suprema ratificó los criterios del caso anterior. En “Capranzano s/ *habeas corpus* en favor de Romero, Juan C.”, *ED*, 144-561, con nota de Bidart Campos, el Alto Tribunal volvió a examinar (y a revocar) una resolución que había hecho lugar a un pedido de *habeas corpus*²².

Este caso también se refirió a una condena a una pena de arresto impuesta por el Jefe de Policía de la Capital, por infracción a los edictos sobre vagancia y mendicidad. Aquí la apelación del art. 587 del Código entonces vigente fue presentada fuera de término, por lo cual se recurrió a la vía del *habeas corpus*.

La Sala de Habeas Corpus de la Cámara del Crimen de la Capital aceptó esta vía de impugnación y dispuso la libertad de su beneficiario. Llamó así la atención acerca del serio riesgo creado por el sistema en vigor, de que una persona arrestada que no designa defensor particular y no es suficientemente ilustrada en temas jurídicos, pueda sufrir una privación de libertad firme sin que la misma sea nunca analizada por un tribunal judicial. La Sala actuante declaró además la inconstitu-

²¹ Recuérdese, según vimos *supra*, Cap. II, punto 5.2.), que el Alto Tribunal llegó a un resultado diferente en el caso en que una pena de arresto por infracción al Código de Faltas no tenía prevista una vía recursiva apta, que podía llevar a que el recurrente agotara de manera efectiva el arresto dispuesto mientras se sustanciara su apelación. Ver el caso “Di Salvo”.

²² El fallo íntegro de la Cámara de Apelaciones, Sala de Habeas Corpus, aparece publicado en *LL*, 1991-C-73.

cionalidad de la norma del Reglamento de Procedimiento Contravencional, en cuanto no aseguraba la notificación de las penas a un letrado.

La Corte, conociendo de un recurso extraordinario interpuesto por la propia Policía Federal, revocó²³. En un fallo breve, recordó su doctrina acerca de que “el *habeas corpus* procede únicamente cuando la privación de la libertad no se origina en una causa seguida ante juez competente” (ver consid. 6º y sus citas). También señaló que esa privación de libertad puede ser válidamente dispuesta por organismos administrativos con facultades jurisdiccionales, en la medida que estén sujetas a suficiente control judicial.

Analizando entonces la Corte que en el caso habían existido tales recursos judiciales, concluyó que el *habeas corpus* no resultaba procedente.

Este fallo contó con cuatro disidencias²⁴. Con numerosas citas de la doctrina de la propia Corte acerca de la

²³ El voto de la mayoría no trae mención alguna de por qué consideró a la Policía Federal habilitada para interponer recurso extraordinario. La disidencia, en cambio, dijo que se daban los supuestos del inc. 3º del art. 14, ley 48, en cuanto “el recurrente ha cuestionado la inteligencia otorgada por el *a quo* a la garantía constitucional de la defensa en juicio y la decisión ha sido contraria al título fundado en aquélla” (ver consid. 5º).

Estos criterios de legitimación me dejan perplejo. El fallo de Cámara había considerado vulnerados derechos constitucionales del imputado. En especial, el derecho a no ser penado sin intervención de un tribunal judicial, y el de notificación a un letrado de la condena dictada en sede administrativa, como forma de volver operativo ese derecho a la jurisdicción. Tales derechos son “el título” en que el imputado fundó su petición de *habeas corpus*. Cómo es que esos mismos derechos pasan, de manera mágica, a la Policía Federal que aparece así fundando en ellos (?) su recurso extraordinario, es algo que no puedo terminar de explicarme.

²⁴ La disidencia fue de los doctores Petracchi, Barra, Cavagna Martínez y Fayt.

importancia de contar con adecuado asesoramiento legal en causas criminales (ver *infra*, Cap. VIII), los Ministros que votaron en disidencia consideraron “constitucionalmente imperativo que la autoridad policial asegure la intervención de un letrado, ya sea éste particular o de oficio, en ocasión de notificarse al condenado del pronunciamiento dictado..., a fin de otorgar a éste la oportunidad —atento el exiguo plazo del art. 587 del Cód. Procesal Penal— de interponer oportunamente el recurso de apelación ante la justicia correccional” (consid. 9º de la disidencia).

c) Los criterios restrictivos expuestos en los casos precedentes arrojan conclusiones preocupantes. Como lo hizo notar autorizada doctrina²⁵, tales criterios aparecen apoyados más bien en formalismos, dejándose de lado un valor de tanta importancia como es la libertad de las personas.

Un individuo detenido y juzgado por la autoridad policial, presenta ya de arranque un cuadro que debería encendernos una luz roja respecto del siempre afirmado (pero muchas veces ignorado) principio de la división de poderes. Y si ese individuo así juzgado, puede llegar a perder su derecho de apelación a la Justicia porque dejó transcurrir el exiguo plazo que la ley le marca para apelar (en el ordenamiento vigente, 24 horas), parece mucho más sensato el criterio de la minoría en el caso “Capranzano”.

Es que algo hay que hacer para que ese individuo entienda bien la situación en la que se encuentra. La intervención mandatoria de un letrado, particular o de

²⁵ Ver el comentario de Bidart Campos al fallo, titulado “Estrecheces y Holguras del Habeas Corpus en un fallo de la Corte Suprema”.

oficio, al menos para la etapa de la notificación de la condena impuesta por los tribunales administrativos, habría sido una fórmula apta para encontrar un equilibrio entre los intereses en pugna (el de la sociedad en penar de manera rápida y efectiva a quienes incurren en faltas y contravenciones, y el derecho de todo individuo de no ser penado sin posibilidad de acudir efectivamente ante la Justicia).

Con los criterios de los casos reseñados, el equilibrio encontrado está decididamente inclinado hacia lo primero.

2.4. “*Habeas corpus*” *y limitaciones de procedimiento*

En los casos en que la parte afectada por una detención ha intentado atacar, a través de un recurso de *habeas corpus*, la validez constitucional de ciertas restricciones impuestas por las leyes de procedimiento, esa vía ha demostrado ser, igualmente, carente de efectividad.

a) En “Prates”, JA, 1971-12-254, se discutió lo siguiente. Un Juez de Instrucción se había rehusado a recibirle declaración indagatoria a un detenido, por encontrarse aún corriendo el plazo de diez días acordado por las leyes procesales locales a la policía para la conclusión del sumario policial. Dicha decisión, no susceptible de apelación ordinaria, fue atacada por medio de un recurso de *habeas corpus* deducido ante la justicia federal. Luego de que el recurso fue sumariamente desestimado en las instancias ordinarias, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para entonces el plazo de diez días invocado por el Juez de Instrucción había naturalmente transcurrido, y presumiblemente luego de recibido el sumario poli-

cial, la demorada declaración indagatoria había tenido ya lugar. Por tales razones, la Corte declaró que la cuestión sometida a su conocimiento se había tornado abstracta²⁶.

b) La Corte Suprema ha señalado asimismo que el *habeas corpus* no es la vía adecuada para sustraer del ámbito militar el juzgamiento de las causas asignadas a esos tribunales, ni para cuestionar la legalidad de los procedimientos que allí se siguen.

En “Zariquiegui”, *Fallos-CSJN*, 310:2005, *LL*, 1988-D-227²⁷, fue interpuesto un *habeas corpus* ante un Juzgado Federal en favor de una persona que venía sufriendo prisión preventiva rigurosa en el marco de un proceso que se le seguía ante la Justicia Militar. El recurrente cuestionó el carácter secreto del procedimiento empleado en sede castrense, al par que sostuvo que el transcurso del tiempo convertía al arresto que venía sufriendo en una verdadera pena sin sentencia.

Llegado el caso a la Corte, ésta declaró improcedente el *habeas corpus*. Dijo que la privación de libertad del recurrente había sido impuesta por autoridad competente, por lo que los cuestionamientos tendientes a demostrar lo injustificado de la detención debían hacerse valer ante los jueces propios de la causa. La Corte se-

²⁶ Lamentablemente, nuestro sistema no ha elaborado una doctrina tendiente a superar el problema de las cuestiones abstractas en aquellos casos en que un pronunciamiento puede resultar útil para apreciar la validez constitucional de ciertas prácticas. Esto último es precisamente el sustento de la doctrina de “los casos susceptibles de repetición” creada por la Corte norteamericana para sortear tal obstáculo. Cfr. en tal sentido *Weinstein v. Bradford*, 423 US 147 (1975) y *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

²⁷ También con nota de Néstor P. Sagües.

ñaló además que en el Código de Justicia Militar existía una vía recursiva ante la Justicia Federal —la establecida en el art. 445 *bis* para las sentencias definitivas dictadas por los tribunales militares— de manera que no podía afirmarse que el *habeas corpus* fuese la única vía legal disponible para el apelante²⁸.

Estos mismos principios fueron luego reafirmados en los casos: “Gómez Fuentalba”, *Fallos-CSJN*, 310:2167 y “León”, *Fallos-CSJN*, 311:2421, donde la Corte sostuvo que la vía del *habeas corpus* no es la apta para cuestionar privaciones de libertad de quienes se encuentran sometidos a proceso conforme las reglas del Código de Justicia Militar.

Tampoco procede el *habeas corpus* respecto de quien es citado a prestar declaración en sede militar por un delito castrense: “Mittelbach”, *Fallos-CSJN*, 311:284, ni para los casos en que un agente de la Policía Federal es arrestado como consecuencia de una falta disciplinaria: “Carballo”, *Fallos-CSJN*, 311:2311 .

2.5. “*Habeas corpus*” y tramitación previa

Los tribunales inferiores, por su parte, en más de una oportunidad han omitido extremar los medios tendientes a convertir al recurso de *habeas corpus* en un

²⁸ En apoyo de su decisión la Corte citó el caso “Cardozo”, *Fallos-CSJN*, 310:57, *LL*, 1987-B-152, en el que un suboficial de la Fuerza Aérea cuestionó también la prisión preventiva rigurosa que se le había impuesto. Con cita de la doctrina de “Altini” y de “Salort”, la Corte señaló que el *habeas corpus* no era procedente. Pero al mismo tiempo, indicó que en los casos en que una prisión preventiva, por su duración, se convirtiera en una verdadera pena, correspondía acordar al agravio del apelante el carácter de definitivo y considerar a los tribunales federales competentes para intervenir, en el marco del recurso del art. 445 *bis* del Cód. de Justicia Militar.

arma idónea para la protección de la garantía de la libertad.

En el caso "Ollero", *Fallos-CSJN*, 300:457, un recurso de *habeas corpus* fue interpuesto en favor de quien había sido privada de su libertad por obra de funcionarios públicos. Durante la tramitación del recurso, además, se incorporaron diversos testimonios avalando la versión de que Ollero había sido detenida por fuerzas de seguridad en un operativo realizado a bordo de un colectivo. Pese a la existencia de estas pruebas, tanto el juez de primera instancia como la Cámara rechazaron el recurso de *habeas corpus* y declinaron continuar la investigación del paradero de Ollero, invocando que de los oficios contestados por las distintas fuerzas de seguridad surgía que la beneficiaria del recurso no figuraba como detenida.

Interpuesto recurso extraordinario, la Corte revocó. Luego de reseñar las constancias de la causa, el Alto Tribunal ordenó al juez de primera instancia:

...extremar la investigación adoptando las medidas necesarias que exigen las constancias de autos, a fin de esclarecer debidamente lo relativo al estado y situación personal de la nombrada y la verdad de lo acontecido, toda vez que de las citadas probanzas surge "prima facie" que aquélla estuvo privada de su libertad por obra de funcionarios públicos.

En "De Negri", *Fallos-CSJN*, 294:179, se planteó una cuestión similar. Allí un recurso de *habeas corpus* fue también rechazado tanto en primera instancia como en la Alzada, pese a que durante la tramitación del mismo cuatro testigos declararon haber estado detenidos junto con De Negri a disposición de funcionarios públicos. El fundamento del rechazo fue que los informes del Ministerio del Interior y de la Policía negaban que De Negri hubiese estado detenido.

Esta tendencia a otorgar primacía a cuestiones formales por sobre la esencia de un instituto destinado a garantizar la libertad de los individuos, encuentra en los hechos del caso “Cacopardo”, *Fallos-CSJN*, 300:1148, tal como llegaron a la Corte, su máxima expresión. Allí la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba desestimó un recurso de *habeas corpus* interpuesto por el Defensor Oficial, sobre la base de que este funcionario había cesado ya en su intervención como Defensor y de que, al deducir el recurso, no había señalado que él se interpuso “en nombre” del detenido sino sólo “a favor” de él. La Cámara, además, denegó el recurso extraordinario interpuesto.

Llegada la apelación a la Corte por vía de queja, ella fue declarada procedente. La distinción realizada por el tribunal inferior entre presentaciones hechas “en nombre” o “a favor” de los detenidos, sobre el cual basó aquél la denegatoria del *habeas corpus*, fue juzgada por la Corte como incompatible con su doctrina según la cual la procedencia de este instituto no debe ser interpretada restrictivamente²⁹.

En “Cafassi”, *Fallos-CSJN*, 311:308, la Corte intervino en un caso de *habeas corpus* preventivo. Su beneficiario había suministrado al tribunal a cargo del recur-

²⁹ Para otros casos en los que la Corte dejó sin efecto pronunciamientos que rechazaban acciones de *habeas corpus*, sin que se hubiesen extremado los recaudos para averiguar el paradero de sus beneficiarios, cfr., “Soria”, *Fallos-CSJN*, 304:474 y “Santucho”, *Fallos-CSJN*, 307:1045.

Para un caso en el que la Corte revocó una sentencia de Cámara que rechazaba *in limine* un *habeas corpus* preventivo sobre la base de un informe policial que hablaba de una orden de captura pendiente, informe que estaba totalmente contradicho por otras constancias incorporadas al proceso, cfr., “I.C.A.”, *ED*, 115-516, con nota de Néstor P. Sagües.

so pruebas de que individuos que decían pertenecer a la Policía Federal, habían estado haciendo averiguaciones con el portero del edificio donde aquél residía, sobre posibles infracciones al régimen penal de estupefacientes. El tribunal actuante desestimó el recurso, y la Corte revocó, señalando que existían motivos suficientes para atender a los reclamos de Cafassi, en procura de individualizar la supuesta investigación criminal.

3. *DETENCION POR AVERIGUACION DE ANTECEDENTES*

3.1. *Su formulación según el decreto-ley 333/58*

Aparte de la detención que una persona puede sufrir en los términos hasta ahora examinados, nuestro ordenamiento jurídico contiene un instituto que acuerda a las fuerzas del orden facultades adicionales de arresto.

Esas facultades derivan del *decr.-ley 333/58*³⁰, el cual determinaba en su redacción originaria que “son facultades de la Policía Federal para el cumplimiento de sus funciones: detener con fines de identificación, en circunstancias que lo justifiquen, y por un lapso no mayor de 24 horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes” (art. 5º, inc. 1º).

Esta forma de detención, comúnmente llamada por “averiguación de antecedentes”, es pasible de diversas críticas. Por lo pronto, esa amplia facultad conferida a la policía ni siquiera requiere que el oficial a cargo de la detención esté actuando en conexión con alguna denuncia o procedimiento preexistente³¹. En la anterior re-

³⁰ *ADLA*, XVIII-A-1958-465.

³¹ Una facultad similar, pero con esa limitación, es acordada a la policía francesa. Así, en aquellos casos en que la policía está actuando

dación, la única limitación derivada del propio decreto-ley era que las circunstancias “justifiquen” la detención. Hasta donde el autor ha podido investigar, la Corte Suprema jamás fue llamada a pronunciarse sobre la validez constitucional de dicha norma³².

En “Cavolina”, JA, 1968-I-44, la Justicia del Crimen de la Capital tuvo oportunidad de tratar aspectos vinculados a esta cuestión. Cavolina dedujo en primera instancia un recurso de *habeas corpus* basado en los siguientes hechos. Personal de la Policía Federal se había presentado en su domicilio, informándole que su comparendo era requerido en la Seccional 30 donde debía presentarse al día siguiente. Cavolina, convencido de que no había razón que justificara acciones persecutorias en su contra, optó por no ir a la Seccional concurrendo en cambio su abogado. Allí le informaron a éste que la presencia de Cavolina era requerida por orden del Juzgado de Instrucción del doctor Gallegos. El letrado se dirigió entonces a dicho Juzgado, comprobando allí que ninguna acción judicial existía respecto de su cliente. En virtud de ello, y por considerar que su libertad personal se encontraba amenazada, Cavolina interpuso a su favor recurso de *habeas corpus*.

a raíz de una denuncia por un delito, está facultada para practicar detenciones por un plazo ordinariamente no mayor de 24 horas a los fines de interrogar a posibles sospechosos. Esta forma de detención recibe el nombre de *garde à vue*. Cfr., Sheehan, *Criminal procedure in Scotland and France*, p. 37.

³² La Corte tocó lateralmente esta cuestión en el caso “Urricelqui”, *Fallos-CSJN*, 285:127. Allí una detención por averiguación de antecedentes fue cuestionada sólo en cuanto a su indebida prolongación en una causa seguida contra el jefe de policía por privación ilegítima de la libertad. La Corte confirmó el fallo absolutorio diciendo que estaba probado que la demora en hacerse efectiva la libertad del detenido se debió a que Coordinación Federal no había remitido a tiempo los informes que se le solicitaran.

Durante la sustanciación de dicho recurso el juez a cargo del mismo certificó efectivamente que:

- a) En la Seccional 30 no existía orden de detención o comparendo de ninguna naturaleza contra Cavolina.
- b) Tampoco existía contra él causa alguna ante el Juzgado del doctor Gallegos. Considerando que ningún indicio permitía suponer que Cavolina pudiese ser privado ilegítimamente de su libertad, o que la misma se encontrase amenazada, el recurso fue rechazado.

Cinco días después de este pronunciamiento Cavolina fue efectivamente detenido por personal de la Seccional 30. Ante ello su abogado interpuso un nuevo recurso de *habeas corpus* ante el mismo Juzgado. Los informes requeridos por el juez a la policía arrojaron que Cavolina había sido detenido por averiguación de antecedentes en los términos del art. 5º, inc. 1º del decr.-ley 333/58, recuperando su libertad al día siguiente. El recurso fue nuevamente rechazado, con fundamento en que la detención había sido legítima. Esta decisión fue apelada ante la Alzada. Allí, además, se planteó la inconstitucionalidad de la norma invocada como sustento de la detención.

La Cámara, adhiriendo a lo expresado en tal sentido por el Fiscal, confirmó en base a estos argumentos:

- a) Al haber cesado la detención de Cavolina y hallarse éste en libertad, la cuestión devino abstracta.
- b) "Por el mismo motivo, cabe desestimar el planteo de inconstitucionalidad por haber desaparecido la razón de interés real, positivo y actual neces-

ria para la legitimación de las acciones de inconstitucionalidad” (del dictamen del Fiscal de Cámara al que la Alzada remitió).

Este caso presentó dos aspectos interesantes. El primero es que, en la medida en que nuestros tribunales no modifiquen su criterio acerca de cómo definir las llamadas “cuestiones abstractas”, facultades del tipo de las que acordaba el *decr.-ley* 333/58 difícilmente podrán ser cuestionadas ante la Justicia, pese a su muy dudoso sustento constitucional. El segundo aspecto es éste. Hubiera sido deseable que los tribunales elaboraran criterios sobre qué debía entenderse por “circunstancias que justifiquen” la detención que esa norma contempla. En el caso reseñado parece evidente que, si en oportunidad de rechazar el primer recurso el juez interviniente comprobó que no había razones legales para detener a Cavolina, las autoridades policiales deberían haber especificado qué circunstancias adicionales justificaban su detención cinco días después. Pese a la ausencia de ello, el segundo recurso fue rechazado por el mismo juez por considerar legítima, y por ende justificada, la detención practicada en los términos de dicho *decreto-ley*³³.

3.2. *La reforma por ley 23.950*

a) En septiembre de 1991 se promulgó la *ley* 23.950³⁴, modificatoria de la Ley Orgánica de la Policía Federal.

³³ Para un caso más reciente invocando en apoyo parcial de su decisión el *decr.-ley* 333/58, *cfr.*, “Ferreira”, CNCrim., Sala I, 19/4/88, *LL*, 1988-E-269, comentado en el punto 5 de este Capítulo.

³⁴ *ADLA*, LI-C-1991-2814.

En lo que aquí interesa, el texto del art. 5º del decr.-ley 333/58 fue sustituido por el siguiente: "Fuera de los casos establecidos en el Código de Procedimientos en Materia Penal, (la Policía Federal) no podrá detener a las personas sin orden de juez competente. Sin embargo, si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiere, con noticia al juez con competencia correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas. Se le permitirá comunicarse en forma inmediata con un familiar o persona de su confianza a fin de informarle su situación. Las personas demoradas para su identificación no podrán ser alojadas junto ni en los lugares destinados a los detenidos por delitos o contravenciones".

b) En comparación con el régimen anterior, el presente importa a mi juicio un claro paso adelante. Por lo pronto, la detención es *con los fines de acreditar la identidad* de una persona que, debidamente requerida, no lo hace de manera fehaciente. Eso quiere decir que una detención en los términos de esta norma no será ya posible respecto de quien tenga en su poder su documento de identidad.

Además, es necesario que existan razones que hagan presumir que la persona requerida ha cometido o puede cometer un hecho delictivo o contravencional. Esta parte de la disposición ofrece algunas dudas. Si un policía tiene razones para sospechar que alguien ha cometido un delito, no parece objetable que se lo faculte a detenerlo si, encima, dicha persona no acredita su identidad. Puesto que en esos casos la policía está fa-

cultada por el ordenamiento procesal a detener de todas maneras, la potestad para hacerlo por averiguación de antecedentes resulta algo casi implícito.

En cambio, si el hecho sospechado es una contravención, estamos entonces ante una autorización de arresto adicional a la que surge del Código Procesal Penal, sin que parezca irrazonable la facultad así acordada.

Lo problemático es que el lenguaje utilizado, además de abarcar las infracciones ya cometidas, comprende la situación de quien “pudiere cometer un hecho delictivo o contravencional”. En abstracto, es claro que todos los habitantes estamos en esa situación. Por tal razón será de suma importancia que los tribunales exijan, llegado el caso, que el policía que cumplió la detención identifique cuáles fueron las “circunstancias debidamente fundadas” que lo llevaron a presumir que se estaba ante la inminencia de la comisión de un hecho ilícito.

Por último, una mejora considerable lo da que el término de la detención se haya reducido a diez horas, que se informe de la detención al juez en turno y que se le permita al detenido comunicar su situación a algún familiar o persona de confianza. El régimen previo, que permitía que una persona pudiese ser detenida e incomunicada por 24 horas, sin conexión con una investigación concreta y para una simple “averiguación de antecedentes”, era en mi opinión un ataque grosero a la dignidad humana ³⁵.

³⁵ El Poder Ejecutivo Nacional parece haber tenido en su momento una visión no del todo coincidente. La ley 23.950 fue vetada por el Ejecutivo mediante el decreto 1203/91, por considerar que el plazo de 10 horas era demasiado exiguo en función de los recursos humanos y materiales asignados a la Policía Federal. Ante este veto ambas Cámaras del Congreso insistieron con las mayorías necesarias, y el proyecto se convirtió finalmente en ley.

4. **IMPUGNACION DE DECISIONES RELATIVAS A LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS POR LA VIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO**

A continuación he de examinar algunos casos en los que se ha intentado la revisión con base constitucional de detenciones ordenadas por los jueces durante el curso de un proceso, no por la vía colateral del *habeas corpus*, sino por la del recurso extraordinario interpuesto en la misma causa.

a) En los supuestos de recursos extraordinarios interpuestos por los procesados contra resoluciones de prisión preventiva, la Corte rechazó durante mucho tiempo tales recursos de manera sistemática, por falta de sentencia definitiva. El lenguaje utilizado era que el recaudo de sentencia definitiva “constituye un requisito del que, como principio, no cabe prescindir aunque se invoquen garantías constitucionales o la tacha de arbitrariedad”³⁶.

Según vimos en el Capítulo II, casos más recientes de la Corte comenzaron a admitir, aunque siempre de manera excepcional, algunos recursos en situaciones puntuales.

³⁶ *Fallos-CSJN*, 255:259; 257:187; 265:330; 266:47; 275:18; 276:366; 280:252; 281:271; 297:551 y 305:1022. En su integración posterior a 1983 la Corte mantuvo este criterio, incluso para casos en que la prisión preventiva era dictada por un delito que no admitía la excarcelación del procesado. Cfr., *Fallos-CSJN*, 307:1186, 1615, 1783 y 2348; 308:1202. Para un comentario crítico sobre esta postura, confrontar mi trabajo, *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, p. 92 y siguientes. Finalmente casos más recientes terminaron aceptando algunos recursos extraordinarios contra resoluciones de prisión preventiva, en supuestos de excepción. Ver así los casos “Sexton”, *Fallos-CSJN*, 312:1351; “Gundín”, *JA*, 1991-III-518, y “Martínez de Hoz”, *LL*, 1993-C-194.

b) Pero al margen de esos pocos casos, la Corte encontró en otras oportunidades mérito para apartarse del requisito de la sentencia definitiva, y analizar así recursos extraordinarios sometidos a su consideración. Extrañamente, ello ocurrió en casos en que el apelante no era el afectado por la detención, esto es el procesado, sino la parte acusadora.

En el caso “Todres”, *Fallos-CSJN*, 280:297, la Corte sentó un criterio que no puede dejar de llamar la atención. En la causa que a aquél se le seguía por administración fraudulenta, se le había concedido la excarcelación por la Cámara por diversos hechos sobre los que ya había recaído prisión preventiva. Esa resolución fue impugnada por el Fiscal de Cámara por la vía del recurso extraordinario.

Luego de analizar las razones por las que “a pesar de su naturaleza procesal” correspondía analizar esta cuestión la Corte afirmó que:

...si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso³⁷ no es menos cierto que “también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea el instituto de la prisión preventiva, desde que el art. 18 de la Carta Fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente”. El respeto debido a la libertad individual no puede excluir “el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución” que sean necesarias... para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparencia del reo³⁸. (Ver consid. 13; énfasis agregado).

³⁷ El tema de la excarcelación y su “raigambre constitucional” será analizado más adelante.

³⁸ Para una reafirmación de este criterio ver los casos registrados en *Fallos-CSJN*, 290:393 y 302:345 —S—. Un análisis más en detalle del caso “Todres”, y de sus distintas implicancias puede verse en *La li-*

De este pasaje que he transcripto surgiría lo siguiente. La garantía del art. 18 según la cual nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, habría sido estructurada no sólo en favor del procesado, sino además de la sociedad, la que gozaría así de “un derecho constitucional a arrestar”. Ese derecho sería protegido por los representantes del Ministerio Fiscal, quienes se hallarían legitimados para exigir su reconocimiento ante la Corte por la vía del recurso extraordinario.

Este criterio motiva la siguiente reflexión. Tengo mis serias dudas de que las garantías constitucionales mencionadas en la primera parte de nuestra Carta Magna tengan un destinatario distinto que los particulares, y conformen algo diferente que barreras contra abusos del poder público. De todas maneras, aun admitiendo que la garantía en examen efectivamente hubiese sido estructurada en la forma que surge del caso “Tordres”, es evidente que la misma debería funcionar respecto de todos sus destinatarios de manera semejante. La falta casi absoluta de medios idóneos para prevenir arrestos arbitrarios a que me he referido a lo largo de este capítulo, indica que mucho aún debería hacerse para que esta garantía ampare en forma efectiva a sus principales beneficiarios.

5. **EXCLUSION DE LA PRUEBA OBTENIDA EN UNA DETENCION ILEGAL. ¿CUANDO UNA DETENCION ES ILEGAL?**

Hasta aquí hemos visto que en la generalidad de los casos ni la vía del *habeas corpus* ni la de otros remedios

bertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional, p. 33 y siguientes.

procesales tradicionales han servido mayormente para que la garantía contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional en materia de arrestos funcione adecuadamente³⁹.

Es cierto que en el caso de un arresto policial efectuado sin ninguna justificación, el Juez de Instrucción normalmente habrá de disponer la libertad del detenido inmediatamente después de recibírsele declaración indagatoria⁴⁰, de manera que la detención ilegal no se extenderá por mucho tiempo⁴¹.

Sin embargo, y aparte de los naturales inconvenientes derivados de toda detención, cualquiera sea su prolongación, debe reconocerse que hasta ahora nuestro sistema ha preferido otorgar amplia libertad a los oficiales de policía en la determinación del grado de culpabilidad justificante de un arresto, y pocas o ninguna barrera para evitar potenciales arbitrariedades.

El sistema estadounidense es sin duda en este aspecto diferente. Inspirado en un principio tendiente a disuadir a la policía de recurrir a medios ilegales para obtener pruebas de la comisión de un delito, ese sistema aplica en cada área donde una garantía constitucional pueda verse afectada, una regla según la cual toda evi-

³⁹ Para una discusión dogmática acerca de los alcances de esa garantía, cfr., Carrió, A., *Justicia criminal*, p. 18 y siguientes.

⁴⁰ En el ordenamiento procesal anterior, ello era así por aplicación del art. 6º del Cód. de Procedimientos en materia Penal. En el Código vigente según ley 23.984, la libertad por falta de méritos aparece regulada en el art. 306.

⁴¹ De acuerdo a nuestras prácticas, una persona arbitrariamente detenida ha de permanecer privada de su libertad e incomunicada, hasta que el Juez de Instrucción advierta en el acto de la indagatoria la sin razón de la detención.

dencia obtenida irregularmente no puede ser usada en juicio en contra del procesado⁴². Así, por ejemplo, si la policía detiene a un individuo sin justificación alguna o sin que existan indicios de culpabilidad de ninguna clase⁴³, cualquier manifestación que esa persona haga, cualquier objeto que sea encontrado en su poder o cualquier otra evidencia obtenida como consecuencia de ese proceder ilegal deben ser excluidos como prueba de cargo en su contra.

Según veremos en los capítulos siguientes, una regla de exclusión semejante ha empezado a cobrar vida en nuestro país. Hasta ahora ella ha dado sus primeros pasos principalmente en las áreas de allanamientos ilegales y de la garantía de no verse compelido a declarar contra uno mismo⁴⁴. En materia de detenciones, en

⁴² Según veremos en el capítulo siguiente, este principio recibe en el Derecho norteamericano el nombre de *exclusionary rule*. Aun cuando el mismo está siendo en la actualidad fuente de vigorosos ataques por la casi ilimitada aplicación que recibiera a partir de la década del '60, esta *exclusionary rule* permanece vigente para aquellos casos en que pueda advertirse la violación de una garantía constitucional provocada por una arbitrariedad policial. Para una síntesis sobre los ataques a esta regla, ver el voto del Chief Justice Burger en *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 US 388 (1971). Para los principios generales que animan la aplicación de esta regla, cfr., *Wolf v. Colorado*, 388 US 25 (1949) y especialmente *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961). Información adicional sobre el funcionamiento de esta regla de exclusión en los Estados Unidos puede encontrarse en Carrió, A., *Justicia criminal*, p. 74 y siguientes. En igual sentido ver la prolija recopilación de Fabricio Guariglia en su trabajo "Las prohibiciones probatorias", incluido en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, compilación a cargo de Julio Maier.

⁴³ Este requerimiento llamado de *probable cause* (ver Enmienda IV de la Constitución norteamericana), puede asimilarse al de los "indicios vehementes" empleado por nuestra legislación procesal.

⁴⁴ Mayor información acerca del desarrollo de la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente puede hallarse en Carrió, A.,

cambio, resulta difícil predecir si se está en vísperas de un desarrollo semejante.

A continuación voy a hacer mención de unos pocos casos de tribunales inferiores que de alguna manera sugieren que la vía de control del accionar policial que propugno está, como mínimo, allí latente. No resulta fácil a partir de esos casos, sin embargo, precisar qué grado de sospechas están los tribunales dispuestos a requerir, para considerar legítima una detención policial.

a) En el caso "Adami", CNCrim., Sala VI, sent. del 14/8/84 (*Doctrina Judicial*, ejemplar del 13/11/85, p. 761), dos personas habían sido sometidas a proceso por la sustracción de farolitos para automóviles. Entre otras defensas, alegaron que al momento de su detención policial los agentes del orden carecían de una sospecha seria de que se estaba llevando a cabo una acción ilícita.

El argumento de los procesados recibió por parte de la Cámara una especial consideración. El vocal preopinante, doctor Zaffaroni, dijo:

...comparto el criterio de que la regularidad de los actos procesales es necesaria para la validez de las pruebas obtenidas y que en modo alguno el Estado puede beneficiarse en su administración de justicia con el resultado de actos irregulares y muy particularmente, cuando esas irregularidades son delitos. Sería repúblicanamente inadmisibles que la administración de justicia se valiese del resultado de un delito.

Estamos frente a un criterio realmente importante. Al menos para quienes integraron en su momento esa

Justicia criminal, p. 71 y ss. Cfr. además la nota al fallo "Ruiz", LL, 1988-B-444.

Sala de la Cámara del Crimen de la Capital, las evidencias obtenidas a través de una detención ilegal no pueden ser usadas en contra del detenido ⁴⁵.

Entrando a analizar el planteo de los procesados, la Alzada entendió que no podía afirmarse que los funcionarios policiales hubiesen carecido de sospechas ciertas de que algo ilícito podría estarse cometiendo. El fallo destacó así que la presencia de los jóvenes, uno de los cuales se hallaba en posición no vertical junto a un vehículo, debía considerarse según la hora y el lugar suficientemente sospechosa. La Cámara recordó en tal sentido que lo exigido por la legislación procesal son “sospechas serias y no pruebas”, pues no es función de la policía detener a culpables sino a sospechosos.

b) En un caso posterior, “Ferreira”, resuelto por la Sala I de la CNCrim. (LL, 1988-E-269), el tribunal señaló que la detención de un individuo en la vía pública a los fines de requisarlo sus pertenencias no requiere de los “indicios vehementes de culpabilidad” de que hablaba el art. 4º del entonces vigente Código de Procedimientos en materia Penal. Agregó en tal sentido que:

...coartar la posibilidad de la autoridad policial de revisar a quien resulte sospechoso importa, lisa y llanamente, imposibilitar su labor de prevención y favorecer la impunidad de inúmeros delitos, sin que se advierta la ventaja concreta que de ello derive para la protección de los... intereses fundamentales.

⁴⁵ La Sala VI de la Cámara del Crimen de la Capital reafirmó este criterio en pronunciamientos más recientes. En ellos, confirmó la nulidad de actuaciones instruidas a partir de pruebas obtenidas en virtud de arrestos policiales, que habían sido cumplidos sin que existiera al momento de practicarlos una sospecha seria o vehemente de culpabilidad. Cfr. así los casos “Melián”, resuelto el 30/4/86, int. 13.092, y “Romero”, resuelto el 23/10/86, int. 14.135.

En síntesis, el tribunal entendió que para una simple incautación era suficiente “la sospecha que determinada persona suscita” como forma de evitar la proliferación de conductas ilícitas⁴⁶. En apoyo de su decisión, además, la Alzada hizo mención de las facultades que tienen los oficiales de policía para detener a un individuo por “averiguación de antecedentes”.

c) El caso “Díaz”, CNCrim., Sala I (JA, 1990-II-215) trae algunas precisiones sobre la misma cuestión. En una causa seguida por el delito de robos reiterados la defensa había planteado la inconstitucionalidad de los arts. 4º y 184, inc. 4º del entonces vigente Código de Procedimientos en materia Penal, en cuanto autorizaban a los agentes policiales a detener a aquéllos contra quienes existieran indicios vehementes de culpabilidad. El planteo se fundaba en la contradicción entre esas normas procesales y la exigencia de orden escrita emanada de autoridad competente derivada del art. 18 de la Constitución.

El agravio fue desechado, afirmándose que las normas procesales en cuestión no dan a la policía una libertad ilimitada, y que “pretender quitar a la policía esas facultades en abstracto sería dejar a la sociedad totalmente indefensa” (del voto del doctor Donna, consid. 1º).

El defensor había cuestionado también el procedimiento de detención del imputado Díaz. La Cámara afirmó la legalidad de la detención diciendo que:

⁴⁶ En la nota al pie de página al caso “Ferreira”, expliqué que en el Derecho norteamericano se ha aceptado la validez de detenciones policiales momentáneas con el objeto de comprobar si una persona está armada y es peligrosa. La legalidad de esa detención depende de que exista una “razonable sospecha” de que se está en presencia de actividad criminal. Cfr., *Terry v. Ohio*, 392 US 1 (1968).

...en virtud de las facultades de la prevención policial, nada obsta a que la policía en función preventiva decida aprehender con esos fines a una persona. El ejemplo más claro aparece si la autoridad preventora entiende que una persona porta armas en la vía pública y a los efectos de solicitarle el permiso respectivo le da voz de alto; ...si dicha persona en lugar de detenerse corre y se da a la fuga del lugar de los hechos, entonces no veo el motivo de que se le impida a la policía detener a esa persona. Esto es lo que ha pasado en autos, ante la actitud de Díaz de salir disparando cuando la policía le pide que se detenga... O sea, la policía ya en función preventiva ... o en función de policía judicial, puede detener a una persona en caso de flagrancia o sospecha, debiendo siempre ponerla a disposición inmediata del juez de turno... Quitarle esta facultad a la policía es esperar que el presunto delincuente consuma su acto para después actuar. Piénsese en el ejemplo de un policía que ve como un grupo de personas armadas se bajan frente a la residencia del presidente de la Nación. La tesis de la defensa llevaría tal como está planteada a una actitud de omisión, debiendo llamar al juez de turno, mientras el comando paramilitar actúa impunemente.

d) Hay en el razonamiento precedente algunos costados oscuros. Lo que el fallo "Díaz" no aclara suficientemente (y ésta es a mi juicio la pregunta del millón), es qué había hecho el procesado, o qué había visto previamente la policía, cuándo se le dió a aquél la orden de detenerse. El fallo que comento no ilustra sobre ese punto, y explica en cambio que Díaz desoyó ese mandato y se dio a la fuga.

Es claro que a partir de allí la policía sí pasó a tener un razonable grado de sospechas. Pero la cuestión es con qué sospechas se contaba *antes*, cuando se tomó la decisión inicial de detener a un individuo en la vía pública. Nuestro ordenamiento procesal habla de que la detención de un individuo es legítima si la policía tiene respecto de ella "indicios vehementes de culpabilidad".

En el caso “Díaz”, la Cámara parece estar dispuesta a admitir detenciones cuando “la policía entiende que una persona porta armas en la vía pública, y a los efectos de solicitarle el permiso respectivo le da la voz de alto”. En “Ferreira”, a su vez, la Cámara habló de la posibilidad de detener a “quien resulte sospechoso”.

Estas expresiones son susceptibles de dos interpretaciones, en mi opinión una preocupante y la otra no. Lo no preocupante sería que los tribunales entendieran que no se puede parar a una persona por la calle por una mera intuición, y que si eso ocurre estaremos ante una actuación policial viciada. Y ese vicio, para seguir con la línea no preocupante, no se cura porque la intuición haya sido acertada. Como lo ha dicho la Corte Suprema de los Estados Unidos hace muchísimo tiempo, “un procedimiento ilegal a su inicio no se legitima por lo que resulte de él”⁴⁷.

Lo preocupante, en cambio, sería que se entendiera que para practicar una detención válida alcanza con una simple sospecha subjetiva, no referible a ninguna pauta comprobable. Vale decir, que no importa que el ordenamiento procesal exija “indicios de culpabilidad”, ya que aunque estos falten la policía puede detener igual.

A los fines de esta problemática, el ejemplo del presidente amenazado es tan obvio como poco esclarecedor. Si existen indicios palpables y objetivos de que hay gente armada merodeando al presidente, a nadie en su sano juicio se le ocurre que lo que hay que hacer es ir a buscar a un juez. Allí la policía tiene que actuar, y rápido.

Pero lo más probable que suceda es algo no tan extremo, como por ejemplo que la policía intuya que hay algo que está mal, solo que sin poder referir esa intuición

⁴⁷ *Byars v. United States*, 273 US 28 (1927).

a ningún indicio concreto de culpabilidad. Allí el buen sentido impone que el policía interviniente o bien siga al “sospechoso”, pida auxilio a otros móviles, o despliegue cualquier otra conducta de prevención lícita. Por supuesto mucho más fácil es lisa y llanamente detener. Pero una detención tal sería a mi juicio ilegítima, y no parece bien que la policía ande infringiendo la ley cuando su misión es hacerla cumplir.

e) Es evidente que estamos ante una vía de control de las facultades policiales de arresto, aún en formación. Para que ella se consolide es necesario:

- a) Que los jueces y abogados por igual nos persuadamos de que el arresto policial de un individuo interesa al orden constitucional.
- b) Que tengamos en claro que hasta el presente, y salvo contadas excepciones, estos arrestos policiales han venido cumpliéndose sin mayor control acerca del grado de sospechas que efectivamente tenía el funcionario policial interviniente al momento de actuar.
- c) Sentado ello, es por último necesario que los tribunales empiecen a elaborar pautas claras acerca de qué grado de sospechas es requerido —da la impresión de que alguno hace falta— para que pueda considerarse justificada una detención policial. Y si la conclusión es que la restricción a la libertad de un individuo ha sido realizada en forma arbitraria, no parece que podamos distinguir este supuesto de los otros en los que se ha considerado que una prueba obtenida ilegalmente debe ser excluida del proceso. Es que la libertad de una persona es un valor que no puede recibir un trata-

miento distinto que el de la seguridad de su domicilio, o el de la voluntariedad de sus declaraciones. En todo caso, no encuentro razones valederas para trazar una diferencia.

CAPITULO V

EXCLUSION DE PRUEBA OBTENIDA ILEGALMENTE

1. *FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSION*

A partir de algunos fallos dictados en tiempos recientes por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es posible afirmar —al menos en ciertos casos— que para nuestro sistema jurídico los medios de prueba obtenidos en violación a garantías constitucionales no son admisibles como prueba de cargo. Esta afirmación, soy consciente de ello, encierra una desmedida generalización. Lo que sigue es un intento de hacerla más tolerable, de acuerdo a las herramientas de las que hoy disponemos.

1.1. *Los primeros casos. Criterios expuestos*

a) El tema del valor de la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales ha sido analizado por la Corte Suprema en pocas oportunidades. Un primer precedente de importancia, aunque luego largamente olvidado, lo constituyó el caso “Charles Hermanos”, *Fallos-CSJN*, 46:36¹. La cuestión, al margen de algún pre-

¹ El caso “Charles Hermanos” tiene importancia ya que los criterios allí expuestos, después de una considerable hibernación, fueron reafirmados más recientemente en los casos “Monticelli de Prozillo” (CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 10/8/84, *LL*, 1984-D-373) y “Fio-

cedente aislado², no volvió a ser tratada hasta que la Corte resolvió casi un siglo después el caso “Montenegro”, *Fallos-CSJN*, 303:1938. Por último, una cuestión similar a la de “Charles Hermanos” se presentó posteriormente en “Fiorentino”, *LL*, 1985-A-159³.

Estos tres casos guardan en común importantes semejanzas. En los tres, agentes del orden habían obtenido pruebas de la comisión de un delito a partir de procedimientos cumplidos con violación de preceptos de jerarquía constitucional (en “Charles Hermanos” y “Fiorentino” a través de un allanamiento ilegal; en “Montenegro”, por medio de torturas). En estos casos, además, existían serios indicios de que los imputados eran culpables del delito por el que se los acusó. El material encontrado en el comercio de Charles Hermanos y las sustancias halladas en lo de Fiorentino eran en sí mismas indicativas de la comisión de un delito. En Montenegro a su vez, los dichos vertidos por éste bajo torturas en sede policial permitieron localizar en su domicilio efectos robados⁴.

rentino” (*Fallos-CSJN*, 306:1752, *LL*, 1985-A-159), que serán objeto de posterior análisis.

² Ver el caso “Siganevich”, *Fallos-CSJN*, 177:390.

³ Un caso posterior en materia de exclusión de prueba derivada de un allanamiento ilegítimo es “Rayford y otros”, *Fallos-CSJN*, 308:733. Las distintas cuestiones allí abordadas por el tribunal hacen que este pronunciamiento merezca un tratamiento por separado.

⁴ Esta circunstancia hace que Montenegro no sea uno de los casos clásicos de torturas, en los que la prueba de cargo está constituida en lo sustancial por la compulsiva confesión. En estos casos, y a diferencia de lo que ocurrió en “Montenegro”, resulta más simple pronunciarse por la inadmisibilidad de la confesión, sobre la base de que la misma no es confiable como prueba. Es sabido que una persona sometida a torturas puede llegar a declararse culpable, incluso de delitos que nunca cometió. Consideraciones de este tipo, junto con otras de sumo valor atento a la época en que fueron escritas, pueden verse en

Pese a ello, en todos estos casos la Corte Suprema se pronunció por la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos a través de dicha ilegalidad⁵. Así, fueron excluidos como elementos de cargo tanto el material incriminatorio encontrado en los allanamientos cumplidos en los domicilios de Charles Hermanos y de Fiorentino, como los dichos vertidos por Montenegro en su confesión extrajudicial.

El fundamento dado por la Corte para decretar tal exclusión fue fundamentalmente de carácter ético. En “Charles Hermanos” habló de que “la ley en el interés de la moral y la seguridad” declaraba a dicho material incriminatorio como inadmisibile. En Montenegro y Fiorentino, acuñó la expresión de que “otorgar valor al resultado de un delito (se refiere al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba) y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito” (ver en “Montenegro” el consid. 5º del fallo; en “Fiorentino”, el 7º).

b) Algunos tribunales inferiores, a su vez, al adherir a la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente, han hecho referencia a fundamentos similares o concurrentes con el expuesto por la Corte en los casos recién reseñados.

Así, se ha hablado de la necesidad de salvaguardar los derechos del individuo y que emanan de la Constitución, de modo de privilegiar el respeto a su dignidad y a

el ya célebre *Tratado de los delitos y de las penas* de Beccaría, Caps. XVI y XVII.

⁵ Luego veremos que no resulta fácil establecer en estos casos el alcance dado por la Corte a esa regla de exclusión.

los derechos esenciales que de allí derivan⁶. Paralelamente, se ha afirmado que en la comparación de los valores en juego —el respeto a las garantías individuales por un lado, y el interés de la sociedad en que los delitos sean investigados por otro— debe acordarse primacía a los primeros por tratarse de dictados de la Ley Suprema⁷. Se ha dicho igualmente que la garantía del “debido proceso” y la que consagra el principio de que “nadie puede ser penado sin un juicio previo fundado en ley” se verían naturalmente menoscabadas si se permite que se utilice en contra de un individuo pruebas obtenidas en violación a sus derechos básicos⁸.

Por último, se ha mencionado también que admitir tales pruebas importaría desconocer la función ejemplar que tienen para la comunidad los actos estatales⁹, y que la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente tiene una incidencia disuasoria de futuros procedimientos arbitrarios¹⁰.

Desde ya voces opuestas a estos principios se han hecho también oír. A continuación intentaré sintetizar las principales críticas que se le han dirigido a la regla de exclusión que analizamos. Luego de ello el lector encontrará algunas posibles réplicas, sin duda influenciadas por mi pensamiento particular sobre este problema.

⁶ Ver el caso “Monticelli de Prozillo” ya citado, CNFed. Crim. y Corr., Sala I, voto del doctor Gil Lavedra. Idem ver las consideraciones del Fiscal de Cámara al dictaminar en la causa “B. C. R.”, Cám. Fed. La Plata, Sala II, 25/9/84, *ED*, 112-363.

⁷ Caso “G. E.”, CNCrim. Corr., Sala VI, 4/8/83, *ED*, 107-342.

⁸ Ver el voto del doctor Arslanian en “Monticelli de Prozillo”. Idem, el caso “P. G.”, CNCrim. Corr., Sala III, 6/7/82, *ED*, 101-252.

⁹ “Monticelli de Prozillo”, voto del doctor Gil Lavedra.

¹⁰ Ver el voto del doctor Garro en la causa “C., J. A.”, Cám. Fed. La Plata, Sala II, 7/8/84, *ED*, 110-649.

1.2. Críticas a la regla de exclusión

Una primera crítica que ya entre nosotros se le ha dirigido a esta regla, es que ella no hace sino entorpecer la acción de la Justicia al declarar inadmisibles pruebas, en algunos casos concluyentes, de la comisión de un delito. Así, se ha dicho que si, por ejemplo, un domicilio es allanado ilegalmente, “ante tal circunstancia debe investigarse la conducta de los responsables (del allanamiento ilegítimo) por separado, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros ni dejan de lado una realidad intangible, como la existencia del material incriminatorio en el domicilio del imputado”¹¹.

En los Estados Unidos, donde esta regla de exclusión se aplica en los tribunales federales desde 1914¹² y en los estatales como imperativo constitucional desde 1961¹³, la misma ha sido fuente también de vigorosos ataques¹⁴.

Se menciona así que la sociedad paga un alto precio por este drástico remedio, al par que se utiliza como ejemplo de las consecuencias que trae la adopción de la regla de exclusión, el de que un homicida quedará libre porque el policía no cumplió con su deber de obtener una orden de allanamiento, previo a ingresar al domicilio donde halló las pruebas incriminatorias¹⁵. Por otro

¹¹ Ver las consideraciones expuestas por el Fiscal de Cámara en el caso “G. E.”, CNCrim. Corr., Sala VI, 4/8/83, *ED*, 107-342.

¹² *Weeks v. United States*, 232 US 383.

¹³ *Mapp v. Ohio*, 367 US 643, (1961).

¹⁴ Tales ataques aparecen sintetizados en el voto en disidencia del entonces Chief Justice W. Burger, en *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 US 388 (1971). Una prolija recopilación de estos argumentos y de sus réplicas, puede verse en “Monticelli de Prozillo”, *supra*, nota 1, voto del doctor Gil Lavedra.

¹⁵ Este ejemplo, ya tradicional, es de B. Cardozo, *People v. Defore*, 242 NY 13 (1926).

lado, se afirma que no hay prueba alguna de que esta regla de exclusión tenga realmente efecto disuasorio de futuras irregularidades policiales.

Esto último, en razón de que ella en realidad no tiene como destinatario al policía que ha obrado mal, sino a la administración de Justicia y más concretamente al Ministerio Fiscal, que pierde una importante prueba en contra de quien comprobadamente ha cometido un delito. Además, se señala que la regla nada hace para proteger a aquellas víctimas de ilegalidades policiales de las que no se deriva la obtención de pruebas incriminatorias.

Por último, se menciona que ella recibe una aplicación indiscriminada. No se distingue por ejemplo el caso del policía que de buena fe ha obrado creyendo que existían razones para practicar un allanamiento o un arresto sin orden, de otros supuestos en los que deliberadamente se actúe en transgresión a garantías de rango constitucional¹⁶.

En síntesis, los críticos de la regla de exclusión manifiestan que, si de lo que se trata es de lograr un efecto disuasorio de la ilegalidad policial, el método elegido debería ser uno que tenga a los agentes del orden como reales destinatarios. Así, ante la comprobación de procedimientos ilegales cumplidos por la policía, simplemente debería optarse por denunciar a sus responsables criminalmente, demandarlos por los daños y perjuicios causados, obtener su corrección por vía discipli-

¹⁶ Este argumento, también incluido en el referido voto del juez Burger en *Bivens*, ver *supra*, nota 14, ha perdido ya en los Estados Unidos parte de su fuerza luego de la doctrina que emerge del caso *United States v. Leon*, 104 S. Ct. 3405 (1984), al que haré referencia más adelante.

na, o cualquier otro mecanismo que pudiera crearse con tales fines¹⁷.

1.3. Posibles contra-argumentos

Si bien reconozco que las críticas reseñadas se basan en argumentos de peso, creo que ellas no contemplan algunas cuestiones esenciales y que me llevan al convencimiento de que los servicios que presta la regla de exclusión superan largamente sus apuntadas deficiencias¹⁸.

Primero: Por lo pronto, tales críticas centran excesivamente su artillería en cuestionar el llamado “efecto disuasorio” de la regla de exclusión, olvidando que ella reconoce antes que nada un fundamento ético. Es que, como se ha hecho notar en varias oportunidades, parece bastante claro que el valor “Justicia” se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas —los policías— son los primeros en violarlas, y quienes tienen como función aplicar e interpretar la ley —los jueces— basan un juicio de repro-

¹⁷ Consciente de las debilidades de estos mecanismos tradicionales a los que luego me referiré, el juez Burger propuso en *Bivens* la implementación de un sistema de responsabilidad objetiva, de resultados del cual sería el Estado quien debería responder por los daños causados por sus dependientes.

¹⁸ He tenido la fortuna de poder discutir estos temas con diversos profesores de la Facultad de Derecho de la Louisiana State University, habiéndome beneficiado con sus conceptos y puntos de vista. Entre dichos profesores, les estoy particularmente agradecido a George W. Pugh, Cheney C. Joseph y John Baker. También tuve la suerte de asistir allí a un ciclo de conferencias dictadas por el Prof. Yale Kamisar, de la Universidad de Michigan, sobre los alcances y beneficios de la regla que excluye la prueba obtenida ilegalmente. Muchas de las ideas que aquí expongo reconocen, en mayor o menor medida, la influencia de todos ellos.

che penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito¹⁹.

Segundo: El argumento de que la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente deja a la sociedad a merced de peligrosos homicidas, es tan efectista como exagerado. Un análisis de los casos iniciales de exclusión de prueba registrados en nuestro país, al igual que en los Estados Unidos donde la regla de exclusión ha sido observada desde hace más tiempo, muestra que la gran mayoría se refieren a delitos menores, tales como tenencia de estupefacientes²⁰.

¹⁹ El fundamento ético al que hago referencia aparece expuesto en forma muy convincente en el dictamen del Procurador General en la causa "Fiorentino". Tal como señalé más arriba, el mismo fue receptado por la Corte en ese caso, al igual que en "Montenegro" y "Charles Hermanos".

²⁰ De los casos iniciales sobre exclusión de prueba publicados en las distintas colecciones jurisprudenciales de la Capital, de un total de 19, 13 se referían a infracciones a la Ley de Estupefacientes. Ver así los casos: "C., J. A. y V., F. D.", Cám. Fed. La Plata, Sala II, 7/8/84, *ED*, 110-649; "Losada, Alejandro R.", Cám. Fed. La Plata, Sala II, 16/2/84, *LL*, 1984-C-47; "S. A.", Cám. Fed. La Plata, Sala II (de feria), 2/1/85, *LL*, 1985-E-81; "R., J. L.", CNCrim. Corr., Sala III, 4/8/83, *ED*, 107-341; "G. E., J. M.", CNCrim. Corr., Sala VI, 4/8/83, *ED*, 107-342; "Fiorentino, Diego", CSJN, 27/11/84, *LL*, 1985-A-159; "P. G.", CNCrim. Corr., Sala III, 6/7/82, *ED*, 101-252; "Villanueva, Héctor O. y otro", Cám. Fed. La Plata, Sala II, 27/12/84, *LL*, 1985-B-270; "Fernández, Roberto O.", Cám. Fed. La Plata, Sala II, 2/11/82, *JA*, 1983-I-523; "Avila, José A.", CNCrim. Corr., Sala III, 27/5/82, *LL*, 1983-B-115; "Vitar, P.", CNCrim. Corr., Sala IV, c. 28.412, 25/9/84, *JPBA*, 57-83; "Navarro", CNCrim. Corr., Sala III, c. 18.025, 13/12/84, *JPBA*, 57-83; "B., C. R.", Cám. Fed. La Plata, Sala II, 25/9/84, *ED*, 112-363. De los restantes, un caso se vinculó con una defraudación a la propiedad intelectual ("Alori", CNCrim., Sala III, *JA*, 1983-III-588), y otro con la tenencia de material destinado a cometer falsificaciones ("Tapia Aguilera", CNFed. Crim. y Corr., Sala II, *LL*, 1985-D-391). Los cuatro últimos casos fueron de tenencia de armas. Ver los casos: "Monticelli de Prozillo, Teresa B.", CNFed. Crim. y Corr., Sala I,

Es cierto que la adopción de la regla de exclusión, teóricamente, nos expone al riesgo de que en algún caso aislado un individuo peligroso resulte impune. Pero de allí no se sigue que eso ocurra a diario, o que debamos adoptar frente a esa posibilidad actitudes alarmistas.

Tercero: Además, tal como se ha hecho notar²¹, si personas culpables de la comisión de un delito no reciben sanción, en realidad ello no es imputable a la regla de exclusión, sino a las garantías que la Constitución enuncia. Son éstas las que impiden a la policía extraer declaraciones compulsivas, allanar domicilios sin orden judicial, detener a individuos sin pruebas, etc. Por supuesto que si eliminamos tales garantías habrá más delincuentes sancionados. Pero entonces la cuestión pasará a ser si deseamos vivir en una sociedad regida por tales principios.

En síntesis, no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la Constitución misma. Por aplicación de aquella regla, lo único que cambia es que en algún caso en particular sabremos los nombres de esos culpables. Pero si la policía hubiese observado la ley y la Constitución —que es, se

10/8/84, *LL*, 1984-D-373; “Piumato, Julio J.”, CNFed. Crim. y Corr., Sala II, 9/8/84, *LL*, 1984-D-235; “González, Jorge E.”, CNCrim., Sala VII, c. 5.351, 28/6/85, *JPBA*, 57-82; “Rojas, R.”, CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 24/8/84, *JPBA*, 57-99.

Para una conclusión similar en los Estados Unidos, en el sentido de que la mayoría de las cuestiones relativas a la exclusión de prueba por errores de procedimiento emergen de casos por drogas, ver Brosi, “A cross-city comparison of felony case processing”, citado por Kamisar, La Fave e Israel en *Modern criminal procedure*, p. 221.

²¹ El argumento que sigue fue expuesto con mucha ironía por Y. Kamisar, en la serie de conferencias a las que hice referencia en la nota 18.

supone, lo que la mayoría de los habitantes desea— la situación no habría cambiado en lo sustancial. Tales culpables, ahora anónimos, quedarían igualmente sin sanción, sin provocar la alarma de nadie.

Cuarto: Las alternativas tradicionalmente planteadas a la regla de exclusión —denunciar penal o civilmente a los policías, sancionarlos disciplinariamente, etc.— han sido pasibles, también tradicionalmente, de severas objeciones.

En materia de denuncias penales, por ejemplo, la mínima cantidad de condenas registradas hace pensar que o bien los abusos policiales frecuentemente no se denuncian, o bien las dificultades de prueba llevan a que sus responsables no reciban la sanción correspondiente²². No es en absoluto descartable, además, que para la investigación de los delitos cometidos por funcionarios policiales los jueces de instrucción no encuentren demasiada cooperación por parte de los órganos de prevención.

Respecto de eventuales sanciones civiles o disciplinares, si bien representan un remedio posible, debe obrarse con cautela antes de pregonar su aplicación indiscriminada. Es sabido que los cuerpos policiales perciben salarios muy bajos. No creo que sea el deseo de la sociedad que los agentes del orden actúen en el cumpli-

²² Por ejemplo, en el año 1982 se registraron en todo el país sólo cuatro condenas por el delito de allanamiento ilegal de morada. Ver las Estadísticas publicadas por el Ministerio de Justicia de la Nación, Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal. De acuerdo a esta fuente, resulta en cambio difícil establecer las condenas recaídas por el delito de apremios ilegales. De todas maneras, tomando en cuenta el total de condenas por privaciones ilegales de libertad agravadas —67 en todo el país— las recaídas por la figura específica de apremios no podrían nunca alcanzar un número significativo.

miento de sus deberes con el temor de que verán disminuidos sus ingresos si, por ejemplo, se equivocan al evaluar la existencia de una situación de urgencia justificante de un allanamiento sin orden judicial.

Quinto: Un último pero no menos importante argumento en favor de la regla de exclusión, es el de que su existencia brinda realmente la posibilidad de determinar la validez constitucional de ciertas prácticas. Para ser más claro, es *gracias* a esta regla de exclusión que los tribunales pueden analizar cuestiones de suma importancia para la vigencia de los derechos individuales. Por ejemplo, en qué casos procede un allanamiento o arresto sin orden judicial, qué valor tiene el consentimiento del titular del domicilio allanado sin orden o el consentimiento de un tercero, cuándo es posible considerar renunciada una garantía constitucional, qué valor tiene una confesión prestada por una persona arbitrariamente detenida o por aquél a quien no se le ha comunicado su derecho a designar abogado defensor, etcétera²³.

Es claro, y un examen de la jurisprudencia nacional así lo demuestra, que la inexistencia de esta regla en el pasado ha traído como consecuencia que los habitantes de la Nación ignoremos a ciencia cierta el alcance de nuestros derechos. Paralelamente, los agentes del orden parecen haber ignorado durante mucho tiempo el alcance de sus obligaciones. Invito muy especialmente a los detractores de la regla de exclusión a que repiensen sus críticas a la luz de esta última reflexión.

²³ No todas estas cuestiones están hoy resueltas, dado que la regla de exclusión ha visto hasta el momento limitada su aplicación a casos de allanamientos sin orden judicial previa, y confesiones compulsivas. A los fines de poder conocer adecuadamente nuestros derechos, es de esperar que los tribunales empiecen a hacer un uso más decidido de ella en otras hipótesis.

2. *LOS ALCANCES DE LA REGLA DE EXCLUSION. SU POSIBLE INVOCACION POR TERCEROS*

En este punto me propongo abordar dos cuestiones sumamente complejas. La primera se vincula con los alcances de la regla de exclusión de prueba ilegalmente obtenida. Esto es, hasta qué punto y con qué límites la existencia de una ilegalidad inicial se proyecta a otros actos y diligencias de investigación cumplidos a partir de aquella ilegalidad. La segunda cuestión tiene que ver con la posibilidad de que personas distintas de aquellas titulares de una garantía constitucional afectada, pretendan la exclusión de pruebas que las incriminan, sobre la base de que a esas pruebas se ha llegado por medio de un procedimiento ilegal.

2.1. *La doctrina del “fruto del árbol venenoso”*

La llamada doctrina del “fruto del árbol venenoso” tuvo su origen en los Estados Unidos de Norteamérica²⁴. A partir de la aplicación generalizada de la regla

²⁴ Allí recibe el nombre de “*fruit of the poisonous tree*”, o más simplemente “*fruit doctrine*”. Su origen se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920) en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en *Nardone v. United States*, 308 US 338 (1939), ese tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones. Para casos posteriores de aplicación de esta doctrina pueden verse, entre otros, *Wong Sun v. United States*, 371 US 471 (1963): exclusión como prueba de dichos de testigos y de objetos a los que se llegó como consecuencia de un

de exclusión en ese país en la década del '60 los tribunales comenzaron a echar mano de esta doctrina en forma más decidida, con el objeto de reafirmar los fundamentos éticos y disuasorios de la ilegalidad estatal en que aquella regla se funda.

La doctrina a la que me estoy refiriendo funciona dentro del siguiente contexto. Si agentes de policía ingresan ilegalmente en el domicilio de una persona, o si interrogan a un sospechoso por medio de apremios, los elementos encontrados en el domicilio allanado o los dichos vertidos por quien ha sido coercionado, no serán admisibles como prueba en contra de quienes han padecido tales violaciones de sus garantías constitucionales. Ello, por aplicación de la regla de exclusión a que se ha hecho referencia anteriormente, y que la Corte Suprema de nuestro país receptara en los casos "Montenegro" y "Fiorentino" ya analizados.

Ahora bien, ¿qué ocurre si en el domicilio allanado los policías encuentran a un testigo y proceden a interrogarlo?

¿O si los elementos secuestrados permiten dirigir la pesquisa hacia otro sospechoso, cuyos dichos incriminan al titular de aquel domicilio? ¿Qué pasa, por último, si cualquiera de éstos señala el lugar donde se encuentran otros elementos demostrativos del delito que se investiga?

A su vez, en el caso de quien ha sido coaccionado para que confiese su participación en un delito y suministre además los nombres de sus cómplices, ¿qué valor

allanamiento y arresto ilegal; *Brown v. Illinois*, 422 US 590 (1975): exclusión de una confesión prestada por una persona arbitrariamente detenida; *Davis v. Mississippi*, 394 US 721 (1969): exclusión de huellas dactilares tomadas de una persona detenida ilegalmente, aun cuando correspondían con las halladas en la escena del crimen.

tienen, respecto del coaccionado, los dichos de los cómplices que lo incriminen? ¿Y los elementos de prueba encontrados en poder de estos últimos?

Con los matices y excepciones que señalaré más adelante, los tribunales de los Estados Unidos han resuelto estas cuestiones echando mano de la mencionada doctrina del “fruto del árbol venenoso”. Así, han entendido que siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales —en los ejemplos, el allanamiento o la confesión coactiva— tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial —en los ejemplos, los objetos secuestrados en el allanamiento y la confesión misma— sino además todas aquellas otras evidencias que son “fruto” de la ilegalidad originaria. En los ejemplos, los demás testimonios, las pruebas materiales encontradas en poder de los interrogados o en otro lugar, etcétera.

2.2. La aplicación de esta doctrina en nuestro país

¿Han receptado nuestros tribunales la regla de exclusión en forma amplia, con su agregado del “fruto venenoso” incluido? Según veremos seguidamente, mientras que ciertos tribunales inferiores han brindado indicios claros en el sentido de que tal agregado tiene cabida dentro de la regla de exclusión, algunos otros han evidenciado al respecto su recelo. La Corte Suprema, a su vez, ha dado en ocasiones muestras de favorecer una interpretación amplia de la regla de exclusión, mientras que en otros parece querer limitarla considerablemente.

a) Un punto de partida para intentar responder al interrogante planteado más arriba lo constituyen los precedentes de “Montenegro” y “Fiorentino” ya examinados. Es cierto que en ambos casos la Corte se limitó a excluir como prueba sólo aquéllo que había sido consecuencia directa del accionar ilegal de la policía, sin abrir juicio acerca de la validez de otras posibles evidencias. En efecto, en “Montenegro” el Alto Tribunal circunscribió su análisis al valor de “las manifestaciones que fueran fruto del medio ilegal” empleado, o sea los apremios, dado que al parecer así le fue planteado el agravio (ver consid. 2º). De tal manera, no se pronunció sobre la validez de otras evidencias a las que la policía llegó como consecuencia de la confesión del procesado. En “Fiorentino”, a su vez, la invalidez decretada lo fue en relación “con el secuestro practicado” (ver consid. 7º).

Ahora bien, si se atiende a los fundamentos y al lenguaje utilizados por el Alto Tribunal para excluir aquellas evidencias, parecería que tales fundamentos y tal lenguaje dan pie —al menos sin duda no se oponen— a una interpretación amplia de la regla de exclusión, con su agregado “venenoso” incluido. En tales casos, la Corte habló de que no correspondía “otorgar valor al resultado de un delito”, agregando que “apoyar sobre él una sentencia judicial... es contradictorio con el reproche formulado” y “compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito”. En “Fiorentino”, más concretamente, la Corte dijo que reconocer la idoneidad de los que no es más que “el fruto de un procedimiento ilegítimo... equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal”.

En síntesis, en estos casos la Corte no se pronunció sobre la admisibilidad de pruebas distintas que las direc-

tamente resultantes del procedimiento cumplido en violación a garantías constitucionales de los procesados. Sin embargo, la utilización de expresiones tales como “el resultado de su delito” y “el fruto de un procedimiento ilegítimo”, permiten suponer que el cuestionamiento de pruebas no tan estrechamente vinculadas a la ilegalidad inicial podría recibir idéntico tratamiento. Una solución contraria, que limitase la exclusión sólo a los medios de prueba inescindiblemente conectados con esa ilegalidad, no haría en realidad otra cosa que admitir la utilidad del proceder ilegítimo.

Voy a tratar de explicar a qué me estoy refiriendo. Piénsese, por ejemplo, el caso de una confesión obtenida mediante torturas. Si la exclusión se limitara a la confesión misma, pero no a los testimonios de otras personas u otras evidencias a las que se llega por vía de aquella confesión, parece claro que ello implicaría continuar otorgando valor al resultado de un delito, y continuar comprometiendo la buena administración de justicia, la cual seguiría siendo beneficiaria del hecho ilícito.

b) Algunos tribunales inferiores han hecho en ocasiones una aplicación amplia de la regla de exclusión, de modo de declarar igualmente inadmisibles pruebas no directamente relacionadas con la ilegalidad inicial.

Un claro ejemplo de ello es la forma en que fue resuelto en definitiva el caso “Montenegro”, luego de que la Corte hiciera lugar al recurso extraordinario interpuesto. Recuérdese que la Corte circunscribió su análisis a la validez de la confesión prestada por Montenegro bajo apremios, sin pronunciarse sobre la admisibilidad de los objetos que habían sido encontrados con posterioridad en el domicilio de aquél, y que demostraban su efectiva participación en el delito investigado.

Vuelto el expediente a la Cámara, la nueva Sala interviniente consideró que resultaban también inadmisibles los objetos en cuestión, por lo que debía decretarse la nulidad del acta de secuestro de los mismos. El tribunal manifestó que “no puede ser otra la solución si se recuerda el precepto constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, toda vez que de la violación de una garantía fundamental no puede derivarse un perjuicio para el afectado, pues sería tanto como volver a desconocer aquella garantía al aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento”²⁵.

Otro ejemplo de aplicación de la doctrina del “fruto del árbol venenoso” lo da el caso “G. E., J. M.” (CNCrim. Corr., Sala VI, 4/8/83, *ED*, 107-342). Allí agentes de policía habían ingresado sin orden de allanamiento en el domicilio del procesado, secuestrándose marihuana. Entre los elementos de cargo, aparte de la sustancia misma, figuraban los dichos de los testigos del procedimiento y el testimonio de una persona ajena al secuestro. Esta última había declarado que el procesado G. E. le propuso comprar droga, afirmando luego haberla visto en el departamento de G. E., aun cuando no podía asegurar que se tratara de la misma sustancia que fuera secuestrada por la policía.

Luego de concluir que el allanamiento practicado había sido ilegítimo y contrario a la garantía que consagra la inviolabilidad del domicilio, el tribunal analizó la validez de las pruebas de cargo. Dijo que “en tales condiciones, siendo ilegítimo el procedimiento de incautación del estupefaciente, resultan inadmisibles los testimonios que se originaron en esa descalificada dili-

²⁵ Del voto del doctor Gómez, “Montenegro”, CNCrim. Corr., Sala III, 9/3/82, *LL*, 1982-D-256.

gencia”²⁶. En base a ello se tuvo por no probado el cuerpo del delito, y se absolvió al procesado.

c) Otros tribunales, sin embargo, se han mostrado menos entusiastas en lo que hace a una aplicación amplia de la regla que excluye la prueba obtenida ilegalmente. Un ejemplo de esto lo constituye el caso “Losada”, resuelto por la Cám. Fed. La Plata, Sala II, 16/2/84 (*LL*, 1984-C-47). Allí también en un caso de secuestro de marihuana en un domicilio al que se había ingresado sin orden judicial, el tribunal resolvió que la nulidad debía limitarse sólo al acta de secuestro, pero no a medios de prueba distintos de ella, tales como la declaración de los testigos presenciales del secuestro y los peritajes practicados sobre la sustancia incautada.

Ahora bien, al margen de que esta postura no parece ser la dominante en nuestros tribunales²⁷, es claro que una aplicación tan limitada de la regla de exclusión poco o nada contribuye a solventar los principios éticos a que la Corte Suprema hizo referencia en los fallos comentados anteriormente. Al mismo tiempo, también parece obvio que el eventual poder disuasorio de la ilegalidad policial queda reducido a nada si pruebas tan notoriamente originadas en un acto ilegal pueden igualmente sustentar un juicio de reproche penal.

²⁶ Del voto del doctor Andereggen; énfasis agregado.

²⁷ En general, se ha sostenido que la nulidad del acta de secuestro arrastra también la de las declaraciones de los testigos de esa diligencia, y la de los peritajes hechos sobre los efectos secuestrados. Ver así, entre otros, los casos “P. G.”, CNCrim. Corr., Sala III, 6/7/82, *ED*, 101-252; “Villanueva”, resuelto por la Cám. Fed. La Plata, Sala II, con modificaciones en su integración, 27/12/84, *LL*, 1985-B-270; “Tapia Aguilera”, CNFed. Crim. y Corr., Sala II, 2/7/85, *LL*, 1985-D-391 y “Vitar, P.”, CNCrim. Corr., Sala IV, 25/9/84, *JPBA*, 57-83.

De todas maneras, y según veremos seguidamente en más detalle, el problema radica en que la distinción entre prueba directamente vinculada a una ilegalidad por un lado, y la que se conectaría con ella sólo mediadamente por otro, no resulta en absoluto una tarea simple. Por ello, creo que es preferible mantener la mira en cuáles son los propósitos que animan la regla de exclusión y en base a ello verificar, en cada caso o hipótesis, si la exclusión satisface o no tales propósitos. Así, en lugar de intentar adjudicarle a esta “doctrina del fruto venenoso” una jerarquía autónoma, tal vez un mejor punto de partida sea considerarla como una simple extensión de la regla de exclusión.

Serán entonces los principios éticos y educativos del comportamiento policial los que marcarán si determinada prueba ha sido o no obtenida aprovechando de una ilegalidad anterior, y si la administración de Justicia tolera el uso de esa prueba para fundar un juicio de reproche²⁸.

2.3. *Invocando los derechos de terceros*

(y, al parecer, los propios): el caso “Rayford”.

Más sobre la regla de exclusión

El caso “Rayford y otros”, resuelto por la Corte con fecha 13/5/86, *Fallos-CSJN*, 308:733, vino a sentar prin-

²⁸ Una distinción tajante como la que rechazo, parece haber sido propugnada por el doctor Gil Lavedra al resolver la causa “Monticelli de Prozillo”, *supra*, nota 1. Allí se indicó que “no debía confundirse el problema... (de) la validez de la prueba obtenida por un medio ilegal que es tema de la regla de exclusión..., con el de la admisibilidad de la prueba originada, derivada o vinculada aun mediadamente con el primer acto ilegítimo”. Debe remarcarse, sin embargo, que los fundamentos luego expuestos en ese voto para justificar la regla de exclusión, parecen ser de aplicación a ambos supuestos. Es más, el propio voto

cipios de suma importancia en lo relativo al alcance de la regla de exclusión.

a) Reginald Rayford, un americano con escaso dominio del castellano y en tránsito por nuestro país, había sido detenido por el delito de tenencia de estupefacientes. La sustancia en cuestión había sido secuestrada de su domicilio por personal policial, luego de que aquél “no opusiera reparos” a la inspección de su vivienda. Los agentes policiales habían actuado sin orden judicial. Luego de ello, en camino a la comisaría, Rayford entregó a los policías una tarjeta personal de quien le había suministrado la droga: el menor “B.”. En base a ese dato, fue también detenido este último. Otro menor, de nombre “L. S.”, proveedor a su vez de “B.”, fue igualmente detenido. Ambos menores de edad confesaron su participación en los eventos que culminaron con el suministro a Rayford de los estupefacientes secuestrados. Rayford fue acusado por el delito de tenencia, y los menores por el de suministro.

Recién en la oportunidad de alegar, la defensa de Rayford cuestionó la validez del allanamiento y secuestro de los estupefacientes. Al parecer, en cambio, los menores “B.” y “L. S.” no plantearon durante el proceso cuestión constitucional alguna. Los tres procesados fueron absueltos en primera instancia, sobre la base de que el allanamiento que diera origen al procedimiento había sido ilegítimo, y que no estaba por ende acreditado el cuerpo del delito. Apelado este pronunciamiento por el Fiscal, la Cámara revocó. La Alzada sostuvo la vali-

que comento termina por propugnar la nulidad tanto del acta de secuestro del material incriminatorio, como la de los testimonios en sede prevencional y judicial de quienes presenciaron el secuestro inválido.

dez del secuestro, por haber mediado a su entender consentimiento del interesado. Luego de desestimar otras defensas de los procesados, éstos fueron condenados a penas de prisión en suspenso.

Sólo la defensa del menor “B.” interpuso recurso extraordinario. Rayford, presumiblemente presuroso por salir del país, consintió la sentencia condenatoria recaída. La defensa de “B.” basó su recurso en la ilegalidad de los actos iniciales de la investigación —la entrada supuestamente ilegal en el domicilio de Rayford— lo cual a su juicio debía determinar la nulidad de todo lo que fue su consecuencia.

b) La Corte comenzó por analizar un tema previo, pero de suma importancia: la legitimación de “B.” para impugnar los actos iniciales del procedimiento. El Alto Tribunal resolvió esta muy delicada cuestión en pocas líneas. Dijo que no era posible sostener que la validez o invalidez de tales actos afectara sólo el interés del coprocesado Rayford, puesto que “fue a partir de la inspección realizada en el domicilio (de Rayford) que se desarrollaron los distintos pasos de la pesquisa que llevaron a su incriminación (la de ‘B.’) en esta causa”. Dado que, agregó la Corte, los acontecimientos sucedidos en el domicilio de Rayford “resultan indisolublemente relacionados” con la situación del menor “B.”, “la garantía del debido proceso que (lo) ampara lo legitima para perseguir la nulidad de dichas actuaciones” (ver consid. 3º del fallo)²⁹.

²⁹ El fundamento dado por la Corte parecería ser el siguiente. En la medida en que la violación de una garantía constitucional de un tercero (T) —en el caso la inviolabilidad del domicilio— se relacione en forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien (A), ese (A) pasa a tener un interés en que la ilegalidad sea de-

Una vez admitida la legitimación de “B.” para obtener la nulidad del secuestro inicial del estupefaciente³⁰, la Corte analizó la validez del resto de la prueba que incriminaba a “B.”. Vale decir, los dichos de Rayford, la entrega de la tarjeta personal con el nombre de “B.”, la confesión de éste y los testimonios también incriminatorios del otro menor, “L. S.”

Para ello, la Corte comenzó señalando que “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido de vías ilegítimas”. Agregó que lo contrario implicaría “desconocer el derecho al debido proceso”, al par que reiteró los fundamentos éticos de la regla de exclusión expuestos en “Montenegro”. Luego el Alto Tribunal dijo que “no obstante su categórica formulación, (esta regla) admite también el concurso de factores que pueden atenuar los efectos derivados de una aplicación au-

clarada y la prueba a su vez excluida. Este último interés integraría la garantía del debido proceso *de (A)*, que se vería entonces afectada de admitirse la utilización en juicio de medios de prueba obtenidos en violación de los derechos de (T).

Esta delicada cuestión ha sido también planteada en los Estados Unidos. La Corte Suprema de ese país la ha resuelto negándole legitimidad a quien pretende la exclusión de prueba obtenida en violación de garantías constitucionales de otro. Ver así el caso *Jones v. United States*, 362 US 257 (1960) en el cual se decidió que sólo quien “ha sido víctima de un allanamiento o secuestro ilegal”, en el sentido de “ser aquél contra el que se ha dirigido el procedimiento”, se encuentra legitimado para cuestionar la admisibilidad de la prueba así obtenida. Para un caso posterior afirmando estos principios, ver *Rakas v. Illinois*, 439 US 128 (1978).

³⁰ A esa nulidad se hizo lugar sin mayor discusión. La Corte consideró que el alegado consentimiento de Rayford no había existido, puesto que era altamente improbable que él, un extranjero con escaso dominio del idioma, pudiese comprender cabalmente el alcance del procedimiento cumplido en su contra. Como consecuencia de ello, concluyó el tribunal, debía desecharse la legitimidad de la pesquisa y por ende la del secuestro, que fue su resultado.

tomática e irracional”. Así, la Corte distinguió por un lado “los elementos materiales indebidamente obtenidos”, los que, dada su “inmutabilidad”, por lo general “perderán su valor de una vez y para siempre”. Otro tratamiento, en cambio, merecería “la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma”. Para la exclusión de este tipo de evidencia, dijo el Alto Tribunal, se requerirá “un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material”. A los fines de analizar ese vínculo, señaló que resultaba ventajoso analizar la cadena causal de los actos, con sujeción a la leyes de la lógica. Dijo, por último, que debía tenerse en cuenta “la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas que las que se tengan por ilegítimas”.

A la luz de todas estas consideraciones pasó entonces la Corte a analizar en concreto la validez del resto de la prueba. Respecto de los dichos de Rayford incriminando a “B.”, y de la entrega de la tarjeta con el nombre de éste, el tribunal señaló que era posible aseverar que a la individualización de “B.” se había llegado como efecto exclusivo del procedimiento ilegítimo en el que se secuestró el estupefaciente. La Corte razonó entonces que de no haber sido por ese medio ilegítimo, resultaba hartamente conjetural suponer que Rayford hubiese involucrado a “B.” espontáneamente. En base a ello, concluyó, existe un nexo directo entre el secuestro ilegítimo y la mención que Rayford trae de “B.”, todo lo cual “autoriza a descartar que sus manifestaciones sean el fruto de una libre expresión de voluntad”. Una vez resuelta la exclusión de estas evidencias, la Corte señaló que igual suerte debía correr la confesión de “B.” y las manifestaciones de “L. S.”, atento a que no

había habido “varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso”.

c) Al margen de la compleja cuestión de legitimación ya analizada, este pronunciamiento de la Corte importa una generosa aplicación de la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente³¹. A continuación voy a intentar mostrar qué excepciones a la misma parece estar dispuesta a aceptar la Corte, al tiempo que indicaré otras excepciones posibles, de acuerdo a ciertos principios actualmente aceptados en los Estados Unidos de Norteamérica.

3. *EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSION*

3.1. *La existencia de una “fuente independiente”*

Una primera excepción a la regla de exclusión mencionada por la Corte en “Rayford” existiría en caso de que hubiese un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo, de resultas de lo cual pueda afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente distinta o autónoma. Adviértase que esta excepción no requiere la efectiva adquisición por un medio independiente, sino

³¹ Uno de los votos en disidencia, el del doctor Caballero, propició la desestimación del recurso fundamentalmente por razones formales. El otro voto en disidencia, del doctor Belluscio, se basó en que, aun admitiendo la nulidad del allanamiento, los otros elementos probatorios —las confesiones de todos los procesados, especialmente las judiciales— brindaban adecuado sustento a la sentencia recurrida.

tan sólo la “posibilidad” de que ello hubiese ocurrido en el caso concreto³².

El caso “Ruiz, Roque”, *Fallos-CSJN*, 310:1847, *LL*, 1988-B-444, que será nuevamente analizado en el capítulo de la garantía contra la autoincriminación, importa una afirmación de esta excepción. Allí, en el marco de una investigación sobre robos a taxistas, la policía había obtenido la confesión extrajudicial del procesado. Hechos posteriores permitieron sospechar que esa confesión había sido extraída bajo apremios. La confesión policial sirvió además para ubicar a los taxistas despojados, los cuales declararon en contra de Ruiz. La confesión policial del procesado, por último, permitió también ubicar a un comerciante con el cual Ruiz negociara los efectos sustraídos de uno de los taxistas.

Ahora bien, respecto de dos de los robos a los taxistas incluidos en la confesión, había existido una fuente autónoma de investigación. En efecto, en un procedimiento policial previo a la detención de Ruiz y que se originara en un asalto a una farmacia, la policía había ya secuestrado un documento de identidad, el cual se de-

³² Esta excepción, también receptada en los Estados Unidos, recibe allí el nombre de “*independent source*” (fuente independiente). Su formulación se remonta al caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, *supra*, nota 24, donde la Corte norteamericana dijo que las pruebas obtenidas por vías ilegales podían de todas maneras ser admitidas en juicio si el conocimiento de ellas podría derivar de una fuente independiente.

En nuestro país, algunos tribunales inferiores parecen también dispuestos a aceptar esta excepción. Ver así el caso “Villanueva, Héctor O. y otro”, *Cám. Fed. La Plata*, Sala II, 27/12/84, *LL*, 1985-B-270, en el cual se admitió la exclusión de la prueba cuestionada al “no existir prueba independiente del secuestro que pueda esgrimirse en contra del procesado” (ver voto del doctor Garro). Ver asimismo lo dictaminado por el Fiscal de Cámara de este tribunal en la causa “B., C. R.”, *ED*, 112-363.

terminó pertenecía a uno de los taxistas despojados por Ruiz. También en esa oportunidad se había secuestrado el auto-taxímetro utilizado para el asalto a la farmacia, el cual resultó ser uno de los autos robados previamente por el mismo Ruiz.

Condenado en las instancias ordinarias, Ruiz llevó el caso a la Corte por vía del recurso extraordinario. Dos de las condenas fueron confirmadas. El Alto Tribunal tuvo en cuenta para ello que aun cuando la confesión ilegítima de Ruiz había permitido la individualización de las víctimas y los reconocimientos que éstos hicieron de Ruiz, existían en la causa otras pruebas “independientes de las manifestaciones irregulares”, y que habían sido obtenidas “de manera objetiva y directa” (consid. 15).

La Corte se refirió, claro está, al documento hallado y al automóvil secuestrado en oportunidad al asalto a la farmacia. Estas probanzas permitían en este caso afirmar que se estaba ante “la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas” (ver el lenguaje del consid. 13).

En suma, si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esa prueba será válida.

En cambio, la condena por el robo restante fue revocada por la Corte. Mediante una aplicación generosa de la regla de exclusión, la Corte señaló que no se advertía de qué modo podría haberse llegado al testimonio del taxista despojado, ni al del comerciante con el que Ruiz negoció los efectos sustraídos, sin transitar por la vía de la confesión policial del acusado.

Respecto de este último robo la Corte señaló que “no hubo varios caminos de investigación, sino uno solo,

cuya senda original estuvo viciada y contaminó todo su curso” (ver consid. 14).

3.2. *Atenuación por hechos intervinientes.*

Los testimonios dotados de “voluntad autónoma”

Según también explicó la Corte en “Rayford”, la conexión entre la ilegalidad inicial y la prueba cuestionada puede asimismo reconocer factores de atenuación. Uno de ellos estaría dado por la aparición de un testimonio incriminante. La Corte señaló así que “la prueba que proviene directamente de las personas a través de sus dichos, por hallarse ellas dotadas de voluntad autónoma, admite mayores posibilidades de atenuación de la regla” (considerando 5º del fallo). Por último, agregó que “el grado de libertad de quien declara no es irrelevante para juzgar sobre la libertad de sus manifestaciones, de modo que la exclusión requiere, en estos supuestos, un vínculo más inmediato entre la ilegalidad y el testimonio que el exigido para descalificar la prueba material”³³.

³³ Tengo la casi seguridad de que para la distinción entre prueba material y la que deriva de las “personas dotadas de voluntad autónoma”, la Corte de nuestro país se inspiró en el caso *United States v. Ceccolini*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (435 US 268, 1978), en el cual se hizo exactamente esa diferenciación. Allí un oficial de policía había hecho un registro de un comercio sin orden judicial previa, secuestrando ciertos sobres que halló en un mostrador. En uno de los sobres había evidencias de la realización de apuestas ilegales. El policía le preguntó al empleado del comercio a quién pertenecía el sobre en cuestión. El empleado suministró el nombre del acusado, quien era un cliente del referido comercio. Durante el proceso el acusado buscó la supresión como prueba tanto del sobre conteniendo la documentación incriminatoria, como del testimonio del empleado del comercio. La Corte estadounidense, en votación dividida, consideró al testimonio del empleado como una prueba válida. Para justificar por qué se aceptaba la exclusión del sobre pero no la de

Esta distinción entre “prueba material” y los testimonios “dotados de voluntad autónoma”, resulta a mi juicio bastante trabajosa.

Para empezar, debe coincidirse conmigo en que ella no parece demasiado en línea con los propósitos que animan la regla de exclusión. Esta aspira, según la Corte, a que no se convierta a la administración de Justicia en beneficiaria de la ilegalidad policial. Según otros tribunales, vimos ya, la regla cumple también un propósito disuasorio de futuras transgresiones a los derechos básicos del individuo.

Ahora bien, si por alguna razón no demasiado clara se privilegian los testimonios como pruebas válidas de cargo, sin importar que ellos reconozcan como origen una violación constitucional, entonces es claro que los propósitos de la regla de exclusión quedarán satisfechos sólo muy parcialmente. Los funcionarios policiales podrán seguir “apremiando” individuos o allanando sus domicilios sin orden judicial, a la espera de que ese proceder ilegal los conduzca, alguna vez, a un testimonio incriminante prestado por un tercero.

Mantener la fuente independiente como excepción a la regla de exclusión, o pensar en hipótesis en que efectivamente puede decirse que ha quedado totalmente disipada la cadena causal entre la ilegalidad inicial y la prueba cuestionada, es una cosa. Adjudicarle a los testimonios un carácter mágico como el sugerido en “Rayford” es, peligrosamente, otra³⁴.

la declaración del empleado, dijo cosas casi idénticas a las expresadas por nuestra Corte en “Rayford”.

³⁴ Siempre es posible imaginar casos en donde la conexión entre una ilegalidad y la prueba cuestionada se vea disipada o atenuada por hechos intervinientes. Piénsese en esta variante mencionada por la minoría en el caso *Ceccolini*: que el oficial de policía no hubiese inte-

Un hecho “interviniente” que la Corte en “Rayford” no consideró con suficiente poder de atenuación, fue la existencia de confesiones judiciales prestadas por los procesados³⁵. Es cierto que podría argumentarse en tal caso que la presencia de un órgano judicial frente al cual se prestan las declaraciones, tendría un efecto “curativo” de cualquier irregularidad anterior. Particularmente, creo que estaría dispuesto a aceptar este argumento en la medida en que no existan trabas al derecho del imputado a comunicarse con su defensor previo a su declaración ante el Juez de Instrucción. Entonces sí, podría afirmarse que la confesión prestada constituye un acto de libre voluntad, con fuerza suficiente como para interrumpir la conexión existente entre esa confesión y la irregularidad inicial.

Una situación particular se plantearía si, en algún momento de la cadena causal posterior a la ilegalidad

rogado al empleado del comercio acerca de la identidad del titular del sobre, presentándose luego el empleado a declarar espontáneamente sobre tales hechos. En ese caso sí podría decirse que existe un hecho interviniente —la aparición espontánea del empleado— que atenúa considerablemente la conexión entre su testimonio y el allanamiento inicial. Pero siguiendo aquí a los disidentes en *Ceccolini*, realmente no se advierte la razón en darle a las declaraciones testimoniales un *status* distinto que al resto de las evidencias.

Lo que tal vez ocurra con las declaraciones de testigos es que ellas, más que otro tipo de pruebas, sí pueden dar pie a la otra excepción apuntada por nuestra Corte en “Rayford” y afirmada luego en “Ruiz”. Esto es, la que se refiere a la posibilidad de adquisición de la prueba por una “fuente independiente”. Ello, puesto que es más fácil sostener que había posibilidad de llegar a una evidencia por una vía diferente de la que se siguió en el caso de un testigo, que si se trata de un elemento material. Allí sí la “voluntad autónoma” de los testigos puede ser un hecho relevante, pero relevante a los fines de juzgar esa posibilidad de adquisición por una fuente autónoma. No para convertir a los testimonios en excepciones híbridas a la regla de exclusión.

³⁵ Sí parece haberle adjudicado tal entidad el doctor Belluscio en su voto en disidencia. Ver *supra*, nota 31.

inicial, un juez dictara una orden de allanamiento. En ese caso, creo, la validez de la prueba incriminatoria encontrada en ese allanamiento debería ser admitida sólo si al juez le fuesen presentados los hechos tal como sucedieron, sin retacearle ninguna información. En ese caso, entonces, sería el juez quien estaría decidiendo si acceder a ese allanamiento significa o no el explotar la ilegalidad inicial y si los hechos anteriores la han disipado suficientemente³⁶.

3.3. *Otras posibles excepciones*

Otras posibles excepciones a la regla de la exclusión actualmente admitidas en los Estados Unidos son las siguientes. Cuando la policía actúa de buena fe y en cumplimiento de una orden judicial, aun cuando luego se determine que esa orden estuvo mal dictada³⁷. El fundamento que se ha dado para admitir esta excepción es que ningún sentido tiene intentar disuadir a quien de buena fe y razonablemente ha confiado en que obraba conforme a derecho³⁸.

Otra excepción admitida en ese país se da cuando la prueba obtenida ilegítimamente, por sus características, habría sido encontrada de todas maneras tarde o temprano. Si bien algunos tribunales inferiores la han

³⁶ Consideraciones de este tipo llevaron a la Corte estadounidense en *Franks v. Delaware*, 438 US 154 (1978) a establecer que quien pretende la exclusión de la prueba obtenida en un allanamiento con orden previa, se halla habilitado para cuestionar la veracidad de las manifestaciones hechas por la policía al solicitar la orden.

³⁷ *United States v. Leon*, 104 S. Ct. 3405 (1984).

³⁸ Si bien en el Derecho estadounidense esa excepción se ha limitado hasta el momento a supuestos de actos cumplidos en ejecución de una orden judicial, es probable que sea extendida a todos los casos en que la policía crea de buena fe estar cumpliendo con sus deberes.

rechazado sobre la base de que constituye un incentivo para que la policía actúe ilegalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos la admitió para casos en que se acreditara por el Estado:

- a) Que la policía no había actuado de mala fe y con el propósito de acelerar la investigación recurriendo a un medio ilegal.
- b) Que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta³⁹.

En algún caso, por último, se ha admitido una excepción a la exclusión automática de prueba obtenida ilegalmente cuando la “seguridad pública” requería acción inmediata por parte de la policía⁴⁰.

³⁹ Ver *Brewer v. Williams*, 430 US 387 (1977). Como una aplicación de este principio ver el caso *Nix v. Williams*, 104 S. Ct. 2501 (1984) en el que se admitió como prueba en contra del procesado un cadáver a cuya localización la policía llegó violando el derecho de aquél a no ser interrogado en ausencia de su abogado defensor. Durante el juicio la Fiscalía probó que al momento de obtenerse la declaración inválida, la zona donde se hallaba el cadáver estaba siendo rastreada por gran cantidad de agentes policiales y colaboradores. La Corte estadounidense dijo entonces que el descubrimiento de esa prueba era inevitable, y que por lo tanto no existía entre la ilegalidad policial y la prueba un nexo de entidad suficiente como para justificar su exclusión.

⁴⁰ Ver *New York v. Quarles*, 104 S. Ct. 2626 (1984). Allí oficiales de policía habían localizado en un supermercado a un sospechoso por una violación recientemente denunciada. El sospechoso intentó escapar pero fue detenido. Al palparlo de armas, los policías advirtieron que portaba una cartuchera vacía. El sospechoso fue interrogado, sin ser advertido previamente de sus derechos, acerca del lugar donde estaba el arma. En tales circunstancias admitió haberla escondido entre unas cajas en el supermercado, lugar donde fue localizada. Durante el juicio el procesado objetó la validez de su admisión inculpativa y del arma así encontrada. Llegado el caso a la Corte Suprema, ésta, en votación sumamente dividida, declaró tales pruebas ad-

4. *DESARROLLOS POSTERIORES*

Luego de que la Corte —bien que con las posibles excepciones apuntadas— consagrara en “Rayford” y luego en “Ruiz” la regla de exclusión con su “fruto del árbol venenoso” incluido, casos posteriores vinieron a echar algunas dudas acerca de cómo está de dispuesto el Alto Tribunal a mantener esta doctrina, y con qué alcance, en los casos venideros.

4.1. *Afirmación de los principios ya vistos*

Poco después de “Rayford” y “Ruiz” la Corte resolvió el caso “Francomano y otros”, *Fallos-CSJN*, 310:2402. En él, volvió a hacer una aplicación amplia de la regla de exclusión, nuevamente autorizando a terceros a invocar violación de garantías constitucionales de otros.

En dicho caso Francomano, en una confesión policial pretendidamente “espontánea”, había incriminado a la coprocesada Vilas como formando parte de una asociación ilícita. Los dichos de Francomano fueron el antecedente directo del arresto de Vilas en su domicilio, oportunidad en que la policía le secuestró material que la incriminaba. La investigación posterior permitió demostrar que, al menos en lo relativo a la mención de Vilas, los dichos de Francomano fueron extraídos bajo apremios. Vilas fue condenada a una pena de prisión, y su apelación llegó hasta la Corte Suprema.

misibles. Consideraciones sobre la “seguridad pública”, dijo el tribunal, justificaban hacer lugar a una “pequeña excepción” a los principios de exclusión de prueba obtenida en violación a los derechos de los imputados. La Corte estadounidense fue cuidadosa sin embargo en remarcar que éste no era un caso en el cual la policía hubiese forzado a un procesado a autoincriminarse.

Con invocación de los casos “Charles Hermanos”, “Montenegro”, “Fiorentino” y “Rayford”, la Corte revocó la condena. Señaló así que “aparece en autos un cauce probatorio inválido que parte de la declaración de Francomano en una cadena causal ininterrumpida hasta llegar a la captura de la recurrente” (consid. 4º).

Luego de recordar su doctrina según la cual “debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vías ilegítimas”, la Corte agregó que “esta exclusión también debe extenderse a los medios de cargo que incriminasen a un tercero cuando aquéllos... se originasen en un cauce de investigación viciado de nulidad”. Por último, el Alto Tribunal señaló que “no existe en la causa una fuente independiente de conocimiento que permita acreditar el cuerpo del delito y la autoría de la acusada, prescindiendo de las pruebas viciadas de nulidad” (consid. 4º).

4.2. *La carga de demostrar la trascendencia del agravio constitucional*

En el caso “Martínez”, *Fallos-CSJN*, 311:962, la Corte introdujo una variante al funcionamiento de la regla de exclusión. El procesado había cuestionado su condena, invocando que la prueba de cargo había sido obtenida a través de allanamientos domiciliarios ilegales.

La Corte rechazó el recurso con una doble fundamentación. Primero, señaló que no se estaba ante allanamientos ilegítimos pues había mediado consentimiento para el ingreso, prestado por la mujer con la que el imputado convivía⁴¹. A mayor abundamiento, señaló que:

⁴¹ El valor y alcances del “consentimiento” como forma de validar ingresos domiciliarios sin orden judicial, serán analizados en el capítulo que trata de la inviolabilidad del domicilio.

...aun en el supuesto de que existiesen inspecciones de domicilio irregulares en las que se hubiesen recogido pruebas de cargo, no se ha demostrado en el recurso que su eliminación condujera a un resultado distinto al que arribó el "a quo" o, lo que es lo mismo, que las restantes sean insuficientes para sustentar la condena aplicada. (Consid. 2º).

Este criterio de la Corte tiene sus bemoles. Es cierto que el mismo está emparentado con principios generales en materia de intervención de la Corte Suprema, cuando conoce de un recurso extraordinario. Por ejemplo, el de que no corresponde revocar un fallo cuando el mismo cuenta con fundamentos no federales o federales consentidos, que alcancen para sustentarlo. Igualmente, el principio según el cual, aun detectada una transgresión constitucional, es a cargo del imputado demostrar la relación directa e inmediata que esa transgresión guarda con el resultado final del pleito.

Pero al mismo tiempo, creo que en este caso la Corte dio un paso más. En la medida en que las evidencias obtenidas en los allanamientos tachados de ilegales integraron —si bien al parecer no de manera exclusiva— el cuadro probatorio en contra del imputado, da la sensación de que hubiera correspondido *a los jueces de grado* evaluar en qué medida la restante prueba era o no apta para fundar un juicio de condena. Vale decir, si la Corte efectivamente advierte una transgresión constitucional, y si de ella resulta prueba que, al menos en parte, es utilizada para fundar un juicio de reproche, lo que la ortodoxia constitucional indica es que debe hacerse lugar a la impugnación de esa prueba, revocar la condena y ordenar a los tribunales de grado que dicten una nueva sentencia, que prescinda de tomar en cuenta la prueba inválida⁴².

⁴² Eso es lo que hizo la propia Corte en el caso "Montenegro" ya

El mensaje de la Corte en este caso es distinto, pues pone en cabeza del imputado demostrar, al tiempo de interponer su recurso, que la prueba que cuestiona ha sido decisiva para el juicio de culpabilidad al que se arribó.

4.3. *El caso “Fiscal v. Fernández”.* *Un “dictum” preocupante*

El caso ya analizado “Fiscal v. Fernández” (LL, 1991-B-190) sobre empleo de agentes encubiertos, —ver el Capítulo III, punto 7—, contiene lenguaje que puede querer presagiar un nuevo rumbo en la marcha de la regla de exclusión.

Según se recordará, ese caso tuvo que ver con el ingreso de un agente policial que jamás se identificó como tal, al Consulado de Bolivia en la ciudad de Mendoza. En presencia del policía el Cónsul entregó a un amigo de éste que ingresó junto con el agente policial, una importante cantidad de cocaína. Durante la causa se planteó, entre otras cosas, la validez de ese ingreso domiciliario sin orden judicial.

La Corte estructuró su fallo sobre la base de que estábamos ante un ingreso consentido por el Cónsul, explicando que no había existido por parte del policía un real ardid, sino tan solo un silencio acerca de su calidad de funcionario. La Corte también remarcó que una vez en el domicilio el policía no había convertido su visita en una pesquisa, limitándose posteriormente a testimoniar acerca de la entrega de la droga observada.

analizado previamente, en el que se admitió el recurso extraordinario interpuesto, ordenándose a los jueces de la causa dictar un nuevo fallo que prescindiera de tomar la confesión inválida de Montenegro como prueba. Como también vimos, Montenegro terminó en definitiva absuelto.

Ahora bien, en el marco de una decisión que consideró a ese ingreso como legítimo, es claro que la Corte terminó rechazando la posible aplicación al caso de la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente. La razón de ese rechazo, valga la perogrullada, fue porque el Alto Tribunal entendió a este caso como uno de obtención de prueba legal, y no ilegal. Dada esa manera de resolver el caso, desechando la aplicación de la regla, parece obvio que no había necesidad de decir nada más.

Pero la Corte sí dijo algo más. En su considerando 14 agregó:

...Los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios... El deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, "en sí misma", haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales e ilegales. (Énfasis agregado).

En un trabajo previo (ver *LL*, 1991-C-857, secc. doctrina), intenté explicar por qué estamos ante un *obiter dictum* totalmente innecesario, y desafortunado. Innecesario, porque si lo que la Corte entendió fue que éste no era un caso de aplicación de la regla de exclusión, toda especulación acerca de los alcances que corresponde asignarle a esa regla no aplicada, resulta totalmente descolgada de la decisión⁴³.

⁴³ En el referido artículo expliqué también los inconvenientes de todo *obiter dictum*: un tribunal se pronuncia sobre una cuestión sin haber escuchado los argumentos de las partes, prejuzga para casos futuros, y por lo general, lo hace sin la suficiente elaboración y fundamentación.

Lo de desafortunado tiene que ver con lo siguiente. La mención de la Corte de que sólo correspondería excluir la prueba “en sí misma” obtenida a través de medios inconstitucionales, parece querer desterrar la doctrina del “fruto del árbol venenoso” receptada en casos tales como “Rayford” y “Ruiz”. Piénsese el siguiente caso: “X.” es apremiado ilegalmente durante un interrogatorio policial. Así coaccionado, confiesa ser autor de un robo. Confiesa además que ha vendido los efectos sustraídos a un tercero. La policía concurre al domicilio del tercero y recupera los objetos robados. En esa oportunidad obtiene también el testimonio de ese tercero, que incrimina a “X.”.

De acuerdo al *dictum* de la Corte en “Fiscal v. Fernández”, un tribunal enfrentado con un planteo de exclusión de las pruebas obtenidas debería razonar así. La prueba obtenida “en sí misma” por un medio ilegítimo sería tan sólo la confesión, pero no la que se origina en la búsqueda de los objetos robados o en los dichos del tercero. En efecto, aun cuando se trate de prueba obviamente obtenida *a partir* de la confesión inválida, no puede decirse que estemos ante prueba “en sí misma” ilícita. La razón de la limitación, según la Corte, hay que buscarla en “el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva” (véase el *dictum*).

Piénsese este otro ejemplo: agentes policiales entran en un domicilio sin orden de allanamiento. Encuentran allí billetes falsificados y los secuestran. De acuerdo al *dictum*, estos objetos sí deberían ser excluidos, pues constituyen “en sí mismos” prueba obtenida en transgresión a la garantía que consagra la inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien, ¿por qué razón la verdad jurídica objetiva sufre menos con la exclusión de los billetes falsifica-

dos en el segundo caso, que si tal exclusión alcanzara también a los objetos robados del primero? ¿No significa la exclusión de los billetes un golpe tremendo para el establecimiento de la verdad objetiva? ¿Y por qué en el primer caso sufre menos la verdad excluyendo la confesión, que haciendo lo propio con los objetos robados o con el testimonio del tercero?

Lo que ocurre con estas preguntas es que ellas están mal formuladas. La regla de exclusión, en una gran cantidad de casos, es nos guste o no un ataque directo al establecimiento de la verdad objetiva. Pero el fundamento de la regla es otro. Ella tiene las motivaciones éticas y educativas del poder público que reseñé en los puntos anteriores, y la decisión de adoptarla o no tiene que ver con las opciones de vida que una sociedad desea, a sabiendas de que el establecimiento de la verdad jurídica objetiva sufrirá un duro golpe si se opta por la afirmativa.

Pero una vez tomada la decisión de adoptar la regla—como nuestra Corte lo hizo a partir de los casos “Montenegro”, “Fiorentino”, “Rayford” y “Ruiz”—la única actitud coherente con sus fundamentos es aplicarla sin limitaciones. Para seguir con los ejemplos previos, es claro que tanto convierte a la administración de Justicia en beneficiaria de ilicitudes la condena que toma en cuenta una confesión ilegítima, como la que se apoya en pruebas a la que la policía llegó como consecuencia de esa confesión.

De lo contrario, las fuerzas del orden tendrán pocos incentivos para cumplir con los mandatos constitucionales. Siempre se podrá seguir intentando conseguir una confesión bajo apremios, en la inteligencia de que esa confesión, “en sí misma”, podrá no valer como prueba, pero sí será válido lo que se obtenga a partir de la confesión.

En suma, si lo que la Corte entendió consagrar en “Montenegro” y su progenie fue la proscripción de los métodos inconstitucionales en la investigación de delitos, y la imposibilidad de usar en contra del imputado la prueba que sea “el fruto” de tales métodos, el criterio limitativo que surge del *dictum* bajo análisis no puede encontrar ninguna ubicación.

Es de desear que futuros casos tomen a ese *dictum* como lo que es: algo que dijo la Corte como al pasar, innecesario para resolver el caso como lo resolvió, carente de debido análisis y fundamentación y sin valor ninguno como precedente.

5. **FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA EXCLUSION DE PRUEBA Y OPORTUNIDAD PARA SU DISCUSION**

a) Una primera cuestión que resta por dilucidar se vincula con el fundamento normativo que cabe asignarle a la regla de exclusión de prueba obtenida ilegítimamente. En general esta cuestión ha sido resuelta apelando a las reglas en materia de nulidades procesales⁴⁴. Si bien parecería ser ésta una fundamentación normativa razonable⁴⁵, creo que no debe caerse en el error de asignarle a dicha regla el carácter de un ingrediente meramente de procedimiento, que existirá sólo

⁴⁴ Este es el fundamento que ha sido invocado principalmente en los numerosos pronunciamientos reseñados en *supra*, nota 20 .

⁴⁵ En el Código de Procedimientos en materia Penal, el juego de los arts. 509 y 512 determinaba que la nulidad de los actos dictados “por omisión de formas esenciales”, se proyectara además a “todo lo que se relacione con la actuación nula”. En el Código vigente, se señala que “La nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan...”. Ver art. 172.

en la medida en que las leyes procesales la recepten⁴⁶. En efecto, si como ha dicho la Corte en “Montenegro” y “Fiorentino”, aceptar la prueba obtenida en violación a garantías constitucionales equivale a otorgar valor al resultado de un delito y a comprometer la buena administración de Justicia, da la impresión de que la erradicación de estos males sólo quedará asegurada si es la Constitución misma la que impone la exclusión de tales pruebas.

En apoyo de esta interpretación puede señalarse lo siguiente. Si la Constitución Nacional nos ha garantizado a todos los habitantes la inviolabilidad de nuestro domicilio, que sólo seremos arrestados en ciertas condiciones, que no se nos coaccionará para que declaremos en nuestra contra, que no se nos impondrá una pena sin juicio previo, etc., parece razonable inferir de todo ello que la Constitución no puede permanecer indiferente ante la violación de tales garantías. Con otras palabras, y retomando el lenguaje utilizado por la Corte en “Montenegro”, es claro que si tales violaciones se producen, “el acatamiento por parte de los jueces de tal (es) mandato(s) constitucional(es) no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables” de aquellas transgresiones (ver consid. 5º). Es necesario dar un paso más. El mismo, como señaló el Alto Tribunal en “Rayford”, está dado por “la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante

⁴⁶ Es más, en algún pronunciamiento se ha hecho notar que la nulidad no sería en realidad la vía para cuestionar la eficacia de pruebas incorporadas por la prevención policial. “P., H. A.”, CNCrim. Corr., Sala III, 26/5/83, ED, 107-430.

de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional” (consid. 5^o)⁴⁷.

b) Queda una última cuestión a resolver, de la mayor trascendencia. Y aquí sí sería deseable que futuras reformas procesales tomaran en cuenta que, si como afirmo, la exclusión de prueba obtenida ilegalmente constituye un mandato constitucional, es menester crear un campo más propicio que el actual para la efectivización de tal mandato.

Trataré de aclarar a qué me estoy refiriendo. Una nota que caracteriza a los sistemas de enjuiciamiento criminal derivados del continente europeo, por oposición al sistema acusatorio que rige en los Estados Unidos, es, en los primeros, cierta renuencia a estructurar etapas procesales previas a la resolución definitiva, para la discusión de aspectos distintos de la culpabilidad o inocencia del imputado. En el sistema estadounidense, en cambio, son numerosos los planteos que un acusado tiene derecho a efectuar previo a la iniciación del juicio, y que se entiende hacen a la garantía del debido proceso, aun cuando sean aparentemente ajenos al fondo de la cuestión debatida. Por ejemplo, no ser juzgado conjuntamente con otros co-procesados en ciertas ocasiones, oponerse a la acumulación de cargos en un jui-

⁴⁷ A mayor abundamiento, puede verse el voto concurrente del doctor Arslanian, al fallar el caso “Monticelli de Prozillo”, *supra*, nota 1. El citado camarista fundamentó allí la regla de exclusión, como una derivación lógica de la garantía del juicio previo contenida en el art. 18 de la Carta Magna. Dijo así que el debido proceso legal que esta última norma requiere para la imposición de una pena, se opone a que se le pueda conceder eficacia a la prueba obtenida en violación a las garantías constitucionales. Lo contrario significaría “vaciar de contenido” a las garantías transgredidas, y “se afectaría así una de las condiciones esenciales del juicio”.

cio único cuando ello puede incidir negativamente sobre el cargo principal, ser juzgado en un distrito distinto de aquél donde se cometió el delito debido a la publicidad alcanzada, u obtener una suspensión del juicio por esas mismas razones ⁴⁸.

También en forma previa al juicio, y a cumplirse ante un tribunal distinto de aquél que resolverá en definitiva, se ha estructurado en el procedimiento estadounidense una etapa para la discusión del valor de la prueba obtenida ilegalmente. La conveniencia de tratar esta cuestión en forma previa es indiscutible. Si, como ocurre entre nosotros, planteos acerca de la validez de esa prueba son recién analizados por los jueces en la oportunidad de dictar sentencia, es razonable pensar que influirá negativamente sobre ellos el hecho de que hacer lugar a la exclusión puede significar la pérdida de una prueba decisiva para la determinación de culpabilidad o inocencia que *esos mismos jueces* deben llevar a cabo en *ese mismo momento*. Es también razonable suponer que tales planteos tenderán naturalmente a ser minimizados por los magistrados, quienes verán en ellos tan sólo tecnicismos o construcciones rebuscadas, emanadas de quien aparece como claramente culpable del delito por el que se lo ha acusado⁴⁹.

⁴⁸ No debe pensarse, sin embargo, que estas cuestiones se hallan totalmente desvinculadas de la determinación de culpabilidad o inocencia. Ellas tienden en realidad a garantizar que el acusado recibirá un juicio justo y que si se arriba a un pronunciamiento de condena, aquél no podrá invocar ninguna restricción a su derecho de defensa.

Para un excelente estudio comparativo entre los sistemas de Europa continental y el seguido en los países anglosajones incluyendo las distinciones señaladas en el texto y otras, ver Damaska, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973).

⁴⁹ No sólo en esta área corren nuestros jueces el riesgo de ver su sentencia influenciada por elementos que deberían ser ajenos a ella.

En síntesis, si la exclusión de prueba obtenida ilegalmente es un imperativo constitucional, y pienso que lo es, no debemos conformarnos simplemente con proclamar esto último. Debemos brindarle a este ingrediente una posibilidad real de aplicación, y no olvidarnos que la misión del enjuiciamiento penal no se agota con decidir la culpabilidad o inocencia de los acusados. Haber tenido en el pasado la mira demasiado puesta en este objetivo, nos ha hecho perder de vista otros igualmente importantes.

Es sabido que al decidir sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado, los jueces tienen a la vista el informe con los antecedentes de aquél. Es también ingenuo suponer que ello no influye de alguna forma sobre la decisión que deben tomar. La separación temporal de las etapas de determinación de culpabilidad o inocencia por un lado, de las de adjudicación de pena por otro, separación aceptada en otras legislaciones, constituiría una forma de contrarrestar esa influencia indebida.

CAPITULO VI

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y PAPELES PRIVADOS.
OTRAS AREAS DE INTIMIDAD

1. FORMULACION CONSTITUCIONAL

El art. 18 de la Constitución establece que “...*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación...*”.

De este lenguaje cabría inferir que nuestros constituyentes entendieron que una ley específica dictada por el Congreso determinaría los requisitos y condiciones para que un allanamiento pueda ser considerado legal¹. Esa reglamentación, sin embargo, ha sido llevada a cabo por medio de diversos actos legislativos y, en particular, por los distintos Códigos Procesales dictados en el país, los que contienen disposiciones relativas a los requisitos para practicar allanamientos.

Antes de entrar al análisis del desarrollo experimentado por esta garantía, resulta ilustrativo destacar lo siguiente. Los constituyentes argentinos optaron por apartarse del modelo norteamericano al sancionar la

¹ Esta es la interpretación de González Calderón, *Derecho constitucional*, t. II, p. 132 y siguientes.

disposición en examen². De la comparación de ambos textos surgen en forma clara estas diferencias:

- a) La fórmula norteamericana incluye dentro de los bienes objeto de protección, a diferencia de la nuestra, a “los efectos”. En virtud de ello es dable apreciar en la jurisprudencia de ese país gran cantidad de casos relativos a la legalidad del secuestro de pruebas incriminantes tales como armas, narcóticos, etcétera; ajenos a “los papeles o correspondencia epistolar” a que se refiere el art. 18 de nuestra Constitución.
- b) En vez de confiar a un acto legislativo posterior, con la consecuencia que luego se advertirá, el criterio para determinar la legalidad de un allanamiento, la Constitución norteamericana ha vedado expresamente aquellos registros o aprehensiones que aparezcan como irrazonables.
- c) De acuerdo a la Enmienda IV de esa Constitución, la orden de allanamiento o secuestro debe determinar con precisión el lugar y los objetos sobre los que versará cada procedimiento de este tipo. Luego se verán las consecuencias derivadas de no haber incluido tales requisitos en nuestra norma constitucional.

² La Enmienda IV de la Constitución de los Estados Unidos establece que el derecho de los individuos de verse protegidos en su seguridad personal, viviendas, papeles y demás efectos contra registros y aprehensiones irrazonables, será inviolable, y ningún mandamiento será expedido, sino en virtud de un motivo verosímil sustentado por juramento o afirmación, describiendo con precisión el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o secuestradas (trad. del autor).

2. *DESARROLLO DE ESTA GARANTIA*

2.1. *Primeros enfoques*

En un primer momento nuestra Corte Suprema entendió que la garantía de la inviolabilidad del domicilio y papeles privados:

1. Acordaba a los particulares un derecho cuyo desconocimiento suscitaba sin más una cuestión federal susceptible de ser tratada en la instancia extraordinaria.
2. Que tal derecho debía ser provisto de efectivos mecanismos para evitar su aniquilamiento.

a) El caso “Charles Hermanos”, *Fallos-CSJN*, 46:36, es un claro ejemplo de estos principios. Allí funcionarios de Aduana habían llevado a cabo un procedimiento en el comercio Charles Hermanos, de resultas del cual, sin orden judicial alguna, fueron secuestradas facturas comerciales de la firma, correspondencia y libros de contabilidad. En base a estos elementos los titulares del comercio fueron procesados por el delito de contrabando. Concluida la etapa sumarial la defensa opuso una excepción previa de la falta de acción, demandando el desglose de los papeles y efectos secuestrados por entender que los mismos habían sido incautados ilegalmente³.

Llegado el caso a la Corte, se hizo lugar al desglose solicitado. El Alto Tribunal comenzó por señalar que los

³ En el Derecho norteamericano las distintas normas procesales de cada Estado prevén normalmente una etapa previa al juicio, en la cual el acusado puede pedir la supresión de toda prueba obtenida en violación a garantías constitucionales (en el procedimiento federal en lo criminal, ver la regla 12, b, 3).

funcionarios de Aduana habían actuado en forma ilegal, puesto que la Ordenanza en vigor prohibía expresamente todo acto de pesquisa o secuestro de mercadería sin orden judicial. Refiriéndose entonces al pedido de desglose de los documentos secuestrados, agregó:

...que auténticos o falsos (los documentos), ellos no pueden servir de base al procedimiento ni de fundamento al juicio. Si lo primero (auténticos) porque siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir un delito... la ley, en el interés de la moral, de la seguridad y secreto de las relaciones sociales los declara inadmisibles; y si lo segundo (si son falsos), porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno. Por esos fundamentos, se revoca... el auto apelado y se declara que deben desglosarse del proceso los documentos aludidos.

b) Si bien tiempo después, en el caso “Siganevich”, Fallos-CSJN, 177:390, la Corte se rehusó a aplicar nuevamente ese criterio, se basó para ello en la existencia de supuestos de hecho muy diferentes a los de “Charles Hermanos”. Siganevich había sido detenido por un agente de policía a la salida de una casa de venta de billetes de lotería, en posesión de numerosos y abultados sobres de correspondencia que hicieron sospechar al agente de policía de una posible infracción a la ley de juegos. Una vez detenido, se le secuestraron a Siganevich los sobres en su poder, los que fueron remitidos *sin abrir* al Juez de Instrucción en turno. Este funcionario, luego de recibirle a aquél declaración indagatoria, procedió a abrir los sobres en cuestión, descubriéndose en ellos numerosos billetes de lotería expedidos en infracción a la ley de juegos. Contra la sentencia definitiva condenatoria por este delito Siganevich interpuso re-

curso extraordinario, basado en la violación de la garantía constitucional en examen.

La Corte señaló primeramente que la ley de represión de juegos autorizaba a las autoridades policiales a tomar medidas tendientes a la detención de infractores y “al secuestro de los utensilios del juego”, facultad que fue juzgada como una razonable reglamentación de la garantía del art. 18 de la Constitución. Agregó además el Alto Tribunal que:

...si Siganevich era un presunto infractor sorprendido en “in fraganti” falta, lógico es que fuera detenido y secuestrados, sin violar, los objetos que llevaba consigo y que podían constituir el cuerpo del delito... El art. 18 de la Constitución en lo pertinente no ha sido violado.

c) Este primer enfoque adoptado por nuestro Alto Tribunal arroja estas saludables conclusiones.

- 1º En ninguno de los dos casos examinados, la Corte dudó de que existiese en autos una cuestión federal. En otras palabras, los afectados por las medidas de secuestro obtuvieron, como mínimo, una revisión con base constitucional de la legalidad de los procedimientos cumplidos en su contra.
- 2º Cuando la Corte advirtió que una determinada prueba había sido obtenida ilegítimamente —en “Charles Hermanos”— tampoco dudó en declarar la inadmisibilidad de esa evidencia, independientemente de su aptitud como prueba de cargo. El Alto Tribunal invocó para ello la necesidad de dar primacía a la ley, la moral y la seguridad de las relaciones sociales⁴.

⁴ Con un enfoque parecido, la Corte de los Estados Unidos ha otorgado a la *exclusionary rule* a la que me referí anteriormente je-

3º La facultad de los agentes del orden de proceder al secuestro de sobres o demás elementos cerrados en oportunidad de practicar una detención regular, fue juzgada como razonable. Sin embargo, a fin de respetar la garantía examinada, la Corte también entendió que la apertura de tales sobres debía ser llevada a cabo por un funcionario judicial⁵.

2.2. *Desarrollo posterior*

No resulta fácil explicar por qué nuestro Alto Tribunal, luego de un promisorio comienzo en el área de esta garantía, abandonó durante un largo período la línea seguida en los casos recientemente reseñados.

a) Un claro paso en esta nueva dirección fue el caso “Colombres Garmendia”, *Fallos-CSJN*, 275:454. En efecto, si bien lo resuelto allí por la Corte terminó en definitiva por afirmar el derecho de los ciudadanos a no ser sometidos a allanamientos irrazonables, el criterio sentado por el Alto Tribunal resultó realmente discutible.

La Dirección General Impositiva había obtenido de un juez federal una orden de allanamiento a llevarse a cabo en el estudio de un abogado, a fin de detectar posi-

arquía constitucional. Así, ha entendido que la “integridad judicial” se vería menoscabada de aceptarse que procedimientos cumplidos en violación a normas legales puedan servir de base a una condena criminal. Cfr., *Mapp v. Ohio*, *supra*, Cap. IV, notas 15 y 42.

⁵ Para un criterio semejante en el Derecho norteamericano respecto de la legalidad del secuestro de objetos una vez realizada una detención legítima, cfr., *Chimel v. California*, 395 US 752 (1969). Para un criterio también equivalente respecto de la necesidad de recurrir a un funcionario judicial para la apertura de sobres cerrados o *containers*, cfr., *United States v. Chadwick*, 433 US 1 (1977).

bles infracciones fiscales. Puesto que la orden de allanamiento no contenía referencia alguna al tipo de documentación o elementos a secuestrar, las autoridades fiscales se creyeron con derecho a incautar, sin discriminación alguna, cuanto elemento les pareció interesante. Así, fue secuestrada documentación personal del abogado, cartas y documentos privados, y numerosas carpetas relativas a distintos juicios en los que dicho profesional se hallaba interviniendo.

La Cámara revocó esa orden de allanamiento, declarándola nula. Se basó para ello en que la garantía constitucional del art. 18 había sido violada al haberse dispuesto esa medida sin determinar sus causas ni identificar su objeto. Agregó en tal sentido la Alzada que, a fin de evitar excesos y afectación de derechos constitucionales, la orden de allanamiento debió establecer específicamente el objeto de la misma. La Dirección General Impositiva, presumiblemente invocando un “derecho constitucional a allanar”⁶, interpuso contra esa decisión recurso extraordinario.

La Corte desestimó ese recurso en menos de media página, por entender que no existía en autos cuestión federal alguna. Así, invocó la doctrina según la cual las cuestiones procesales resultan ajenas al recurso extraordinario, y que tal carácter meramente procesal reviste “el establecer en qué circunstancias puede librarse una orden de allanamiento”⁷.

Así expuesto, este principio cierra toda posibilidad de obtener la revisión constitucional de medidas que

⁶ Ya hemos visto cómo la Corte parece haber admitido un similar derecho constitucional a arrestar. Cfr., caso “Todres”, *Fallos-CSJN*, 280:297.

⁷ Este criterio fue luego reafirmado en *Fallos-CSJN*, 277:467 —S— y en *Fallos-CSJN*, 303:1593 —S—.

afectan la garantía de la inviolabilidad del domicilio, cuando exista una orden de allanamiento previo. Ello, sin importar el grado de arbitrariedad en que se incurra al dar cumplimiento a esa orden, ni los defectos intrínsecos de esta última. Ello, por cuanto esta materia constituiría “una simple cuestión procesal”. El equivocado criterio de considerar a las cuestiones federales y procesales como incompatibles muestra claramente en este caso, creo, sus peligrosas consecuencias⁸.

b) En una línea similar, cabe mencionar el caso “Monzón”, *ED*, 98-284. Allí, personal policial había penetrado en un domicilio a raíz de una denuncia en circunstancias no muy claras en cuanto a la legitimidad del ingreso, a secuestrar un rifle por cuya tenencia ilegal fue procesado Monzón. A raíz de una moción presentada por la defensa, la Cámara de Apelaciones de Rosario declaró la nulidad del procedimiento policial que originó el secuestro del arma, basada en la falta de orden de allanamiento. Interpuesto contra esa decisión recurso extraordinario, el mismo fue declarado improcedente.

Echando mano así a un criterio semejante al expuesto en “Colombres Garmendia”, la Corte dijo que “las cuestiones traídas a su conocimiento eran sólo de hecho, prueba y derecho procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia extraordinaria”. Afirmó igualmente que “ese carácter inviste lo atinente a la validez de la forma en que se ingresó al departamento... y de las diligencias realizadas en su consecuencia”⁹.

⁸ Para un comentario crítico del caso “Colombres Garmendia”, cfr., Bidart Campos, *LL*, 138-376.

⁹ Este principio de no otorgar jerarquía constitucional a las cuestiones en que se debate la nulidad de actas de secuestro, fue reafirma-

c) Esta tendencia a limitar las vías para demandar la revisión constitucional de aspectos vinculados con esta garantía apareció otra vez en toda su amplitud en el caso “Gullo”, *Fallos-CSJN*, 301:676. En el mismo, una condena por el delito de tenencia de materiales explosivos impuesta por los tribunales inferiores fue apelada ante la Corte. El recurso extraordinario se basó en lo siguiente. Personal policial había penetrado en el domicilio del procesado, sin orden de allanamiento y forzando la puerta, en un procedimiento que culminó con el secuestro del material incriminatorio. De tal manera, fue impugnada la validez del acta de secuestro y la legitimidad de ese material como prueba de cargo.

La Corte desestimó el recurso en base a dos argumentos. Por el primero afirmó la validez del acta de secuestro, entendiendo que aun en caso de haberse afectado la garantía de la inviolabilidad del domicilio, ello “no le restaba eficacia al procedimiento” cuyo objeto fue el de acreditar la tenencia del material ilícito. Con otras palabras, el acta en sí misma, en cuanto reflejaba la existencia en ese domicilio de objetos delictivos no era nula, pues acreditaba esa efectiva tenencia, independientemente de la forma en que se había ingresado al domicilio¹⁰.

El segundo argumento fue expresado por la Corte de la siguiente manera: “El art. 18 de la Constitución, en cuanto concierne a la garantía referida, remite lo que

do en “Fiscal c. Nacif”, *Fallos-CSJN*, 303:2029. Comparto las críticas formuladas a este criterio por Bidart Campos en su comentario al caso “Monzón”, *ED*, 98-284.

¹⁰ Con un criterio semejante, tampoco podría impugnarse la validez de una declaración extraída compulsivamente, desde el momento en que el acta no sería nula por reflejar lo que el declarante dijo, independientemente de los medios utilizados para obtener la declaración.

‘una ley determinará’ en punto a los casos y justificativos del allanamiento domiciliario, lo cual implica que es propio de la legislación procesal y común, no sólo lo atinente a aquellos casos y justificativos, sino también lo vinculado a las consecuencias jurídicas de un allanamiento ilegítimo. Así pues, la cuestión sometida por el apelante, tocante a la validez o invalidez del acta mencionada, se traduce en un tema de derecho común y procesal cuyo tratamiento, dada su índole, no puede ser asumido por esta instancia extraordinaria”¹¹.

Era obvio que de mantenerse este criterio de la Corte, sería difícil imaginar algún caso en que la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio fuera a ser reafirmada en forma sustancial. Ello, por cuanto si todas las consecuencias de un allanamiento ilegítimo eran, como afirmó el Alto Tribunal, meras cuestiones procesales sin incidencia constitucional, entonces los afectados por tales violaciones carecerían de efectivos remedios para evitar su consumación. Los agentes del orden por su parte, continuarían allanando domicilios sin orden judicial, forzando puertas de acceso y demás, mientras nuestra Constitución predicaba en forma casi ingenua, la inviolabilidad del domicilio¹².

2.3. *La “reacción” de tribunales inferiores*

En algunos pronunciamientos posteriores emanados de tribunales inferiores fue posible advertir una “reac-

¹¹ Este criterio expuesto en “Gullo” fue reafirmado poco después por la Corte en el caso “Ibarguren”, *Fallos-CSJN*, 305:1727.

¹² Es cierto que los agentes del orden son pasibles de ser sometidos a un proceso penal por violación de domicilio en el supuesto de un allanamiento ilegal. Sin embargo, la mínima cantidad de condenas registradas por este delito demuestra que ello no constituye en absoluto un efectivo medio disuasorio de la arbitrariedad policial.

ción” al criterio expuesto por la Corte en los casos que acabo de reseñar. Un primer aspecto de esa “reacción” consistió en reconocerle, sin más, contenido constitucional a los casos en que se discutió la legitimidad de un allanamiento o secuestro. Vale decir, en lugar de adherir al criterio de que, por remitir la Constitución a “una ley posterior” la determinación de los requisitos de un allanamiento, entonces los actos cumplidos en violación a esa ley son cuestiones de derecho común, tales pronunciamientos afirmaron que los allanamientos y secuestros ilegítimos afectaban la garantía de la inviolabilidad del domicilio, constituyendo por ende una cuestión federal.

Sin duda considero infinitamente más razonable esta última postura. El criterio expuesto por la Corte en “Gullo” era merecedor, a mi juicio, de la siguiente objeción. Aun cuando admitiéramos que las disposiciones procesales en materia de allanamientos constituyen derecho común, es innegable que se trata de disposiciones reglamentarias de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Se trata además de una reglamentación que no aparece como irrazonable, con lo que puede concluirse que la garantía reglamentada no ha sido alterada en lo sustancial (art. 28, Const. Nacional).

Ahora bien, si la reglamentación de una garantía constitucional juzgada como razonable resulta en la práctica quebrantada por los actos del poder público, por ejemplo si las fuerzas del orden en lugar de requerir una orden judicial de allanamiento tiran abajo una puerta y penetran ilegítimamente en un domicilio, parece obvio inferir que tales actos del poder público tienen un efecto inmediato en la garantía constitucional que esa reglamentación intenta dejar a salvo. La vía adecuada para restaurar su observancia no parece ser,

ciertamente, la de restarle todo contenido constitucional a los actos cumplidos en violación a la reglamentación, y que afectan en forma directa e inmediata a la garantía reglamentada.

El segundo aspecto de la “reacción” a la que hice referencia al comienzo es el siguiente. Algunos tribunales inferiores, además de reconocerle *status* constitucional a los casos en que se discute la legitimidad de un allanamiento o secuestro, volvieron al viejo criterio sentado por la Corte en “Charles Hermanos”, entendiendo que resulta contrario a derecho admitir como prueba de cargo objetos obtenidos como consecuencia de un procedimiento ilegal. Ello, con la interesante variante que analizaré en un momento.

a) La Cámara del Crimen de la Capital, especialmente a través de sus Salas III y VI, comenzó ya en el año 1982 a apartarse del criterio que expuso la Corte en “Gullo” y sus antecesores¹³.

Ejemplos de ese apartamiento lo constituyen, entre otros, los casos “Avila”, *LL*, 1983-B-115; “Palacio”, *ED*, 101-252; “Alori”, *LL*, 1983-B-119 y “G. E.”, *ED*, 107-342.

En todos esos casos, agentes policiales habían penetrado en domicilios particulares sin requerir orden de allanamiento judicial, y sin que se diera ninguna de las circunstancias excepcionales previstas en la ley procesal para el ingreso sin esa orden. Los allanamientos habían sido fructíferos, encontrándose en todos los ca-

¹³ Visto ya con alguna perspectiva, los criterios sentados por esas Salas revelan una elogiabile determinación. Aquéllos, no eran años de gran culto por los derechos individuales, y la postura restrictiva que surgía de la Corte en materia de allanamientos ilegítimos, era para los tribunales inferiores una especie de invitación a seguir una línea de escaso compromiso por tales derechos.

esos elementos demostrativos de la comisión de un delito¹⁴. Ante diversos planteos de las defensas, esos tribunales no dudaron en declarar la nulidad de las actas que daban cuenta de los secuestros practicados, señalando además que el material incautado no podía ser utilizado como prueba de cargo.

En tal sentido, en el caso “Palacio” ya mencionado, la Cámara dijo:

...de la violación de una garantía fundamental no puede derivarse un perjuicio para el afectado, pues sería tanto como volver a desconocer aquella garantía al aprovechar lo que resulta de su quebrantamiento. Es que, al aceptar la tesis conforme con la cual no resulta posible admitir la prueba ilegalmente obtenida, ni la que es consecuencia de ella... se salvaguarda el derecho de defensa y el que garantiza el debido proceso legal, no haciendo en definitiva a la administración de justicia beneficiaria de un hecho ilícito.

En “Alori”, a su vez, los procesados habían sido condenados en primera instancia por el delito de defraudación a los derechos de propiedad intelectual. La prueba de cargo había sido obtenida al practicarse la detención de los procesados en un domicilio particular de la Capital, en horas de la noche, en un procedimiento cumplido sin orden judicial por agentes de policía de la provincia de Buenos Aires. Los procesados apelaron.

La Cámara comenzó por señalar que no cabía duda de que tales funcionarios “eran simples ciudadanos sin autoridad alguna en la Capital Federal”. Ello puesto que “no habían sido autorizados por nadie a ejercer sus fun-

¹⁴ La mayoría de esos casos se vinculó con tenencia de drogas. Según lo he señalado en *Justicia criminal*, p. 83, la gran mayoría de los casos sobre exclusión de prueba obtenida ilegalmente son relativos a ese delito.

ciones aquí (en la Capital) ni existía circunstancia que en razón de un estado de necesidad justificara que cualquier persona pudiese asumir el papel que sólo cabe a quienes están habilitados por ley para desempeñarlo". De tal manera, la Alzada concluyó que "dichos policías violaron domicilios, detuvieron ilegalmente a tres personas y se apoderaron sin derecho de bienes ajenos".

Pasando ya a analizar la consecuencia de tales abusos la Cámara, con cita de los casos vistos precedentemente, señaló que:

...la consecuencia... no puede ser otra que la anulación de las actas... que conciernen a los secuestros, como también todas las pruebas de cargo, inclusive la confesión, ya que su producción resulta de la ilegalidad de la investigación.

b) Obsérvese que en estos casos "Palacio" y "Alori", el tribunal actuante no sólo se mostró dispuesto a invalidar la prueba ilegalmente obtenida, sino además la que era "consecuencia de ella" (Palacio). Así en "Alori", se excluyó no sólo el material secuestrado, sino también la confesión de los procesados, por "resultar" la misma de la ilegalidad de la investigación.

Es claro que esos pronunciamientos significaron abrir la puerta a la doctrina del "fruto del árbol venenoso" (*fruit of the poisonous tree*) originada en los Estados Unidos, de la cual me ocupé en el capítulo anterior. Recuérdese que según ella, no sólo no puede ser usada en juicio la prueba obtenida en forma ilegal, sino que esa prohibición se extiende a toda otra prueba que tenga su origen o que derive de ese primer acto ilegítimo. Así, si la policía penetra ilegalmente en un domicilio, no sólo los objetos allí encontrados serán inadmisibles como evidencia en contra del titular del domicilio sino también, por ejemplo, cualquier declaración prestada por

el imputado o por un tercero con efecto incriminatorio, e igualmente las pruebas a las que la policía llegue como consecuencia de tales declaraciones. La idea es que una vez que el acto inicial se encuentra teñido de ilegalidad, todos los actos que, aunque en forma mediata, sean su consecuencia, se encuentran alcanzados por la misma ilegalidad¹⁵.

c) Luego del retorno al orden constitucional operado a fines de 1983, la cuestión de los allanamientos ilegítimos y sus consecuencias fue reexaminado por la Cámara Federal de la Capital¹⁶.

El caso que resulta más ilustrativo es, a mi entender, "Monticelli de Prozillo" (Sala I, *LL*, 1984-D-373). En él, personal policial había detenido a dos personas por considerarlas sospechosas. Una de ellas reconoció su participación en diversos delitos, involucrando a una tal "Teresa", cuyo domicilio suministró. Un oficial de policía se constituyó entonces en lo de la acusada (Teresa Monticelli de Prozillo) y la detuvo. En dependencias policiales y supuestamente en forma "espontánea", Monticelli de Prozillo confesó que en su domicilio se encontraba un arma con la que se había realizado en forma reciente un robo. Los oficiales de la policía se diri-

¹⁵ Para más información acerca del origen y desarrollo de esta doctrina en los Estados Unidos, cfr., Carrió, A., *Justicia criminal*, p. 88 y ss., e igualmente la reseña contenida en el capítulo anterior. Para un caso judicial en nuestro país señalando la evolución de la referida doctrina, cfr., "M. M. E. y otra", TS Neuquén, 14/4/88, *ED*, ejemplar del 6/9/88, fallo 41.003, especialmente voto del doctor Iribarne.

¹⁶ En "Fernández" (sentencia del 2/11/82, *JA*, 1983-I-523) la Cám. Fed. La Plata también se había pronunciado con anterioridad a 1983 por la inadmisibilidad como prueba de elementos encontrados en un procedimiento cumplido sin orden judicial.

gieron entonces nuevamente al domicilio de aquélla, siendo atendidos por la madre, quien les franqueó el ingreso “sin oponer reparos”. El arma en cuestión fue encontrada en un placard, y por la tenencia de esa arma fue la acusada llevada a juicio. Durante el mismo su defensor cuestionó la validez de la pesquisa domiciliaria, sosteniendo que había sido efectuada sin orden de allanamiento, y que ello era violatorio de principios constitucionales. El juez de primera instancia desestimó el planteo.

La sentencia de la Cámara es de una gran trascendencia. Permítaseme señalar los aspectos centrales del pronunciamiento cuya lectura íntegra y en especial del voto del doctor Gil Lavedra, recomiendo calurosamente.

Primero: La Cámara comenzó por señalar que aquí se encontraban involucradas garantías de rango constitucional. Ello, por cuanto no sólo estaba de por medio la inviolabilidad del domicilio consagrada en la fórmula del art. 18 de la Constitución, sino también la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, puesto que los registros y secuestros “son realizados casi siempre con el propósito de obligar a una persona a proveer de pruebas contra sí misma” (ver consid. 11, voto del doctor Gil Lavedra).

Sobre la base de estas premisas, la Cámara señaló su disconformidad con el criterio que la Corte venía exponiendo hasta ese momento, según el cual la validez de un allanamiento remitía a cuestiones de hecho, prueba y derecho común.

Segundo: El Tribunal indicó que el hecho de que la madre de la procesada “no hubiese opuesto reparos” al ingreso del personal policial, no podía tener un efecto convalidante de un allanamiento que había sido ilegíti-

mo, por carecer de orden judicial previa. Agregó que no podía otorgársele a aquel acto el valor de un consentimiento¹⁷, y que de todas maneras la madre de la procesada no era la persona indicada para prestarlo.

Tercero: En un pasaje de su voto el doctor Gil Lavedra hizo notar que “no hubo circunstancia alguna que impidiera a la autoridad prevencional solicitar al juez competente la correspondiente orden de allanamiento” (consid. 6º).

Este es, a mi entender, un punto básico. El principio cardinal en materia de ingresos domiciliarios tiene que ser que, salvo cuestiones de urgencia, los oficiales de policía tienen la obligación de solicitar orden judicial de allanamiento. Si no lo hacen, su accionar arrancará con una fuerte presunción de ilegitimidad.

Cuarto: Sentado que estábamos ante un procedimiento de secuestro ilegítimo y sin consentimiento válido, la Cámara analizó entonces la cuestión de la validez de la prueba allí obtenida, esto es, el arma encontrada.

Con cita de “Charles Hermanos”¹⁸, de fallos de la Corte Suprema estadounidense, y también con apoyo en la garantía del “juicio previo fundado en ley” (ver especialmente esta fundamentación en el voto concurrente del doctor Arslanian), la Cámara concluyó que la consecuencia de un procedimiento ilegítimo no podía ser otra que el de la exclusión de la prueba así obtenida. En apo-

¹⁷ Más adelante en este capítulo haré algunas consideraciones sobre el “consentimiento”, como forma de validar ingresos domiciliarios sin orden judicial.

¹⁸ Es interesante ver cómo, después de casi un siglo, renació en la consideración de nuestros tribunales un precedente tan largamente olvidado.

yo de ello se ofrecieron principalmente argumentos de tipo ético —la autoridad deja de serlo si adopta para la investigación de los delitos métodos que transforman a sus agentes en delincuentes—, al igual que consideraciones acerca de “la función ejemplar que tienen para la comunidad los actos estatales” (voto del doctor Gil Lavedra, consid. 8º).

d) El criterio enunciado por los tribunales inferiores que reseñé presentó además esta interesante variante. En los casos “Charles Hermanos” y “Siganevich” ya examinados, los afectados por las medidas ilegales buscaron la supresión como prueba de objetos expresamente enumerados en el art. 18 de la Constitución, esto es, correspondencia y papeles privados. De tal manera, es claro que el pedido de que tales objetos no fueran considerados como elementos de cargo, guardaba una directa relación con la garantía examinada.

En los casos que acabo de reseñar, por el contrario, los objetos secuestrados —armas, estupefacientes y demás material incriminatorio— no pertenecían a esa misma categoría. Pese a ello los tribunales inferiores, en juicio que comparto, entendieron que la garantía de la inviolabilidad del domicilio debe ser interpretada ampliamente, de manera tal de proteger a todos los objetos que allí puedan ser encontrados, independientemente de su naturaleza.

2.4. *La Corte vuelve sobre sus pasos: el caso “Fiorentino”*

La línea de pronunciamientos de la Corte que negaban a los allanamientos ilegítimos rango constitucional, fue abandonada por ésta en el caso “Fiorentino”, *Fallos-CSJN*, 306:1752.

Fiorentino, un menor de 19 años de edad, había sido detenido por una comisión policial integrada por cuatro agentes en oportunidad en que ingresaba, en compañía de su novia, en el hall de entrada del edificio de departamentos en el que vivía junto con sus padres. Al ser interrogado por los oficiales de policía había reconocido, al parecer espontáneamente, ser poseedor de estupefacientes los cuales guardaba para su consumo propio en el dormitorio de su departamento. Haciendo uso de las llaves que el mismo Fiorentino tenía en su poder, los agentes de policía ingresaron junto con el detenido y su novia a la vivienda en cuestión. Al encontrarse con los padres del menor, aquéllos les manifestaron —aunque sin exhibir identificación alguna— que eran miembros de la División Toxicomanía, que se quedarán tranquilos, pero que no podían presenciar el operativo que cumplirían en el dormitorio del menor. Allí, en presencia de éste y de su novia, los oficiales de policía procedieron a secuestrar cinco cigarrillos de marihuana por cuya tenencia fue Fiorentino sometido a proceso. En ningún caso fue requerida orden judicial.

Fiorentino fue condenado en las instancias ordinarias. Su defensa acerca de que el allanamiento practicado había sido ilegítimo por carecer de orden judicial previa, y que por tanto la prueba obtenida no podía ser utilizada en su contra, fue desechada. La Cámara consideró que había mediado un consentimiento válido, prestado tanto por el procesado como por sus padres. Según la Alzada, el consentimiento del menor Fiorentino debía inferirse del hecho de que en ninguna oportunidad hubiese objetado los procedimientos cumplidos en su contra. Respecto del consentimiento dado por los padres, dijo que si bien no había sido expreso, debía reconocerse que aquéllos “tampoco se opusieron pudien-

do hacerlo... consintiendo (así) que la inspección se llevara a cabo en la habitación de su hijo”.

La defensa de Fiorentino interpuso recurso extraordinario, basado en la violación de la garantía que consagra la inviolabilidad del domicilio. Llegado el caso a la Corte, ésta hizo lugar al recurso. Remitiéndose a lo dictaminado por el Procurador General, el Alto Tribunal comenzó señalando que el planteo de la defensa conducía en definitiva “a determinar el alcance de la referida garantía constitucional”. Por tal razón, concluyó que el agravio suscitaba una cuestión federal apta como para permitir su revisión en la instancia extraordinaria¹⁹.

Yendo al fondo del problema, la Corte señaló en primer lugar que salvo los supuestos determinados en los arts. 188 y 189 del Código de Procedimientos (se refiere al ordenamiento procesal anterior al vigente) las órdenes de allanamiento sólo podían emanar de los jueces, aun cuando esa exigencia no apareciese en forma expresa en el texto del art. 18 de la Constitución Nacional. A continuación, indicó que era claro que en este caso no se había configurado ninguna de las excepciones previstas en el ordenamiento procesal para permitir un ingreso sin orden previa ni tampoco, agregó, “ha mediado consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado”. Ello, puesto que el permiso que podría haber otorgado el menor Fiorentino carecería de efectos por las circunstancias en que fue prestado; esto es, habiendo sido ya detenido e interrogado sorpresivamente. Con respecto al “consentimiento” de los padres, la Corte descartó que el mismo pudiese ser prestado tácita-

¹⁹ La Corte indicó expresamente que se apartaba del criterio que surgía del caso “Gullo”. Ver considerando 4º, *in fine*.

mente, máxime cuando el ingreso al domicilio se había ya consumado al momento en que aquéllos tomaron contacto con la comisión policial.

En base a estos antecedentes, y a “la falta de extremos de necesidad que impidieran proceder de acuerdo a la ley recabando la pertinente orden judicial”, el Alto Tribunal decretó la invalidez del registro domiciliario y del secuestro practicado en tales condiciones. Declaró así procedente el recurso extraordinario interpuesto, dejando sin efecto la sentencia condenatoria.

Es innegable que este caso marcó un nuevo rumbo en lo que hace a las consecuencias de un allanamiento ilegal. El mismo significó, por un lado, admitir la íntima conexión existente entre los allanamientos ilegítimos y la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Por otro, implicó la aceptación por parte del Alto Tribunal, al menos para esta área, de la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente. Después de un largo camino, el criterio de “Charles Hermanos” y de los fallos de tribunales inferiores que reseñé previamente, terminó adquiriendo otra vez aplicación en la doctrina de nuestra Corte Suprema²⁰.

3. CONSOLIDACION (¿PARCIAL?) DE LA GARANTIA

“Fiorentino” fue, sin duda, un *leading case*. A partir del mismo los tribunales inferiores comenzaron seriamente a ocuparse de las consecuencias de los allanamientos cumplidos sin orden judicial, y los abogados

²⁰ Un análisis más detallado de las implicancias del caso “Fiorentino” y mayor información acerca del origen y alcance en nuestro país de la referida regla de exclusión de prueba obtenida en forma ilegal, pueden encontrarse en Carrió, A., *Justicia criminal*, p. 74 y siguientes.

empezaron a su vez a plantear —sin el escepticismo de épocas pasadas— defensas relativas a la ilegalidad de los procedimientos²¹.

En los puntos que siguen voy a hacer dos cosas. Voy a referirme en una primera etapa a algunos pronunciamientos que nos permiten afirmar que la doctrina de “Fiorentino” está, si se quiere, consolidada en nuestro ordenamiento jurídico. En una segunda etapa voy a hacer mención de aspectos adicionales a la garantía de la inviolabilidad del domicilio y papeles privados, que me suscitan fundadas dudas acerca de si esa consolidación ha tenido la amplitud que hubiera sido deseable.

α) Poco después de “Fiorentino”, la Corte resolvió el caso “Cichero”, *Fallos-CSJN*, 307:440. Allí Cichero había sido condenado por tenencia de estupefacientes. El procedimiento de secuestro de éstos fue cumplido sin orden judicial. El planteo de nulidad de ese procedimiento hecho por la defensa había sido desestimado por las instancias inferiores, sosteniéndose que existía “consentimiento” del dueño de casa, quien según el acta de secuestro “no había opuesto reparos” al ingreso. La Cámara desestimó además el testimonio prestado en el juicio por los testigos presenciales del procedimiento, quienes aclararon que su presencia para el acto había sido requerida *luego* del ingreso de la comisión policial. Dijo la Alzada que las declaraciones de estos testigos en el sentido de no poder afirmar si el ingreso había sido o no “consentido” por el dueño del inmueble, resultaban sospechosas por haber sido prestadas dos años después de los hechos.

²¹ Cfr., Carrió, A., *Justicia criminal*, p. 57, nota 48, para una mención de fallos de tribunales inferiores ocupándose de esta cuestión.

En un fallo breve, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, y revocó. Con cita de “Fiorentino”, afirmó el criterio de que la mera ausencia de reparos no era equiparable a una autorización válida para el ingreso a un domicilio. La Corte agregó que en esas condiciones —el procedimiento había sido cumplido a altas horas de la noche y por una comisión policial de hasta cinco miembros— pretender del destinatario de la medida una actitud de resistencia “importaría reclamar una postura no exigible con arreglo a la conducta ordinaria de las personas” (ver consid. 5º, *in fine*).

Por último, la Corte desechó el argumento de la Cámara sobre el valor de las declaraciones de los testigos del allanamiento. Con buen criterio, el Alto Tribunal dijo que esos testimonios se habían incorporado en la etapa procesal correspondiente (esto es, durante el plenario), y que los mismos aportaban datos de singular interés que “resultan esenciales para juzgar la legitimidad de la diligencia policial” (consider. 6º, *in fine*)²².

b) Otro caso de especial trascendencia para la afirmación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio

²² Otros dos casos resueltos por la Corte de interés son: “Barbieri”, *Fallos-CSJN*, 308:853, en el que se invalidó un allanamiento de morada sin orden judicial, habiéndose falsificado en el acta que dio cuenta del procedimiento la firma del titular del inmueble, quien aparecía así “consintiendo” el allanamiento; y “Capurro”, del 11/12/86, causa C-437-XX, donde se decretó la nulidad de todo lo actuado por policías de la provincia de Buenos Aires, los que habían procedido al “copiamiento” de una finca sin orden judicial, secuestrando allí objetos incriminatorios, deteniendo a sus moradores y trasladándolos fuera de su jurisdicción. Con remisión al dictamen del Procurador, la Corte mandó excluir la prueba “cuya obtención ha dependido directa y necesariamente de violaciones a normas legales que... tienden a garantizar la intervención del juez natural, la defensa en juicio y el debido proceso”.

fue “Rayford”, *Fallos-CSJN*, 308:733. Si bien de este caso me ocupé en detalle en el capítulo anterior, voy a reseñar aquí sus consideraciones centrales²³.

Primero: “Rayford” es una afirmación del principio de “Fiorentino”, acerca de la entidad constitucional de un allanamiento de domicilio llevado a cabo sin orden judicial.

Segundo: La garantía de la inviolabilidad del domicilio se privilegia hasta tal extremo, que incluso puede ser invocada por un tercero distinto del morador del domicilio allanado, en la medida en que se pretenda utilizar en su contra prueba a la que se llegó a través de ese procedimiento inválido.

Tercero: Este caso importa la aceptación no sólo de la regla de exclusión de prueba obtenida en forma ilegal, sino además la de la doctrina del “fruto del árbol venenoso” cuyos alcances expliqué en los puntos anteriores. En este caso llegó a excluirse como prueba las confesiones de los procesados, por sostenerse que la policía había llegado a ellos como consecuencia del allanamiento ilegal de morada de Rayford. Ello, señaló la Corte, en la medida en que no existía en este caso un cauce diferente de investigación del que se tuvo por ilegítimo²⁴.

²³ “Rayford” es un caso para escribir largamente. Ya lo he intentado en otros lados (cfr., *Justicia criminal*, p. 97 y ss.; nota al fallo “Ruiz”, *LL*, 1988-B-444, n° 86.443) y realmente no creo haber agotado allí el análisis de sus diversas aristas.

²⁴ Esta es una de las excepciones a la regla amplia de exclusión que parece estar la Corte dispuesta a aceptar. Vale decir, una vez detectada la ilegalidad de un procedimiento, serán excluidas como prueba todas aquéllas a las que la policía llegue y que reconozcan su origen en el acto inválido. Pero distinta será la situación si puede afirmarse

4. **EL REQUISITO DE LA ORDEN JUDICIAL DE ALLANAMIENTO. LOS RECAUDOS DE “PRECISION” DE SU CONTENIDO**

En “Fiorentino” la Corte afirmó:

- a) Que el art. 18 de la Constitución consagra “el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante”.
- b) Que aun cuando “en rigor no resulta exigencia del art. 18 (de la Constitución) que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que sólo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios policiales la posibilidad de obviar tal recaudo (en el orden nacional entonces vigente, los arts. 188 y 189 del Cód. Proc. en materia Penal)” (ver consid. 5º del fallo).

Recuérdese, según señalé al comienzo de este capítulo, que en el Derecho norteamericano existe una exigencia proveniente de su texto constitucional, en el sentido de que una orden judicial de allanamiento o registro debe indicar con precisión el lugar a ser registrado, y las personas o cosas a ser detenidas o secuestradas. Paralelamente, igual que en nuestro ordenamiento —según

que por existir al momento de llevarse a cabo el procedimiento ilegal más de un cauce de investigación, cabía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente autónoma.

Según se desprende de “Rayford”, una segunda excepción posible a la regla de exclusión estaría dada en los casos en que lo cuestionado fueran los dichos de un testigo “dotado de voluntad autónoma”. Para una crítica a esta posible excepción, y un análisis de por qué la Corte parece haber hecho abandono de ella en un caso posterior, ver mi comentario al fallo “Ruiz”, *supra*, nota 23.

palabras de la Corte en Fiorentino— la regla es que, salvo supuestos de urgencia, la policía no puede ingresar a un domicilio sin orden judicial²⁵.

Ahora bien, la razón por la cual, supongo, se ha preferido que sean los jueces quienes determinen la necesidad de perturbar la privacidad de un domicilio, es porque se entiende que son ellos quienes están en una situación de mayor objetividad para evaluar la necesidad de decretar tal medida. Al mismo tiempo, supongo, es en la orden judicial de allanamiento donde debería consignarse con precisión qué es exactamente lo que la policía está facultada a revisar y eventualmente a secuestrar²⁶. Es que, desde mi óptica particular, una autorización a la policía para que ingrese a un domicilio a buscar donde sea, a llevarse lo que les parezca, sin que se determine siquiera mínimamente el alcance de dicha autorización, ni qué vinculación tiene la medida que se dispone con lo que viene siendo materia de in-

²⁵ Cfr., *Payton v. New York*, 445 US 573 (1980), requiriendo orden judicial para el arresto de una persona llevado a cabo en un domicilio particular. En lo que hace al secuestro de objetos, ya desde el caso *Agnew v. United States*, 269 US 20 (1925), la Corte Suprema estadounidense señaló que la sola creencia, aun fundada, de que un determinado objeto se encuentra escondido en un domicilio particular, no es suficiente justificativo para registrar el lugar sin orden judicial. Para un caso más reciente reafirmando este principio, ver *Vale v. Louisiana*, 399 US 30 (1970).

²⁶ El art. 224 del actual Código Procesal Penal, al igual que como disponía el art. 403 del derogado, mencionan que la resolución en que el juez ordene la entrada y registro en el domicilio de un particular debe ser fundada. Esta disposición, también reglamentaria de la garantía en examen, no es mayormente observada en la práctica. Los Juzgados de Instrucción de la Capital suelen manejarse con formularios en los que se consignan frases genéricas, las que importan acordarle a los funcionarios policiales a cargo de los procedimientos amplia discrecionalidad.

vestigación, equivaldría —esa autorización— a una intromisión excesiva en el derecho a la privacidad consagrado, según la Corte, en el art. 18 de la Constitución.

Con este telón de fondo, veamos algunos casos recientes que sientan principios no demasiado compatibles con la interpretación que propugno. Esto es, que sean los jueces —salvo casos de urgencia, claro está— quienes en una resolución fundada describan con precisión el objeto del procedimiento que están autorizando.

4.1. *Qué juez puede expedir la orden de allanamiento. Problemas de falta de fundamentación*

a) Con fecha 19/5/92 la Corte Suprema resolvió el caso “Torres”, *ED*, 148-720; *JA*, 1992-IV-99 (con el valioso comentario de Alberto Garay).

La Jueza de Faltas de 2º Nominación de Rosario había recibido de funcionarios policiales una solicitud de orden de allanamiento. El pedido era para ingresar al domicilio “donde habita un conocido infractor a la ley 20.771 (la entonces ley vigente en materia de régimen penal de estupefacientes), llamado Carlos Daniel Torres”. Esa solicitud traía, como toda fundamentación, la afirmación de que “como consecuencia de una información ... el causante más arriba citado se encuentra portando consigo elementos de dudosa procedencia”.

Este cuadro se completa con dos hechos de relevancia. Primero, la Jueza de Faltas era (y sigue siéndolo) incompetente para conocer de delitos relacionados con el tráfico y tenencia de estupefacientes. Segundo, este *modus operandi* de los oficiales de policía de Rosario, consistente en tramitar ante la jueza *de faltas* pedidos de órdenes de allanamiento para investigar delitos ajenos a su competencia, había ocurrido ya dos veces en el pasado. Ello había dado lugar a que el Juzgado Federal

que terminó conociendo de esos hechos decretara la nulidad de los allanamientos dispuestos en esas oportunidades por la Jueza de Faltas²⁷.

Volviendo al caso "Torres", la Jueza de Faltas en definitiva expidió la orden de allanamiento para la vivienda de éste, pese la notoria vaguedad de los términos en los que se le solicitó, y a su manifiesta incompetencia para conocer de infracciones en materia de estupefacientes. Al expedirla, la jueza dijo que lo hacía "en averiguación de la infracción que prevé el art. 89, inc. b) de la ley provincial de faltas 3473"²⁸. Pese a esta declarada finalidad, la inspección de la morada de Torres fue confiada a la Sección Estupefacientes de la Unidad Regional II de Rosario.

Con la orden en su poder, los policías ingresaron al domicilio de Torres. Oh, sorpresa, durante el procedimiento descubrieron sustancias estupefacientes (que, quién lo duda, era lo que habían ido a buscar). Supongo que con el fin de exhibir cierta coherencia con el contenido de la orden, los policías secuestraron además un radio reproductor de cassette. El mismo le fue poco después devuelto al imputado, al comprobarse que su tenencia era legítima.

Una vez descubiertos los estupefacientes la policía suspendió el procedimiento, obteniéndose entonces una nueva orden del juez federal competente para este deli-

²⁷ Ver estas circunstancias en el voto en disidencia del doctor Petracchi en el caso "Torres". La mayoría de la Corte, extrañamente, no hizo alusión alguna en su fallo a estos importantes antecedentes.

²⁸ La referida norma, incluida en el Código de Faltas local, sanciona con multa "al que, sin antes haber verificado la legítima procedencia, adquiera o reciba a cualquier título cosas que, por su calidad o por las condiciones del que la ofrece, o por su precio, se tenga motivo de sospechar que provienen de delitos" (Ver, *ADLA*, XXIX-C-3971).

to. Con la segunda orden el procedimiento continuó (a cargo de la misma División Toxicomanía), los estupeficientes fueron secuestrados y Torres sometido a proceso por el que resultó condenado.

El caso llegó a la Corte Suprema. La médula del recurso del apelante fue sostener la inconstitucionalidad de la primera orden de allanamiento, por haber sido expedida por una Jueza de Faltas, sin expresar en ella fundamentación alguna.

En lo que aquí interesa, el fallo de la Corte confirmando la condena fue muy breve. Una cuestión de tanta trascendencia como era analizar la validez de este método de obtención de órdenes de allanamiento por la policía provincial, fue despachada de la siguiente manera:

...En el caso el allanamiento fue dispuesto por el Juez de Faltas de la ciudad de Rosario fundado en la presunción de que en el domicilio se producían hechos violatorios de normas provinciales. El referido magistrado tenía indudablemente facultades para disponer el allanamiento cuestionado. Si como resultado de tal procedimiento fueron obtenidas probanzas referidas a la posible comisión de delitos cuyo conocimiento excede la competencia de aquél magistrado, ello no autoriza a descalificar sin más tales elementos probatorios. (Ver consid. 8º).

La Corte, en cambio, no dijo una palabra acerca de la total falta de fundamentación de la orden, ni de los más que frágiles antecedentes que la policía había puesto en conocimiento de la Jueza de Faltas al solicitarla. Lo que sí dijo el Alto Tribunal, en una frase cuyo real sentido resulta difícil desentrañar, fue que:

...Una solución diferente (o sea, admitir el planteo del recurrente) no implicaría un aseguramiento de la defensa en juicio, sino desconocería la verdad material revelada en el proceso, toda vez que se trata de medios probatorios que no

adolecen de tacha original alguna y donde de modo instantáneo, al producirse "prima facie" alteraciones en la materia delictiva concomitantemente se aproximó a la causa el magistrado competente.

Insistiendo con este concepto, la Corte agregó que “una solución distinta obligaría a descartar toda prueba cuyo sentido jurídico no hubiera sido percibido de antemano por los jueces, exigencia contradictoria con la sucesión en que los hechos se evidenciaban... Esto equivaldría a exigir que los jueces conociesen —y calificasen en consecuencia— el resultado de medidas investigativas, las que parten precisamente de un campo de ignorancia que ellas están destinadas a eliminar” (consid. 10).

b) La forma en que la Corte resolvió el caso “Torres” la hizo merecedora de una muy atinada crítica²⁹. A mi entender, ese fallo dejó sin resolver cuestiones de suma trascendencia, y despachó con llamativa ligereza otras tantas.

Lo que quedó sin resolver fue qué consecuencias constitucionales trae (para la Corte da la sensación que ninguna), que una orden de allanamiento se dicte sin ninguna fundamentación seria. En efecto, recuérdese que en este caso la orden se había dictado “como consecuencia de una información” (sin que se explique cuál) que daba cuenta de que Torres (sin que se explique cómo) “se encontraba portando consigo elementos de dudosa procedencia”. En su voto en disidencia el Juez Petracchi se ocupó precisamente de este tema, re-

²⁹ Garay resume esas críticas en su artículo que lleva por sugestivo título *El domicilio no es inviolable, salvo en casos excepcionales*, JA, 1992-IV-105.

cordando que de acuerdo a los criterios de “Fiorentino”, las órdenes de allanamiento deben emanar de los jueces, como forma de asegurar antes del hecho la inviolabilidad del domicilio.

También hizo notar el Juez Petracchi que es una exigencia de todas las resoluciones judiciales que ellas sean fundadas, a fin de posibilitar su posterior revisión y evitar decisiones irregulares. Fundamentando así su postura de que las órdenes de allanamiento deben ser fundadas, Petracchi señaló que:

...Si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido de las autoridades administrativas y estuviesen facultados a expedir las órdenes de allanamiento sin necesidad de expresar fundamento alguno, la intervención judicial carecería de sentido, pues no constituiría control ni garantía alguna para asegurar la inviolabilidad del domicilio. (Ver, en su voto, el consid. 13).

Existe un fundamento adicional para sostener que una orden de allanamiento infundada es constitucionalmente inválida. La fórmula del art. 18 de la Carta Magna habla de que “...una ley determinará en qué casos, y con que justificativos podrá procederse... (al) ...allanamiento y ocupación” de una vivienda. En su artículo citado *supra*³⁰, Alberto Garay analiza los antecedentes históricos de esta fórmula, subrayando el énfasis que en todos ellos se puso para que un allanamiento respondiese a un motivo o razón. O para usar nuestra fórmula constitucional, que existiese un “justificativo” para una intromisión estatal de semejante magnitud.

³⁰ Idem, nota anterior.

Precisamente por esa razón, y como forma de cumplir con el mandato de los constituyentes, los ordenamientos procesales suelen incluir en sus disposiciones relativas a allanamientos, recaudos de que la orden judicial debe ser fundada³¹.

Ahora bien, el mensaje que ofrece el caso “Torres” es particularmente inquietante. Ni la total ligereza —o subterfugio, a juzgar por los antecedentes— de la policía al solicitar la orden, ni la absoluta falta de fundamentación de ella, parecen tener para la Corte de “Torres” consecuencias constitucionales. Al parecer, lo que importa es que los policías ingresen a un domicilio con un papel que lleve por título “orden de allanamiento” y que emane de un juez, no necesariamente uno competente. Creo no equivocarme si pienso que los constituyentes apuntaron a algo más que eso.

La mención que hace la Corte, acerca de que no puede exigírsele a los jueces que califiquen de antemano el resultado de las medidas investigativas (consid. 10 de la mayoría), podría ser aceptable en otro contexto, pero no en éste. Recuérdese que aquí ya de entrada los policías le hablaron a la Jueza de Faltas de su deseo de ingresar al domicilio de “un conocido infractor” a la ley de estupefacientes, y no parece casualidad que la jueza haya destacado a la División Toxicomanía para el procedimiento. Con ese telón de fondo, la sensación que arroja este caso no es la de un juez que libra una orden con una genuina duda acerca de qué cosas encontrarán

³¹ El art. 224 del actual Código Procesal Penal señala que la orden judicial de registro será “por auto fundado”, cuando “...hubiere motivos para presumir que en un determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que puede allí efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad...”.

los preventores. Más bien parece que estamos ante una triquiñuela (usada ya dos veces en el pasado) para obtener una orden de allanamiento, a espaldas del juez competente para dictarla.

Mi impresión es que la Corte dejó pasar una oportunidad magnífica para pronunciarse sobre cuestiones constitucionales de suma trascendencia.

4.2. *Falta de fundamentación y oposición del morador*

Según lo entendió la Cámara del Crimen de la Capital por su Sala II en el caso “Agis”, LL, 1991-D-228, si bien la exigencia de que la orden de allanamiento se expida por auto fundado reconoce fundamento constitucional, ella “debe ser interpretada con un criterio de razonabilidad y cuando exista oposición del morador”.

Así en un caso donde la defensa había planteado la nulidad de la orden de allanamiento sobre la base de que la misma no cumplía con el recaudo de ser fundada, dicho planteo fue rechazado. El tribunal interviniente tuvo en cuenta para ello que:

...el juez libró la pertinente orden de allanamiento, la diligencia se efectuó inmediatamente y a plena luz del día, con resultado positivo en presencia de dos testigos y fundamentalmente sin la oposición del imputado, resguardos todos estos que amparan sobradamente aquélla garantía contra el embate de cualquier abuso y a la vez, confieren plena validez a la orden de allanamiento de esta forma realizado.

En los puntos que siguen veremos qué consecuencias le han asignado nuestros tribunales al hecho de que un allanamiento sea “consentido” por su destinatario. Pero es claro que en el caso en examen la Cámara del Crimen de la Capital ha resuelto algo adicional, y no de-

masiado afirmatorio del recaudo de debida fundamentación en materia de órdenes de allanamiento.

En efecto, a juicio del tribunal actuante estamos ante una exigencia que cede en los casos en que no exista oposición de parte del morador, quien tengo mis serias dudas comprenda las implicancias constitucionales de su "renuncia", cuando se limita a no oponer reparos a una orden librada de manera irregular.

4.3. *Ejecutando la orden de allanamiento.* *Extensiones a su objeto*

a) Un caso de importancia dentro de este análisis es "D'Acosta", resuelto por la Corte Suprema el 9 de enero de 1987 (*Fallos-CSJN*, 310:85; *LL*, 1987-B-247).

Agentes de policía habían ingresado en el domicilio de D'Acosta, quien se hallaba prófugo de la justicia, habiendo resistido pocos días atrás su detención mediante disparos de armas de fuego. El ingreso se cumplió sin orden de allanamiento previa. D'Acosta fue encontrado en el domicilio y se practicó su aprehensión. En ese instante se secuestró un revólver calibre 38, sin que surja del fallo si el arma estaba en poder de D'Acosta o en otro lugar.

Ese mismo día, en horas de la tarde, volvió a constituirse en el domicilio de D'Acosta una comisión policial. (Al parecer D'Acosta no estaba con los policías, ya que había quedado detenido horas antes). Esta nueva visita se hizo en compañía de otra persona implicada en la causá, la cual le habría hecho saber a la policía que en el referido domicilio había más armas, aparte del revólver 38 secuestrado en oportunidad de la detención de D'Acosta.

Efectivamente, fue encontrado en el inmueble un revólver marca Colt, calibre 44. D'Acosta fue condenado

en primera y segunda instancia por tenencia del Colt, en la justicia federal. Esta condena fue recurrida ante la Corte. En su recurso la defensa de D'Acosta no cuestionó la legitimidad del primer ingreso de la policía a su domicilio, pero dijo que el segundo ingreso —también sin orden judicial y en el que se secuestrara el Colt— era ilegítimo. Señaló que estando ya D'Acosta detenido horas antes, nada impedía que la autoridad policial recabara del juez la pertinente orden de allanamiento.

La Corte hizo lugar al planteo de la defensa. Señaló así que con el primer ingreso al domicilio del procesado se había agotado su objeto, con lo que la policía no estaba habilitada para una nueva entrada. La Corte señaló que la orden de allanamiento no constituye un acto por el cual el juez delegue su *imperium* en un funcionario de policía y que pueda ser utilizado discrecionalmente por ésta, sino que se trata de un mandato singular que se agota con el cumplimiento de la orden, y que no habilita nuevas entradas. El Alto Tribunal concluyó entonces que debía declararse la nulidad del segundo ingreso y del secuestro del revólver marca Colt allí efectuado.

La Corte hizo notar además que si se hubiera obtenido inicialmente una orden de allanamiento, “la diligencia se habría cumplido con el logro de su objeto, en el caso la aprehensión del prófugo, de modo que la concurrencia de la excepción legal no podría acordar a los preventores mayores facultades que las que hubiera tenido en casos ordinarios” (consid. 6º).

Hasta aquí, desde ya no tengo reparos respecto de un pronunciamiento que en definitiva, importa marcarle un claro límite a la policía cuando ingresa —con orden, o sin ella en casos de urgencia— en el domicilio de un particular. En ese ingreso es donde el oficial a cargo del procedimiento debe intentar concretar su objeto. Dicho

oficial no puede entrar y salir cuantas veces quiera, amparado en la legitimidad de un ingreso inicial. Por otro lado, es relevante la afirmación de la Corte acerca de que, si se da alguna de las excepciones a la obligatoriedad de tramitar la orden de allanamiento —por ejemplo, que se esté ante un caso de persecución de un prófugo— no por ello la policía deja de estar sometida a las reglas que rigen su accionar. Para decirlo más simplemente, no es posible pensar que la policía tiene más facultades durante un procedimiento cuando actúa sin orden de allanamiento, que cuando lo hace con ella.

El problema es que la Corte en “D’Acosta”, como si hubiese sentido la necesidad de balancear un poco las cosas, agregó:

...mientras dura la diligencia (de allanamiento y secuestro) se encuentra enervado el derecho de exclusión del habitante de la morada, de modo que carecerían de eficacia las objeciones que pretendiera oponer a cualquier acto que constituyera una ampliación del objeto de la pesquisa, porque su intimididad ha sido en concreto desguarnecida por mandato judicial. (Ver consid. 6º del fallo).

b) La afirmación de la Corte en “D’Acosta”, acerca de que quien ve su domicilio allanado no puede ya oponerse a ampliaciones del objeto de la pesquisa, resultó totalmente innecesaria para resolver la cuestión planteada. Ello no fue lo debatido en este caso; el tema era ver si habiendo la policía ingresado legítimamente a un domicilio y habiendo en ese ingreso concretado su propósito (detener al delincuente), puede luego regresar sin una orden de allanamiento. La Corte dio a esta cuestión una respuesta negativa, con utilización de convincentes argumentos.

Es por ello que especular acerca de qué cosas puede hacer la policía durante un único allanamiento y qué

derecho tiene su destinatario de oponerse a ampliaciones del mismo, es ponerse a opinar sobre un tema no debatido, e incurrir en un *obiter dictum*.

Sentado lo anterior, sostengo que hubiera sido preferible que la Corte no dijera lo que a modo de *obiter dictum* dijo. Por lo pronto, una afirmación de ese tenor, por provenir del Alto Tribunal, es susceptible de ejercer —y en algunos casos ya la ha ejercido— una considerable influencia en los tribunales inferiores³².

Pero además de ello, la postura que parece estar dispuesta a aceptar la Corte de “D’Acosta” debe ser analizada tomando en cuenta hipótesis como éstas:

1. La policía obtiene una orden de allanamiento para incautar un automóvil que se sospecha está en una finca particular. En oportunidad de ejecutar la orden, busca minuciosamente en los armarios, mesas de luz y botiquines existentes en la vivienda. En alguno de esos lugares, donde notoriamente no puede estar el automóvil, encuentra estupefacientes.

³² Un primer ejemplo de esa influencia es el caso “Cohan de Broger”, LL, 1987-D-403. Allí la Cámara del Crimen de la Capital, Sala IV, tuvo oportunidad de analizar el valor de un acta de secuestro de documentación que vinculaba al procesado con un robo a un inmueble. Esa documentación había sido incautada en cumplimiento de una orden de allanamiento dictada en otro proceso, y con el objeto —distinto— de secuestrar armas de guerra y materiales explosivos. El juez de primera instancia había hecho lugar al pedido de nulidad del acta, por considerar que estaban excedidos los límites de la orden dictada inicialmente. La Cámara, con mención expresa de la doctrina de “D’Acosta”, revocó. Dijo que ninguna relevancia tenía que los elementos secuestrados no respondieran al objeto de la diligencia. Ello, por cuanto el bien jurídico intimidad ya había sido violado con la orden judicial dictada, por lo que nada impedía a los oficiales preventores hacerse de objetos de interés para la investigación de otro delito.

2. La policía ingresa a un domicilio particular con el fin de detener a un individuo. La orden de allanamiento ha sido librada sólo con ese objeto. Una vez practicada la detención, los agentes policiales revisan el domicilio cuidadosamente. Encuentran armas.
3. La policía, en cumplimiento de una orden de allanamiento, ingresa en una oficina con el objeto —explicitado en la orden— de apoderarse de cierta documentación. Esta es hallada e incautada. Los oficiales de policía siguen revisando y en un cajón encuentran cigarrillos importados, sin estampillar.

Los casos que acabo de mencionar ejemplifican, para usar el lenguaje de la Corte en “D’Acosta”, “actos que constituyen una ampliación del objeto de la pesquisa”. De acuerdo al *dictum*, quien padezca tales ampliaciones carece de derecho a objetarlas con base constitucional.

En mi criterio, esos casos hipotéticos constituyen un avance indebido sobre la intimidad de las personas, que no debería recibir bendición constitucional. En efecto, si la policía ya ha encontrado las cosas que busca, o si revisa lugares donde claramente no puede encontrar lo que se le indicó que buscara, todo procedimiento que se siga a partir de allí significará un ataque a la privacidad que va más allá de lo que el juez que libró la orden de allanamiento ha autorizado. Es que, como dejó entrever la Corte en el mismo fallo “D’Acosta”, una orden de allanamiento no es una autorización abierta para que la policía la complete a discreción.

Distinta sería la situación si al ejecutar una orden de allanamiento la policía se topa, inadvertidamente, con elementos demostrativos de la comisión de un delito, en cuyo caso no me parece mal que la policía esté auto-

rizada a secuestrar lo que ha encontrado. Pero claro está, debe tratarse de un caso en que genuinamente la policía se topa con algo distinto de lo que fue a buscar. Ninguno de los casos hipotéticos vistos más arriba pertenece a esa categoría³³.

c) Fuera del ámbito de la Corte Suprema, algunos tribunales han dictado pronunciamientos sentando límites a las facultades policiales durante la ejecución de un allanamiento.

La Cámara Federal Criminal y Correccional de la Capital, por su Sala II, en la causa “Ramírez Sánchez”, JA, 1992-III-186, debió pronunciarse acerca de la validez del secuestro de un DNI en blanco que se encontraba dentro de un armario, mientras se registraba en busca de estupefacientes. Luego de reseñar los principios constitucionales aplicables al caso, la Cámara indicó que el secuestro de elementos demostrativos de un delito distinto de aquél por el que se libra orden de allanamiento, será válido:

³³ Principios y limitaciones equivalentes a las sugeridas en el texto han sido adoptados en el Derecho judicial estadounidense, a través de la llamada *plain view doctrine*. Esa doctrina se remonta a los casos *Harris v. United States*, 390 US 234 (1968) y *Coolidge v. New Hampshire*, 403 US 443 (1971). Más recientemente, en *Horton v. California*, 496 US 128 (1990), la Corte de los Estados Unidos señaló que la doctrina de la *plain view* requiere: 1) que el procedimiento de ingreso o inspección inicial sea legítimo, y basado en una orden de allanamiento o en una de las excepciones admitidas a la regla que exige orden judicial para un allanamiento o secuestro; 2) que los ítem no contemplados en la autorización o distintos de los tenidos en mira al ingresar, sean de aquéllos que la policía, a través de su vista, olfato, sonido o tacto, esté en condiciones de indicar como reveladores de una actividad criminal. (Ver estos conceptos en Whitebread - Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of cases and concepts*, ps. 209-218).

...en los casos en que en el transcurso de un procedimiento el funcionario policial advierta por accidente o a franca o simple vista —mientras requisaba en busca de lo ordenado por el juez— evidencias que hagan presumir la comisión de otro delito.

Como en este caso, hizo notar la Cámara, el DNI en cuestión fue hallado en un lugar donde razonablemente debía buscarse los estupefacientes, el procedimiento fue juzgado como legítimo.

En igual sentido la Cámara Federal de La Plata, por su Sala III, hizo notar en el caso “Ridella”, JA, 1991-I-562, que cuando la policía, al realizar un allanamiento en la investigación de un delito, se topa con elementos demostrativos de la comisión de otro delito, no existe inconveniente que secuestre lo que ha encontrado.

Por último, en el caso “A. J. R.” resuelto por el Tribunal Supremo de Neuquén, ED, 130-561, debió analizarse el planteo formulado por la defensa de un procesado, quien cuestionó que en el allanamiento se hubiesen secuestrado objetos no incluidos en la orden judicial.

En el voto del doctor Iribarne convalidando el secuestro, pueden hallarse valiosas citas doctrinarias y de Derecho estadounidense en apoyo de la postura sostenida en los párrafos anteriores.

d) El caso “Giacobone”, resuelto por la Cámara Criminal de la Capital por su Sala I, LL, 1991-C-39, planteó también una cuestión de interés.

Un juez había librado una orden de allanamiento en una causa en la que investigaba una tentativa de extorsión. De acuerdo a la orden, la policía quedaba autorizada a “secuestrar sellos y cualquier otro elemento vinculado con la confección de las notas secuestradas

en autos". En cumplimiento de la orden, los policías encontraron una nota en un sobre cerrado, el que abrieron, disponiendo el envío de la nota al juez. (El fallo aclara que el papel que se secuestró no era "una carta o correspondencia, sino una nota puesta en un sobre". No queda claro en cambio si el sobre estaba debidamente cerrado y engomado, o si fue abierto simplemente levantando su solapa³⁴).

Durante el proceso el imputado cuestionó la validez del secuestro de la nota en cuestión, por contrario a la garantía sobre la inviolabilidad del domicilio y papeles privados. El juez de primera instancia hizo lugar a la nulidad y la cuestión llegó a la Cámara en apelación.

La Alzada, con cita de doctrinarios alemanes sobre las llamadas "prohibiciones probatorias", rechazó la nulidad. Hizo notar que el ingreso al domicilio se había cumplido por orden judicial, y que en base a la misma la policía estaba facultada a incautar "cosas del acusado y que tengan que ver con el hecho que se investiga". Agregó que el papel de referencia había sido entregado al juez en menos de 24 horas de producido su secuestro, que el mismo sin duda pertenecía al acusado y lo comprometía seriamente. Precisamente por no tratarse de una carta sino de una "nota", la Cámara descartó también que la solución hubiese sido llevar el sobre sin abrir ante el magistrado, para que éste dispusiese su apertura.

Reconozco que estamos ante un caso difícil. Cuando la policía allana legítimamente un domicilio en busca de

³⁴ Esta precisión, claro está, no es nimia. Tiene que ver con la expectativa de privacidad que el titular de la nota en cuestión revela a través de sus actos. Ver al respecto el desarrollo sobre "otras áreas de intimidad", *infra*, punto 7.

papeles o notas que puedan ser de utilidad para esclarecer un secuestro, frenar su búsqueda ante un sobre, puede llegar a entorpecer seriamente su tarea. Es en un contexto como el presente que advierto la puntiliosidad de la Cámara en mostrar que no se estaba frente a correspondencia, sino a una nota puesta en un sobre.

Por supuesto el contraargumento a esto es: ¿cómo sabía la policía que eso era una simple nota *antes* de disponer la apertura del sobre? Por otro lado, también es cierto que si con el mecanismo de ocultar cosas inculminatorias en sobres pudiesen los delincuentes quedar a resguardo del accionar policial, entonces la tarea de las fuerzas del orden se verían notoriamente dificultadas.

Sopesando todas estas cuestiones, creo poder estar de acuerdo con la solución final del caso, condicionada a las siguientes pautas:

1. Que la necesidad de acceder al contenido del sobre guarde real conexión con el delito que se investiga y con la finalidad de la orden de allanamiento efectivamente dictada, de manera que sea sostenible decir que el sobre fue abierto “en ejecución de la orden”. No sería ése el caso, por ejemplo, si la policía hubiera entrado al inmueble con el fin de detener a un individuo, o buscando armas. Demás está decir que tampoco sería esa la solución si la policía está actuando sin orden judicial ninguna.
2. Que el sobre, por su aspecto exterior, no revele que se trata de una carta, de análisis médicos, o de cualquier otra documentación respecto de la cual su titular haya exhibido una razonable expectativa de privacidad.

**5. EJECUTANDO UNA ORDEN DE CAPTURA,
PERO SIN ORDEN DE ALLANAMIENTO.
EL CASO "GORDON" Y LAS RAZONES DE URGENCIA
PARA DISPENSAR LA ORDEN**

En el caso "Gordon", *Fallos-CSJN*, 311:2045; *LL*, 1989-B-446, la Corte Suprema fue llamada a resolver una cuestión difícil: qué ocurre cuando una persona ha sido traída a juicio mediante un procedimiento presuntamente irregular, cuando la condena que se le dicta se apoya en pruebas autónomas e independientes de esa presunta irregularidad. Al resolver el caso, además, la Corte hizo algunas consideraciones de interés para el funcionamiento de la garantía en examen³⁵.

En la causa que se les siguió a los Gordon (padre e hijo) por los delitos de privación de la libertad, lesiones y robo agravado, la detención de estos había sido cumplida por la policía en una vivienda que los Gordon ocupaban temporariamente en una zona rural, en la provincia de Córdoba.

Existía respecto de los procesados una orden de captura anterior al ingreso. El fallo da cuenta de que la aprehensión de los Gordon se había frustrado en el pasado en más de una oportunidad, como consecuencia de los sofisticados medios técnicos defensivos de que aquéllos disponían. En esas condiciones, y habiendo por fin la policía detectado el paradero de los Gordon, procedieron a allanar la vivienda. Al hacerlo, omitieron cumplir con las prescripciones del Código Procesal Penal que exige que cuando la aprehensión de un delincuente deba cumplirse en un domicilio particular, el

³⁵ El fallo publicado en *La Ley* (citas en el texto), trae un comentario al caso "Gordon". Allí el lector encontrará, más en detalle, un análisis de las diversas cuestiones que planteó este interesante caso.

funcionario de policía debe recabar la pertinente orden judicial de allanamiento³⁶. De tal manera, los Gordon fueron detenidos sobre la base de una orden de captura preexistente, pero sin requerirse la orden judicial de allanamiento de su vivienda.

Luego de la detención, los procesados fueron sometidos a juicio. La prueba reunida a su respecto era independiente del acto de la detención. Vale decir, no fue como consecuencia de tal aprehensión que se obtuvieron evidencias incriminatorias, sino que éstas reconocían un modo autónomo de adquisición.

Gordon padre murió durante la tramitación del proceso. La condena impuesta al hijo fue recurrida por éste ante la Corte. Allí su defensor planteó la nulidad del procedimiento justamente por haberse omitido tramitar la orden de allanamiento, y con invocación de la doctrina de "Fiorentino", pidió que esa nulidad se proyectara a todo el proceso subsiguiente.

Por último, el recurrente argumentó que la Cámara se había equivocado en considerar que se estaba en presencia de una de las excepciones a la regla que requiere orden de allanamiento. Esto es, la que autoriza a prescindir de la orden cuando se introduce en el domicilio a ser allanado un reo al que se persigue para su aprehensión³⁷. El defensor de Gordon sostuvo que este no era un caso en que pudiese jugar dicha excepción,

³⁶ En el anterior ordenamiento nacional, esto era así en virtud de lo prescripto por el art. 188. El vigente ha mantenido en lo sustancial este recaudo. Ver el art. 224.

³⁷ En el ordenamiento vigente, esta excepción está prevista en el art. 227, inc. 3º, que dice que la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando "...*Se introduzca en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión...*". Un lenguaje muy similar traía el Código anterior en su art. 189, inc. 2º.

dado que aquí no había habido persecución de los Gordon hasta el domicilio en cuestión, ni podía sostenerse que los policías actuantes hubiesen visto cómo aquéllos se introducían en la vivienda que ocupaban.

A continuación voy a tratar las cuestiones principales que se desprenden del fallo de la Corte.

5.1. *La excepción de la persecución*

Al fallar el caso, la Corte en ningún momento intentó referir la actuación policial a la excepción invocada por la Cámara. Da la impresión entonces que para la Corte éste no fue un caso de “persecución” como el que prevé la referida norma procesal.

En mi opinión, es comprensible que el Alto Tribunal haya descartado la aplicación de la excepción mencionada. El criterio que se desprende del fallo de Cámara —según el cual si pesa en contra de una persona orden de captura y ésta se ha escondido en una vivienda particular se está ante un caso de persecución que exime de obtener orden de allanamiento— está lejos de convencerme. El mismo importaría en la práctica convertir en regla lo que nació como una excepción. Ello, puesto que en rigor el policía que debe hacer efectiva una orden de captura siempre podría alegar que él “está persiguiendo” al delincuente³⁸.

³⁸ En el Derecho estadounidense también se ha entendido a la “persecución” como una circunstancia de excepción que autorizaría a dispensar del requerimiento de orden judicial. Pero como se ha hecho notar, debe tratarse realmente de “la continua persecución del delincuente” (*continuous hot pursuit*), situación claramente ausente en el caso “Gordon”. Ver así *Warden v. Hayden*, 387 US 294 (1967), en donde la Corte federal consideró válido el ingreso domiciliario sin orden y el registro practicado respecto de personas que estaban siendo perse-

5.2. *Este no fue un caso de exclusión de prueba ilegal*

Luego de describir los antecedentes del caso, la Corte se preocupó por señalar que lo que aquí debía decidirse no era la posibilidad de hacer valer en el proceso evidencias adquiridas en violación a garantías constitucionales. El Alto Tribunal indicó así que a diferencia del caso “Fiorentino” citado por la defensa, lo que se discutía era la legitimidad del sometimiento mismo a juicio del imputado. Como en el acto de la detención no se habían incautado evidencias en contra del imputado, la Corte concluyó que no era de aplicación la doctrina sobre exclusión de prueba ilegal (ver consids. 4º, 5º y 8º).

Esta afirmación de la Corte da para pensar largamente. Según vimos en el capítulo precedente, los fundamentos de la regla de exclusión de prueba ilegal son básicamente éticos: la administración de Justicia no debe aprovechar de su ilegalidad. De allí que sea muy posible razonar que tanto se aprovecha el resultado de un ilícito cuando la prueba se obtiene de manera ilegal, que cuando la presencia del imputado es producto de un procedimiento ilegal. Con otras palabras, no parece axiológicamente distinto condenar a una persona sobre la base de prueba obtenida ilegalmente, que condenarla luego de haberla hecho comparecer de manera ilegítima.

Tal vez la solución pase entonces por una cuestión de grados. Al resolver el caso “Gordon”, la Corte hizo notar que aquí existía una orden de captura previa al ingreso a la morada, que ese ingreso se produjo después de haberse frustrado la aprehensión de los imputados en procedimientos anteriores, que los procesados te-

guidas y se refugiaron en un domicilio particular, al que arribaron momentos antes que la policía.

nían a su disposición medios técnicos poco comunes, y que, en definitiva, el recurrente había sido puesto a disposición del juez inmediatamente después del procedimiento impugnado. “En tales condiciones —concluyó la Corte— no se verifica violación alguna a la garantía constitucional señalada que justifique invalidar lo actuado” (consid. 6º, *in fine*).

Las consideraciones precedentes sugieren que para la Corte, cuando lo que se cuestiona no es prueba ilegítima sino la puesta misma del imputado a disposición de los magistrados, la solución del caso estará en función de diversas variables. Cuando se den circunstancias excepcionales como las de “Gordon”, la invalidación de lo actuado aparecerá como un remedio demasiado extremo a los ojos del Alto Tribunal.

5.3. *Relación con la inviolabilidad del domicilio. Razones de “urgencia” para dispensar la orden de allanamiento*

Respecto de la inviolabilidad del domicilio que el recurrente había invocado en apoyo de su pretensión, la Corte señaló que “ninguna relación guarda con el caso presente”. Esa presunta falta de relación el tribunal la fundamentó en que la condena impuesta se sustentaba en prueba obtenida de manera independiente del allanamiento (consid. 6º).

Esta es, a mi entender, la parte más discutible del fallo. Desde el momento en que el allanamiento sin orden judicial en el domicilio que ocupaban los Gordon fue lo que permitió llevarlos a la justicia, y dado que la legalidad de ese ingreso fue especialmente cuestionada por la defensa, da la impresión de que “alguna relación” había entre la garantía constitucional invocada y la decisión condenatoria de aquéllos.

Ahora bien, a fin de determinar si el ingreso policial en esas condiciones fue violatorio de la garantía invocada, cabría tal vez preguntarse lo siguiente: las excepciones que los ordenamientos procesales prevén a la exigencia de orden judicial para un allanamiento, ¿son las únicas posibles? Obsérvese la trascendencia de responder adecuadamente a este interrogante. Vimos que una diferencia relevante entre nuestro texto constitucional y la Enmienda IV a la Constitución de los Estados Unidos, es que en éste aparecen vedados en forma genérica los arrestos y requisas “irrazonables”. En nuestra Constitución, en cambio, se sienta el principio de la inviolabilidad del domicilio, delegándose en “una ley” la determinación de los casos y circunstancias justificantes de su allanamiento y ocupación. La “ley” en cuestión, en este caso, viene a estar dada por los distintos códigos procesales, que sientan los casos en que es posible para la policía dispensar del recaudo de orden judicial³⁹.

Ante un caso como el de “Gordon”, donde los hechos no permiten invocar ninguna de las excepciones legales previstas, la solución sería más fácil en el Derecho estadounidense. Allí los tribunales podrían decir que el ingreso en cuestión no apareció como irrazonable, puesto que dada la zona rural del procedimiento y los medios de defensa de que disponían los acusados, existía el riesgo de frustrarse la diligencia de haber intentado la policía obtener la orden judicial.

³⁹ En el Código vigente en el orden nacional, esas excepciones son las previstas en el art. 227 las que, en lo sustancial, se corresponden con las del art. 189 del régimen anterior. Ellas tienen que ver con situaciones extremas tales como incendios o explosiones, cuando se denuncie que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en un casa con indicios de cometer un delito, en los casos de “persecución” ya examinados, o cuando se oigan voces provenientes de una casa pidiendo socorro.

Pero para nuestro Derecho, aun cuando el objetivo (la razonabilidad) sea, supongo, el mismo, el problema lo plantean las mencionadas disposiciones procesales. Una posible y aparentemente atractiva solución, sería decir que no todo ingreso domiciliario sin orden es una violación constitucional. La salida pasaría por crear distintas categorías de infracciones a la norma general que requiere orden judicial para el ingreso domiciliario (por ejemplo según su gravedad, la buena o mala fe del policía interviniente), algunas de las cuales serían violaciones constitucionales y otras no.

Esta solución, sin embargo, no termina de convenirme. El principio de que, salvo determinadas excepciones, un ingreso domiciliario requiere una orden judicial previa, tiene el mérito de sentar una regla clara, al par que es para la policía un incentivo indudable para no tomar la ley en sus propias manos. Su mensaje es: el domicilio es algo demasiado sagrado para que no sean los jueces los encargados de determinar cuándo hay mérito para allanarlo.

Otra solución que de algún modo participa de los problemas de la anterior, sería decir que el legislador no agotó con las excepciones listadas, las posibles a la regla que requiere orden judicial para un ingreso. Con otras palabras, que bien puede haber casos de necesidad no contemplados legislativamente, pero que igualmente justifiquen dispensar del requerimiento de orden judicial⁴⁰.

⁴⁰ Una interpretación de este tipo aparece sugerida por el Procurador General al dictaminar en el caso "Hansen", *Fallos-CSJN*, 308:2447. Allí ese funcionario realizó consideraciones de importancia en contra del "consentimiento" como forma de validar ingresos domiciliarios sin orden judicial, y dentro de ese contexto, planteó la posibilidad de que la enumeración contenida en el entonces vigente art. 189

Este enfoque tiene también sus bemoles. Aceptarlo implicaría nuevamente transferir a los oficiales de policía la decisión de determinar cuándo allanar y cuándo no, y parece que eso no fue lo querido por los constituyentes cuando hablaron de que sería “una ley” la que fijaría los casos y justificativos para el ingreso a un domicilio.

6. *EL “CONSENTIMIENTO” A UN INGRESO DOMICILIARIO. VALOR Y REQUISITOS*

Una cuestión compleja, y que ha dado ya lugar a debates, es dilucidar qué valor corresponde asignarle al consentimiento a un ingreso domiciliario, y en su caso, qué recaudos debería tener aquél y quién se halla habilitado para prestarlo.

6.1. *El principio general*

Con fecha 24 de marzo de 1988 la Corte resolvió el caso de “Fato”, *Fallos-CSJN*, 311:836, adhiriendo al dictamen del Procurador. Aun cuando no surgen muy claros los hechos del caso, la condena impuesta al procesado fue por el delito de almacenamiento de estupefacientes. La prueba de cargo fue hallada en un procedimiento policial cumplido en el domicilio de aquél sin orden judicial, habiendo el procesado al parecer “consentido” ese ingreso sin orden. Durante el juicio la defensa argumentó:

1. Que el consentimiento que pudiese haber prestado el acusado no relevaba a la policía de su obligación de requerir la pertinente orden judicial.

del Cod. de Proc. en materia Penal, pudiera no ser taxativa. La Corte dictó su pronunciamiento sin hacer referencia a esta cuestión.

2. Que en el caso no se daba ninguna de las situaciones de urgencia que faculta a la policía para dispensar de esa orden.
3. Que el “consentimiento” tiene en la legislación procesal nacional un alcance muy limitado, consistente en autorizar a la policía *que ejecuta una orden de allanamiento*, a ingresar durante la noche. Ausente ese consentimiento, la regla es que un allanamiento *con orden* debe ser hecho durante el día⁴¹.

El Procurador General desechó estos argumentos. Dijo que en el caso “Fiorentino” la Corte había admitido ya que el “consentimiento” del procesado podía tener como efecto convalidar un ingreso sin orden previa⁴². El Procurador señaló además que no podía hablarse verdaderamente de allanamiento. Dijo así que el allanamiento de domicilio:

...supone necesariamente una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular, lo que no ha sucedido en el caso de autos, pues tal como se concluye en el fallo impugnado y admite el recurrente, el condenado prestó su consentimiento para el ingreso del personal policial.

Al no ser éste, según el Procurador, un caso de allanamiento, no tenía ya sentido examinar si se daban o no las situaciones de excepción que autorizan un ingre-

⁴¹ El recurrente se refirió al art. 400, inc. 4º del Cód. de Procedimientos en materia Penal anterior. Un criterio similar se ha mantenido en el vigente. Ver el art. 225.

⁴² Según aclaró el Procurador, esto podía ser inferido *a contrario sensu* del pasaje del fallo “Fiorentino” en el que se dice que “en la especie no se ha configurado ninguna de las excepciones previstas en el... Código de Procedimientos en materia Penal, ni ha mediado consentimiento válido que permitiera la intromisión policial en el domicilio del procesado” (consid. 6º, párr. 1º del fallo).

so sin orden ni tampoco cabía referirse a disposiciones que —como la que limita el alcance del consentimiento para ingresos nocturnos— se refieren todas a supuestos de allanamientos de morada.

Para decirlo más simplemente, el criterio propugnado por el Procurador General y que la Corte ha hecho suyo es éste. Mediando consentimiento para el ingreso, no hay allanamiento de domicilio. Al no haber allanamiento, las distintas disposiciones procesales tendientes a limitar los alcances de un allanamiento son, todas esas disposiciones, inaplicables⁴³.

6.2. *Consecuencias de este criterio*

El principio consagrado por la Corte en “Fato”, es a mi juicio altamente criticable. Por lo pronto, el mismo parte de una premisa discutible, como es el caracterizar al allanamiento de morada como “una actividad dirigida a vencer la voluntad de su titular”.

⁴³ Un caso anterior de la Corte, relativo también al valor del consentimiento fue “Hansen”, *Fallos-CSJN*, 308-2447. Allí el Procurador General había hecho un meditado análisis de por qué el consentimiento que prestara el procesado para el ingreso a su domicilio no podía ser considerado como un libre acto de renuncia, por hallarse aquél detenido al momento de prestarlo. Pero además de ello el Procurador —el mismo que dictaminó luego en “Fato”— hizo una serie de consideraciones muy importantes acerca de por qué el consentimiento tenía en la legislación procesal un alcance muy limitado, señalando además que esa legislación “no prevé expresamente ningún caso en que la autoridad pueda solicitar permiso al titular del derecho y prescribe imperativamente que deberá pedir la orden al juez”.

La Corte, sin embargo, prefirió resolver el caso con una simple remisión a “Fiorentino”, sin hacer suyas ninguna de las valiosas consideraciones que traía el dictamen del Procurador. Este, quizás decepcionado por esa poca receptividad, terminó en “Fato” dictaminando de la manera en que lo hizo.

A lo que cualquier allanamiento apunta, primordialmente, es a la incautación de prueba demostrativa de un delito o a la captura de un sospechoso. El mismo lenguaje del Código Procesal Penal, en cuanto habla de que el juez ordenará el registro de un lugar “*Si hubiere motivos para presumir que (allí) existen cosas pertinentes al delito o que puede efectuarse la detención del imputado...*” (art. 224), confirma lo que acabo de señalar.

Vale decir, un allanamiento es un procedimiento extremo cuya finalidad es la señalada recién, y que el juez dispone con total prescindencia de si su destinatario la va a consentir o no. Lo que tiene un policía que ejecuta una orden de allanamiento, es un mandato judicial para ingresar en una morada, sea que su titular lo acepte o pretenda oponerse, (si elige esto último, razonablemente le irá muy mal). Pero hacer fincar la esencia de un allanamiento —como parece sugerirse en “Fato”— en que se trata de un procedimiento “dirigido a vencer la voluntad” de alguien, es conceptualmente un error. Un allanamiento se dirige a obtener prueba o a capturar al imputado. La “voluntad” de su destinatario, en este esquema, tiene poco que ver.

Sentado lo anterior, considero muy peligroso el criterio que se desprende de la conjunción de los casos “Fiorentino” y “Fato”. Lo que a partir de ellos se está diciendo, no es simplemente que un ingreso domiciliario consentido hace desaparecer la “necesidad” de orden judicial. Ellos implican mucho más. Implican que un allanamiento “consentido” no es ya un allanamiento, de manera que un policía que ingresa “consentidamente” no se encuentra sujeto en su accionar a las restricciones o a los límites propios de un allanamiento. Por ejemplo, no tiene que referir su actividad dentro del inmueble a lo que puedan haber sido las razones concretas que lo llevaron

allí. No tiene que informar al destinatario de la medida en conexión con qué delito actúa, qué cosas está autorizado a secuestrar, o a quién se propone detener. Dentro de este cuadro, claro está, tampoco tiene sentido embarcarse en sutilezas acerca de si lo que se está secuestrando constituye o no una extensión indebida del propósito inicial del ingreso. Reitero, un allanamiento “consentido” dejó de ser un allanamiento, y las normas constitucionales y legales que lo rigen dejaron de ser aplicables.

6.3. *Recapitulación*

Si recapitulamos un poco los criterios expuestos por la Corte en los casos precedentes, tenemos:

Primero: El consentimiento de aquél en cuyo domicilio la policía ingresa hace que eso no sea un allanamiento.

Segundo: Ese consentimiento determina que no haya necesidad de requerir orden judicial, ni que importe si existían razones de urgencia como para ingresar sin dicha orden.

Tercero: El ingreso así consentido puede tener lugar indistintamente de día o de noche.

Cuarto: La policía puede dirigirse a lo de un individuo con el propósito de obtener su consentimiento, sin que se sepa —ni haya después forma de verificarlo— qué razones en concreto se tuvieron en cuenta para suponer que en ese domicilio habría evidencias demostrativas de la comisión de un delito. Tampoco importa si un juez, en esas condiciones, hubiera o no autorizado el ingreso.

Quinto: Una vez obtenido el consentimiento, la policía puede registrar a sus anchas.

Sexto: En realidad, podría pensarse que la policía está facultada a registrar a sus anchas siempre, incluso cuando ingresa con orden judicial (*dictum* de la Corte en “D’Acosta”, acerca de que el titular del domicilio allanado no puede oponerse a ampliaciones del objeto de la pesquisa).

Creo no equivocarme si afirmo que el derecho a la privacidad que la Corte entendió consagrar con “Fiorentino”, puede verse a partir de lo recién expuesto seriamente debilitado.

He sostenido ya que la presencia de la policía en un domicilio suscita en la mayoría de los habitantes una sensación como mínimo de intranquilidad, que hace que difícilmente sepamos cómo reaccionar si se nos pide que firmemos una constancia de que “consentimos” el procedimiento que se está por llevar a cabo⁴⁴. Con o sin orden judicial, además, parece que cualquier ampliación, transformación, etc., del objeto del ingreso es irrelevante, con lo que poco importa entonces que la orden judicial —en los casos en que se expida— determine con alguna precisión en qué consiste lo que la policía está autorizada a llevarse. Es más, para el oficial actuante en una investigación es mucho más seductor ir directamente al domicilio del sospechoso a requerir su consentimiento, que molestarse en tramitar la correspondiente orden judicial.

⁴⁴ Cfr., Carrió, A., *Justicia criminal*, p. 59 y ss. Allí el lector encontrará además otros argumentos acerca de por qué considero sumamente inconveniente la doctrina que surge de estos precedentes de la Corte.

En suma, comparada la cuestión con los criterios de la época de “Gullo”, es claro que la garantía de la inviolabilidad del domicilio significa hoy en día mucho más de lo que significaba entonces. Pero también creo que ella es susceptible de interpretaciones aún más generosas. De nosotros depende que así ocurra⁴⁵.

6.4. *Recaudos del consentimiento.*

Quién puede prestarlo

a) *Consentimiento prestado por detenidos.*

Ausencia de una regla abstracta

Vimos que a partir del caso “Fiorentino” la Corte dejó abierta la posibilidad de que el “consentimiento” operara como forma de validar ingresos domiciliarios sin orden judicial⁴⁶. Pero al mismo tiempo, en ese caso el Alto Tribunal entendió que el supuesto “consentimiento” que había prestado el menor Fiorentino carecía de efectos porque él estaba detenido al momento de prestarlo,

⁴⁵ Acá hay una cuestión más profunda y que se vincula con el rol de la autoridad en nuestra sociedad y con la actitud de la ciudadanía frente a la estructura de poder. Con cierta tristeza debo confesar mi convicción de que la nuestra es una sociedad con una fuerte tendencia al autoritarismo. Los funcionarios públicos —y la policía no es excepción— no se cuidan demasiado de obrar dentro de los límites de la ley, y los ciudadanos a su vez poco hacen, quizás porque adivinan la futilidad de su esfuerzo, por defender sus derechos. El resultado de esta mezcla suele ser abuso por un lado, y resignación por otro. Un examen comparativo excelente entre modelos de autoridad y su repercusión en el enjuiciamiento criminal en los sistemas anglosajones y en los que se derivan del continente europeo, puede verse en Damaska, *Structures of authority anal comparative criminal proceedings*, en Cap. I, nota 3.

⁴⁶ Una solución equivalente ha prevalecido en el Derecho estadounidense. Ver el caso *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 US 218 (1973).

habiendo sido sorprendido por una comisión policial momentos antes del ingreso. Además, la Corte tuvo en cuenta la inexperiencia de Fiorentino en estas lides. Sobre esa base, señaló que esperar del menor una resistencia verbal al ingreso resultaba “irrazonable dada la situación referida” (ver el consid. 6º). En casos posteriores, sin embargo, la Corte se negó a admitir una regla rígida que importe negar validez al consentimiento prestado por quien se encuentra detenido.

En “Romero”, *Fallos-CSJN*, 311:2507; *LL*, 1990-C-219, (con comentario de Francisco D’Albora), el procesado había autorizado el ingreso sin orden a su domicilio, estando detenido. Sobre esa base su defensor cuestionó la validez del procedimiento que culminó con el secuestro de material incriminatorio.

El Procurador General, en términos que la Corte compartió, señaló que en “Fiorentino” el estado de detención de éste al momento de permitir el ingreso no había sido el único factor determinante de la decisión. El Procurador dijo además que debía analizarse el cuadro fáctico en su conjunto, a fin de analizar la real voluntariedad de un consentimiento.

Con apoyo en esa línea argumental, a su vez, la Corte dijo que “no cabe construir una regla abstracta a partir del citado precedente de *Fallos*, 306:752 (Fiorentino) que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el consentimiento dado para una inspección o requisita domiciliaria en todos los casos en que quien lo haya prestado estuviese privado de su libertad” (considerando 4º).

Por último, la Corte tuvo en cuenta que “al declarar en sede judicial (el procesado) destacó inequívocamente el carácter voluntario y libre de todo vicio de aquél acto, consecuente con su manifiesta intención de cooperar con la autoridad judicial” (considerando 5º).

Posteriormente, en “Ferrer”, *LL*, 1991-A-3⁴⁷, la Corte reafirmó el criterio de “Romero” con expresa remisión a sus fundamentos. Ferrer había sido procesado por tenencia de arma de guerra, siendo condenado en primera y segunda instancia. Los hechos fueron los siguientes. Un día se hizo presente en una Seccional la mujer de Ferrer, denunciando que la noche anterior su marido había realizado disparos de arma de fuego en el domicilio donde vivía con aquél y con sus hijos. La mujer decidió entonces huir y pasar la noche en otro lugar. Recién a la madrugada del día siguiente se dirigió a la Seccional de Policía a radicar su denuncia. Agentes policiales fueron al domicilio de Ferrer sin orden previa. Según el informe de la autoridad de prevención, al ingresar los policías, Ferrer los invitó a pasar. En ese instante fue detenido, encontrándose el arma en cuestión. En su indagatoria Ferrer dio una versión distinta. Dijo que inmediatamente luego de su detención había sido llevado a un destacamento policial y, estando allí, manifestó su deseo de colaborar con la investigación, agregando que si lo trasladaban a su domicilio les enseñaría el lugar donde se encontraba el arma. Fue recién entonces que se produjo la inspección de su morada, que culminó con el secuestro del arma.

En su dictamen, el Procurador General consideró válido el allanamiento, sobre la base de que existía “una situación de peligro y urgencia suficientes para activar la inmediata intervención de los funcionarios”. Esta

⁴⁷ Ver en la colección citada en el texto el valioso comentario de Borinsky, donde analiza los distintos fallos de la Corte en materia de allanamiento y consentimiento, y elabora una teoría a luz de las normas sustantivas del Código Penal.

postura del Procurador implicaría aceptar que las situaciones de urgencia capaces de dispensar del recaudo de orden judicial no se agotan con las enumeradas en la legislación procesal, cuestión ésta ya examinada al analizar el caso "Gordon".

La Corte, en cambio, optó por no considerar este aspecto de la cuestión. Con expresa remisión a "Romero", dijo que el carácter de detenido de Ferrer no convertía en innecesariamente involuntario a su consentimiento. El fallo terminó señalando que "ya sea que los policías hayan ingresado en el inmueble en el mismo momento en que detuvieron a Ferrer, o que previamente lo hayan trasladado a la comisaría, lo cierto es que el procesado ha reconocido expresamente en sede judicial su consentimiento para el ingreso de los preventores, sin... ningún vicio en tal consentimiento" (consid. 8º).

b) *Quién puede prestar el consentimiento*

Los casos resueltos hasta el presente por la Corte no dejan claro qué otras personas, aparte del destinatario de la medida de allanamiento, estarían autorizados a prestar un consentimiento validante de un ingreso sin orden.

En "Hansen", *Fallos-CSJN*, 308:2447, la Corte descartó como válido el supuesto consentimiento prestado por la madre del imputado, señalando que no había existido un real permiso de su parte, habiéndosela tan solo interiorizado de los motivos de la visita.

En "Martínez", *Fallos-CSJN*, 311:962, el consentimiento para el ingreso al dormitorio de un hotel, había sido prestado por la mujer con la que convivía el imputado. La Corte rechazó el recurso extraordinario interpuesto por el procesado con invocación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio, diciendo que el recu-

rrente en su apelación no se había hecho cargo de la existencia de ese consentimiento⁴⁸.

En “Dalmao Montiel”, *Fallos-CSJN*, 311:2171, la Corte sostuvo que en una construcción flotante la titularidad del derecho de exclusión corresponde al capitán del barco. De tal manera, consideró válido el registro del camarote del imputado a cargo de funcionarios de policía de la navegación, autorizado por el capitán.

c) *Caracteres del consentimiento.*

*Casos de autorización “tácita”
y de contexto intimidatorio*

De los casos “Fiorentino”, “Cichero” y “Hansen” ya examinados surge una regla clara: no puede haber un consentimiento tácito a un allanamiento domiciliario. En esos casos la Corte indicó que “la mera ausencia de reparo no puede equipararse a una autorización suficiente”.

Paralelamente, la Corte no ha aceptado como recaudo de un consentimiento válido, que el destinatario de la medida sea informado de que tiene el derecho de no prestar dicho consentimiento. Una exigencia tal fue propuesta por el Juez Petracchi en su voto concurrente en “Fiorentino” (ver en ese voto el consid. 8^o), aun cuando también señaló que debería ser el legislador nacional o provincial el autorizado a convertir al “consentimiento” en una excepción válida al recaudo de orden judicial.

⁴⁸ En el Derecho norteamericano ha prevalecido la postura de considerar como válido el consentimiento prestado por cualquiera de los cohabitantes con autoridad para acceder al área en la que se practica una requisita o allanamiento. Ver *United States v. Matlock*, 415 US 164 (1974).

En “Rayford”, *Fallos-CSJN*, 308:733 la Corte utilizó una fórmula que pareció destinada a poner altas exigencias en materia de validez de un consentimiento. Dijo así que para que la ausencia de objeciones a una inspección domiciliaria pudiese ser entendida como un consentimiento, “tal actitud debe hallarse expresada de manera que no queden dudas en cuanto a la plena libertad del individuo al formular la autorización” (ver consid. 4º).

Los casos resueltos por la Corte con posterioridad a “Rayford” no volvieron a utilizar esta fórmula. Más bien, por la manera en que tales casos fueron decididos (en especial “Romero” y “Ferrer”), da la impresión que de aquí en más la Corte hará un análisis global de la situación fáctica, para ver en qué medida existen indicios de coerción o intimidación sobre el imputado. Ausentes tales indicios, el “consentimiento” será considerado válido. El *standard* estricto de que “no deben caber dudas de la plena libertad” con que se ha formulado la autorización, parece más hijo de épocas de pasado libertarismo en la doctrina de nuestro Alto Tribunal.

Otro caso interesante en materia de consentimiento es “Pierro”, resuelto por la Suprema Corte de Mendoza, *JA*, 1992-I-443. El voto del doctor Salvini contiene un muy completo análisis y fundamentación de por qué debe considerarse inválido el consentimiento prestado por el imputado ante un procedimiento policial sorpresivo, efectuado de madrugada y mientras su morador se encontraba solo. Ante ese cuadro, el doctor Salvini concluye que no se probó fehacientemente que el procesado, titular del derecho de exclusión, hubiese autorizado el acceso a su casa en forma libre, sino más bien en un contexto intimidatorio.

6.5. *El “consentimiento” en función de la expectativa de privacidad*

Una situación particular se planteó en el caso “Fiscal v. Fernández”, *LL*, 1991-B-190, visto ya al analizarse la legitimidad del empleo de agentes encubiertos (*supra*, Cap. III, punto 7).

Ese fue el caso en el que un agente policial que no se identificó como tal, había ingresado en la sede del Consulado de Bolivia y asiento de la vivienda del Cónsul en la ciudad de Mendoza. El policía se presentó allí de civil en compañía de un detenido de nombre Fernández, cómplice del Cónsul en una maniobra de tráfico de estupefacientes. El Cónsul, ignorando que quien acompañaba a su amigo era un policía, abrió la puerta de entrada y en presencia del oficial entregó a Fernández una importante cantidad de cocaína.

La Corte consideró que había existido un consentimiento al ingreso, expresado “sin vicio alguno de la voluntad”. Reforzando esta idea agregó que “no hubo engaño alguno que viciara la voluntad del imputado,... ninguna maquinación, ocultamiento o fraude fue utilizado para acceder a su vivienda” (consid. 8º).

Esta frase de la Corte me provoca serias dudas. Parece claro que el ingreso del policía a la vivienda del Cónsul tuvo como causa un error, por ignorar el Cónsul la real calidad del acompañante de su amigo Fernández. Decir entonces que no hubo aquí “vicio alguno de la voluntad”, no parece muy en línea con los principios básicos de Derecho Civil. Luego la Corte especificó que no hubo maquinación, ocultamiento o fraude, y que “bastó con que uno de los visitantes fuese su conocido y se le presentase al acompañante como un amigo para que les franquease la entrada”. Con este lenguaje, la Corte parece sugerir que para viciar un consentimiento se re-

querirá algo más que una simple mentira. El uso de la expresión “fraude o maquinación”, parece así indicarlo.

De todas maneras, existe en el análisis posterior de la Corte un enfoque que puede tal vez ser de utilidad para toda la problemática del consentimiento. Luego de analizar la conducta del Cónsul franqueando la entrada a su domicilio sin cuestionar la identidad del acompañante de su amigo, la Corte señaló que una vez producida la entrada:

...no fue practicada pesquisa, registro, inspección o requisa, ni el paquete que contenía el estupefaciente fue obtenido mediante ardid... sino por entrega voluntaria del procesado a su cómplice. En condiciones tales, no se advierte interferencia ilegítima del Estado en un ámbito en el que, como el domicilio, una persona puede tener la mayor expectativa de intimidad y privacidad. (Consid. 8º, in fine).

Este párrafo parece estar ofreciendo un criterio interesante para los casos en que debe decidirse si ha existido o no un consentimiento validante de un ingreso domiciliario sin orden judicial. Es el siguiente. La razón por la cual el domicilio está especialmente protegido, es porque el mismo constituye el ámbito donde los individuos, por definición, tenemos la mayor expectativa de intimidad y privacidad. Pero si es el titular del domicilio el que, con su conducta, está evidenciando una renuncia a esa expectativa de privacidad, entonces parece razonable que desaparezca la tutela constitucional, que se basa justamente en ese presupuesto.

Tal vez un ejemplo aclare lo que quiero significar. Si una persona camina por la vía pública portando un arma a la vista de todo el mundo, no podría decirse que él ha exhibido una expectativa de privacidad en el arma que lleva. Un procedimiento de requisa y secuestro de la misma, aparece entonces como claramente justificado.

Pero si esa misma arma es llevada en un portafolio, de manera tal de no revelar su existencia allí dentro, un procedimiento de requisa del portafolio y secuestro de aquella si sería contrario a esa expectativa de privacidad.

Algo de ese tenor fue lo ocurrido en el caso "Fiscal v. Fernández". El Cónsul abrió la puerta de su residencia sin inquirir sobre la presencia allí de un extraño. Tampoco hizo nada por evitar que ese extraño presenciara la entrega de cocaína que tuvo luego lugar. El mensaje de la Corte es que esa conducta del Cónsul no equivalió a la demostración de una razonable expectativa de privacidad. Su "consentimiento" al procedimiento es entonces válido.

Estamos ante un criterio que, por su flexibilidad, tiene la ventaja de permitirnos distinguir situaciones distinguibles. Piénsese el caso de un ingreso domiciliario en el que un policía de civil apareciera en compañía del portero que lo presenta a aquél como su ayudante, o alguna otra técnica destinada a vencer la voluntad del ocupante del inmueble. En vez de ponerse a pensar si éste es o no un caso de mentira o engaño similar al del caso "Fernández", lo prioritario sería ver en qué medida el titular del derecho de exclusión ha mantenido o no, con su conducta, la demostración de una razonable expectativa de privacidad. Si lo ha hecho, estaremos entonces en presencia de un "consentimiento" viciado y por ende inválido.

7. *OTRAS AREAS DE INTIMIDAD.*

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Vimos que la Constitución a través del art. 18 asegura la inviolabilidad del "domicilio", "la correspondencia epistolar y los papeles privados". Ahora bien, si el texto constitucional hace mención sólo de lo anterior, ¿es po-

sible pensar en interpretaciones extensivas de esa fórmula, de manera de considerar también “inviolable” el interior de un automóvil o el de un armario? ¿Es esa aplicación extensiva posible, o implicaría más bien caer en el denominado “activismo judicial”?⁴⁹.

A continuación veremos algunos casos tocando esta cuestión. Al final, intentaré esbozar una teoría que pueda servir de guía para posibles casos futuros.

7.1. *La postura de la Corte.*

Casos sobre automóviles

a) Con fecha 26/2/91 la Corte Suprema dictó sentencia en el caso “Fabro”, LL, 1991-E-351 (con comentario de Nemesio González). Los hechos fueron los siguientes. Los imputados habían sido descubiertos por personal policial ocupando un automóvil, en una zona del interior del país próxima a un prostíbulo. Según la versión de los imputados, los policías procedieron sin más a requisar el automóvil, en cuyo interior apareció la cédula de identificación del vehículo, la cual luego se determinó era falsificada. Por esa falsificación fueron sometidos a proceso. Durante el juicio los imputados plantearon la nulidad del secuestro del documento, por no haber existido una orden judicial previa.

⁴⁹ En dos trabajos previos cuyas conclusiones centrales intentaré resumir aquí, hice ya algunas consideraciones sobre este tema. Esos trabajos son: *Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra*, LL, 1993-C-752 y *¿Derecho constitucional a la intimidad más allá del domicilio y los papeles privados?*, comentario al caso “Ayala”, JA, 1991-III-6. Para un estudio profundo sobre tendencias de “activismo” en la Corte Suprema argentina y su paralelo con la norteamericana, ver Morello, A., *La Corte Suprema en acción*. Un excelente trabajo alineando posturas “conservadoras” y “liberales” de los tribunales argentinos puede encontrarse en Borinsky, *Derecho Penal y política judicial*, LL, 1989-C-535, nota a fallo n° 87.603.

Los oficiales de policía dieron en sus declaraciones una versión distinta de los hechos. Dijeron que el documento les fue entregado voluntariamente por los imputados, luego de que los policías requirieran su exhibición.

Al parecer, el planteo constitucional de los acusados fue bastante genérico, haciéndose en él una mención global de las garantías del art. 18 de la Constitución.

La Corte desechó el agravio con una doble fundamentación. Por un lado, dijo que la cédula del automotor sequestrada: “no puede considerarse como uno de los papeles privados que ampara el art. 18 de la Constitución, ya que se trata de un instrumento público que, por imperativo legal, debe ser exhibido cuando lo exija la autoridad competente” (consid. 7º, *in fine*, citas omitidas).

Por otro lado, la Corte afirmó que aun cuando la versión de los imputados acerca de la requisita del interior del automóvil fuera cierta:

...El recurrente no ha demostrado que las reglas procesales invocadas referentes al registro domiciliario y a la requisita personal, tanto locales como nacionales, sean aplicables a la inspección de un automóvil⁵⁰... El apelante ni siquiera realizó un mínimo esfuerzo por convencer a los jueces de que la situación de hecho encontraría amparo en la cláusula constitucional que citó. (Consid. 8º).

b) Con posterioridad, en el caso “Aguirre y otros s/falsificación” (R.E. A-643, XXIII, sentencia del 23/6/92), la

⁵⁰ La actual redacción del Código Procesal Penal según ley 23.984 tal vez ayude a futuros planteos del tipo del realizado en “Fabro”. Según el texto del art. 224 la necesidad de orden judicial para un registro se extiende a los casos en que “...hubiere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito...”. Es posible que el empleo de la palabra “lugar”, en vez de “domicilio” como se hablaba en el texto derogado (ver art. 188), facilite en lo sucesivo la equiparación pretendida.

Corte reiteró un criterio similar. La policía había secuestrado, sin orden judicial, documentos robados del interior del baúl de un automóvil, también robado, que uno de los procesados usaba. Al momento del secuestro el vehículo estaba estacionado en la playa aledaña a un hotel donde dicho procesado estaba hospedado, en compañía de una co-procesada.

Con invocación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio se planteó la nulidad del referido secuestro. El impugnante sostuvo que el concepto de “domicilio” no debía considerarse restringido a la habitación ocupada por los pasajeros, lo que había motivado la anulación de los secuestros también practicados sin orden en ese lugar. El recurrente argumentó asimismo que tal anulación debía también alcanzar a “sus dependencias, anexos y prolongaciones”, entre los que cabía incluir la cochera.

Desechado el planteo en las instancias inferiores, el caso llegó a la Corte. Esta confirmó la sentencia condenatoria. En su fallo la Corte dijo que el recurrente no había demostrado suficientemente que una cochera ubicada en una playa común a todos los clientes, y para cuyo acceso bastaba la conformidad del dueño del establecimiento, estuviese comprendida en el concepto de domicilio del art. 18 de la Constitución⁵¹.

En la parte final del fallo, sin embargo, la Corte dio a entender que de haberse tratado de una cochera privada, resguardada bajo llave y funcionalmente anexada a la habitación del hotel, el resultado pudo haber sido diferente.

⁵¹ Con un razonamiento análogo la Corte, en el caso “Bredeston”, *Fallos-CSJN*, 311:2790, había señalado que una requisita practicada en las instalaciones de un club “constituye un procedimiento en lugar público que, por sus características, no se encuentra amparado por la garantía de la inviolabilidad del domicilio”.

c) Los casos anteriores muestran a la Corte en una actitud, si se quiere, de cautela. En efecto, parece que ella ha preferido esperar la aparición de algún caso futuro, a fin de decidir si la requisita policial de un automóvil, y la utilización como prueba en contra del imputado de los elementos incriminatorios que se obtengan, constituyen o no cuestiones constitucionales de entidad.

En el interín, le ha recriminado a los recurrentes no haber hecho esfuerzos serios por demostrar la aplicación de alguna de las garantías del art. 18 de la Constitución. Pero paralelamente, ha indicado (en "Fabro"), que una cédula de automotor no es, ni puede asimilarse, a uno de los "papeles privados" cuya inviolabilidad la Constitución consagra.

7.2. *Criterios más amplios de otros tribunales.*

Cofres cerrados, cartas privadas y conversaciones telefónicas

a) La Cámara del Crimen de la Capital, por su Sala IV, se pronunció en la causa "Ayala", LL, 1990-E-543, sobre cuestiones de suma importancia con relación a la garantía en examen.

Allí dos empleados de ferrocarriles fueron acusados de los delitos de robo y encubrimiento. Los objetos sustraídos consistían en unos borceguíes pertenecientes a un compañero de trabajo de aquéllos. Los mismos habían sido encontrados por personal policial en un procedimiento llevado a cabo en el interior de un cofre, con candado, asignado a uno de los procesados por la empresa, para la guarda de sus efectos personales. Durante el proceso la defensa de Ayala planteó la nulidad del procedimiento de secuestro de los objetos, por falta de orden judicial.

Aun cuando los procesados fueron en definitiva condenados sobre la base de otras pruebas, la Cámara hizo lugar a la nulidad solicitada. Dijo así que:

...Si bien el cofre asignado por la empresa no constituye morada, habitación o vivienda y consecuentemente no parece a simple vista encuadrar en el concepto de domicilio, no debe olvidarse el objeto o fin perseguido por el orden jurídico al tutelar a éste, v.gr., resguardar el ambiente en el que el hombre se desenvuelve, otorgándole así una esfera de privacidad e intimidad para el desarrollo normal de su personalidad sin interferencias ajenas. De este modo, el concepto de domicilio, y el consecuente requisito procesal de la orden judicial de allanamiento para el acceso de la autoridad, no deben interpretarse restrictivamente, en tanto tienden a hacer efectivas garantías constitucionales (art. 18, Const. Nacional).

En apoyo de este criterio el tribunal agregó que el hecho de que los cofres se mantuvieran cerrados con candado “evidencia la voluntad de exclusión del usuario”, razón por la cual “estos recintos privados deben recibir la misma protección que el domicilio, y consecuentemente, era necesaria la orden de allanamiento para su apertura”.

b) En el caso “Pierro”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, JA, 1992-I-443, se decidió que ciertas cartas privadas que habían sido secuestradas por la policía, sólo podrían haber sido leídas por el juez de la causa y no por los funcionarios policiales.

En apoyo de esa decisión el tribunal invocó la garantía de la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, componentes estos esenciales —afirmó— “de la libertad de intimidad o del derecho a la privacidad”.

c) Por último, en el caso “Guzmán s/hurto reiterado”, CNCrim., Sala II, sentencia del 16/5/89, c. 35.688,

el lector puede encontrar la muy fundada disidencia del doctor Vázquez Acuña, sosteniendo la nulidad del procedimiento si la *notitia criminis* fue obtenida mediante la intromisión ilegal en una conversación telefónica del imputado. En dicha disidencia se invocó principalmente el derecho a “la expectativa de intimidad”, como derivación de los arts. 18 y 33 de la Constitución, y con apoyo en convenciones internacionales y en jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

7.3. *Desarrollo de una teoría.*

La razonable expectativa de privacidad

La postura cautelosa de la Corte en los casos “Fabro” y “Aguirre” podría indicar un deseo de no extender la protección constitucional, más allá del lenguaje expreso de la Carta Magna. Por supuesto una postura tal tendría la ventaja de marcar a los jueces pautas claras y concretas para su accionar. Así, si la Constitución en el art. 18 habla de “domicilio, papeles privados y correspondencia epistolar”, entonces no hay razones para incluir en esa protección a automóviles o cofres, ni tampoco a cédulas de automotor falsas o a borceguíes robados.

El problema con esta interpretación es que deja sin tutela constitucional cosas tan trascendentes como las conversaciones telefónicas, un portafolio, o el armario que una persona pueda tener asignado en un club. La consecuencia sería que un policía puede husmear legítimamente en tales ámbitos, sin necesidad de recurrir a un juez, y sin importar la razonable expectativa de privacidad que un habitante pueda haber exhibido al respecto.

Frente a esta postura, creo que es posible contraponer con buenos fundamentos otra, que se desprende de la línea de casos resueltos por los tribunales inferiores

reseñados en el punto anterior. Su desarrollo sería más o menos éste.

A través de fórmulas tales como la que protege la inviolabilidad del domicilio (art. 18, Const. Nacional), o la que señala que "*Las acciones privadas de los hombres... están exentas de la autoridad de los magistrados*" (art. 19, Const. Nacional), nuestra Constitución ha consagrado ámbitos de privacidad que, con distintos matices, quedan protegidos de una indiscriminada invasión estatal. Sobre bases equivalentes, la Corte de "Fiorentino" (*Fallos-CSJN*, 306:1752), habló en su momento del "derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante, correlativo del principio general del art. 19" (consid. 5º).

Pero ese análisis debe además tomar en cuenta otras cláusulas constitucionales de interés. Por un lado, la Constitución ha declarado también inviolables "la defensa en juicio de la persona y de los derechos" (art. 18). Dentro de los derechos de una persona, ya sea como derivación del de la propiedad o como un derecho autónomo a la intimidad, creo podría incluirse sin esfuerzo el derecho a que se respeten por el Estado aquéllos ámbitos privados donde sus titulares han exhibido un interés en que así se mantengan.

Por último, no debe olvidarse tampoco que los derechos constitucionales explícitamente mencionados por la Carta Magna no importan la negación de otros no enumerados, según la fórmula del art. 33 de ella⁵².

⁵² En el artículo doctrinario *Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra*, citado *supra*, nota 49, hice un desarrollo más detallado de los alcances de la fórmula del art. 33 de la Const. Nacional expliqué así que a partir del mismo y de las otras cláusulas constitucionales mencionadas, es posible pensar en la existencia de principios "uniformadores" que sirven co-

Ahora bien, para que el ámbito de privacidad al que hice referencia sea uno digno de tutela, será necesario por un lado —según dije— que el individuo se haya comportado de manera tal de exhibir un interés en mantenerlo. Al mismo tiempo la expectativa de privacidad deberá ser una que el Estado esté dispuesto a reconocer como razonable.

Para ejemplificar, una conversación telefónica trae aparejada —con independencia de su contenido— una razonable expectativa de que sólo estamos siendo escuchados por nuestro interlocutor, y no por un mitin de policías que comentan sobre nuestra actividad, gustos y preferencias. De allí que sea lógico pensar que sólo con orden judicial podrá procederse a su interceptación.

Pero si mi conversación no es telefónica sino en un bar, y la mantengo a un volumen tal que permite que un desconocido a mi lado la escuche, ciertamente no podré luego decir que mantenía una razonable expectativa de privacidad en una conversación sobrellevada casi a los gritos. Ahora, si mi conversación a bajo volumen es escuchada con un micrófono que la policía ha colocado debajo de la mesa, la situación será asimilable a la de la charla telefónica. En ese caso debería ser un juez el facultado a tomar, de manera privativa, la decisión de ingresar en ese ámbito de mi privacidad.

Creo que este criterio de la “razonable expectativa de privacidad” puede ser útil para resolver algunos de los casos planteados en los puntos anteriores⁵³.

mo escudos de protección, para que las garantías explícitas de la Carta Magna adquieran un mayor grado de vigencia y aplicación.

⁵³ El criterio de la “razonable expectativa de privacidad” es el que ha prevalecido en los Estados Unidos. Su formulación fue hecha por la Corte federal en el caso *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967). El ha permitido, por ejemplo, resolver que un individuo sí tiene una ra-

El caso de los cofres con candado, en mi opinión, fue bien resuelto por la Cámara del Crimen. Creo que es notoria y razonable la expectativa de privacidad de un empleado en que ningún agente policial hurgará, sin orden judicial previa, en el cofre que, con candado incluido, su empleador le ha asignado para la guarda de sus efectos personales. Otro tanto puede decirse de las hipótesis del armario del club o del portafolio. Existe en ellos una lógica expectativa de no injerencia estatal, a falta de una buena razón para que un juez disponga que ella puede ser invadida.

Los casos sobre automóviles, para concluir, presentan una dificultad adicional. Si bien creo que la expectativa de privacidad en el interior de un automóvil es razonable (la policía no debería en principio forzar la puerta de acceso a un automóvil sin razón aparente y sin orden judicial), el problema lo plantea la evidente movilidad del vehículo. Esa obvia movilidad hace que si se va a buscar la orden judicial, probablemente al volver con ella el agente policial, el automóvil se haya ido.

Salvo el caso que desde el exterior el policía viera algo que lo persuade de la necesidad de actuar inmediatamente (por ejemplo, un arma), creo que la regla debería ser la exigencia de orden judicial, pudiéndose siempre dejar una consigna policial junto al vehículo, mientras se tramita la orden. Por supuesto al tramitarla el

zonal expectativa de privacidad en sus conversaciones telefónicas (*Katz*), pero no la tiene en los objetos que expone en el jardín de su casa y que sean visibles desde un avión (*California v. Ciraolo*, 476 US 207 (1986)), o en los objetos dejados en un tacho de basura, frente a su domicilio (*California v. Greenwood*, 486 US 35 (1988)). Sobre esa base se ha requerido orden judicial para la interceptación de las conversaciones telefónicas, pero no para el secuestro de objetos comprendidos en los dos últimos supuestos.

oficial de policía debe explicar al juez de turno qué razones lo llevan a sospechar que la requisita del automóvil será fructífera.

Pero en todo caso, la decisión de convalidar una requisita de automóvil sin orden judicial previa, sostengo, deberá fundarse en el peligro de que la prueba buscada se pierda por la inherente movilidad del vehículo. No debería basarse, en cambio, en que su poseedor u ocupante carece de derecho constitucional en mantener el interior del mismo a distancia del ojo fiscalizador del Estado⁵⁴.

⁵⁴ Para un criterio equivalente en los Estados Unidos ver *Chambers v. Maroney*, 399 US 42 (1970). La llamada "excepción del automóvil" a la regla de necesidad de orden judicial para una requisita ha tenido en los Estados Unidos muchísimo desarrollo. La idea prevaleciente es que si la policía ha detenido legalmente al conductor del vehículo, o el vehículo ha sido legalmente incautado por alguna infracción a ordenanzas municipales, entonces la requisita es válida. Ver, entre otros, *Colorado v. Bertine*, 479 US 367 (1987) y *South Dakota v. Opperman*, 428 US 364 (1976).

CAPITULO VII

DECLARACION CONTRA UNO MISMO

1. *FORMULACION CONSTITUCIONAL*

El art. 18 de la Constitución Nacional dice también que “...*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...*”. Este lenguaje guarda gran similitud con el usado en la Carta Magna de los Estados Unidos, la que, en su Enmienda V, establece que “nadie será obligado a ser un testigo contra sí mismo”.

Si bien es cierto que los sistemas de justicia criminal de ambos países son diferentes, lo que explica sus distintos desarrollos, existe un área en la que particularmente nuestro sistema y el norteamericano han tomado hasta el presente rumbos casi irreconciliables: el área de los interrogatorios policiales. Según veremos más adelante, en el nuestro la garantía constitucional en examen pareció perder al menos hasta ahora su aplicación y efectividad en forma sustancial, sin que se advirtiera en nuestros tribunales un criterio uniforme en relación con este tópico.

Esto último, con el agravante de que en oportunidades es posible percibir además en ellos la ausencia casi total de una actitud realista.

2. LA GARANTIA EN EL AMBITO JUDICIAL

2.1. Declaraciones bajo juramento

Este aspecto de la garantía en examen fue tratado por la Corte en uno de sus primeros pronunciamientos. En “Mendoza”, *Fallos-CSJN*, 1:350, el procesado fue citado por el Fiscal a absolver posiciones bajo juramento. Pese a su protesta el juez le ordenó a Mendoza prestar declaración en esos términos, lo que dio lugar a un planteo de nulidad.

La Corte hizo lugar a la nulidad impetrada. Dijo así refiriéndose a la orden judicial de recibirle a Mendoza declaración bajo juramento, que:

...este mandado (sic) judicial... es contrario al art. 18 de la Constitución Nacional que dice en una de sus cláusulas: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y que por consiguiente (la orden judicial) adolece de una nulidad absoluta.

Una cuestión similar se planteó en el caso “Diario El Atlántico”, *Fallos-CSJN*, 281:177. Allí el director de ese diario fue citado a una audiencia por un Juez de Menores, procediéndose a recibirle declaración bajo juramento sobre su eventual responsabilidad en una publicación pretendidamente ilícita relativa a un menor. Inmediatamente después de concluida la audiencia, el director del diario fue condenado por el Juez de Menores a una pena de arresto de diez días, condena que se basó principalmente en los dichos vertidos durante la audiencia. Agotadas las vías ordinarias, la sentencia fue recurrida ante la Corte por la vía del recurso extraordinario.

La Corte revocó. Con cita de “Mendoza”, el Alto Tribunal dijo que la garantía en examen había sido afectada, puesto que:

...el juramento entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra.

Dicho fallo agregó que “la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad”¹.

La Corte tuvo también oportunidad de reafirmar aspectos vinculados a esta garantía en el caso “Rodríguez Pamias”, *Fallos-CSJN*, 227:63. En el mismo, un Juez de Instrucción había dispuesto el libramiento de un exhorto a fin de que un juez de otra jurisdicción examinara a un testigo. Al advertir el juez exhortado que las preguntas que debía formularle al testigo eran en realidad imputaciones sobre su supuesta participación en un delito, se negó a cumplir con el acto.

Llegado el conflicto a la Corte, el Alto Tribunal compartió los fundamentos del juez exhortado. Afirmó así que:

...la prohibición de obligar a una persona a declarar contra sí misma se ve violada si se interroga como testigo, bajo juramento de decir verdad, a la persona que según el interrogatorio aparece como sospechada de ser autor o cómplice de los supuestos hechos que se trata de esclarecer.

¹ El sistema norteamericano tiene también en este punto sus diferencias. Aun cuando el Fiscal no puede exigir la comparecencia del acusado como testigo durante el juicio, si éste así lo desea puede testificar en su favor. En tal caso, sus declaraciones serán recibidas bajo juramento como cualquier otro testigo, estando sujeto a repreguntas de la parte contraria y a penalidades por falso testimonio.

2.2. *Identificación en rueda de presos e intimación a entregar documentación*

En algunos otros pronunciamientos la Corte ha ido limitando el campo de aplicación de esta garantía, siempre dentro del ámbito del procedimiento judicial.

En “Cincotta”, *Fallos-CSJN*, 255:18, fue sentado el principio, con invocación de precedentes de los Estados Unidos, de que la identificación en rueda de presos “no resulta violatoria de la cláusula que veda la exigencia de declarar contra sí mismo”².

El fundamento dado en los Estados Unidos es que la garantía contra la autoincriminación se refiere a las “comunicaciones verbales” del imputado, y no abarca cosas tales como pedirle que camine de determinada manera, se preste a la extracción de huellas digitales, a la obtención de un mechón de su pelo, etc. En la parte final de este capítulo analizaré estas cuestiones en más detalle, junto con la validez constitucional de las llamadas inspecciones corporales.

Otro caso de interesantes características es el publicado en *Fallos-CSJN*, 249:530. Allí a raíz de una denuncia por el delito de estafa, el denunciado fue intimado por el Juez de Instrucción actuante a que hiciera

² Este principio fue luego reafirmado en “Schuster”, *Fallos-CSJN*, 300:894 —S—. Un planteo interesante vinculado a estas cuestiones se dio más recientemente en el caso “M. M. E.”, resuelto por el Tribunal Supremo de la provincia de Neuquén, *ED*, ejemplares del 6 y 7/9/88, fallo 41.003. Allí el tribunal debió pronunciarse sobre la responsabilidad penal de la mujer que consiente un aborto, cuando la *notitia criminis* se obtiene por vía del médico a quien la mujer recurre luego del aborto, para hacerse atender por las consecuencias de éste. En el voto del doctor Iribarne pueden encontrarse fundadas consideraciones, con cita de jurisprudencia nacional y comparada, de por qué la revisión del cuerpo de una persona no es asimilable a la obtención de declaraciones en su contra (ver consid. 19).

entrega de la documentación en su poder relativa a las operaciones tildadas de defraudatorias. En base a esa documentación el magistrado decretó el procesamiento del denunciado. Ante ello su defensor planteó por vía de incidente la nulidad del requerimiento a presentar tal documentación, la del auto de procesamiento y la de los actos complementarios. Invocó para ello la doctrina emanada del caso *Boyd* en los Estados Unidos, en el cual se entendió que un requerimiento a producir pruebas inculpativas dirigido al acusado equivalía a compelerlo a declarar contra sí mismo³.

La Corte desestimó el planteo en forma sumarísima, afirmando que la resolución apelada no constituía sentencia definitiva. Agregó además que la invocación de garantías constitucionales no bastaba para obviar la falta de aquel requisito.

Dentro de esta categoría de pronunciamientos en los que el Alto Tribunal ha limitado el alcance de la garantía en examen, cabe mencionar el recaído en “González Bonorino”, *Fallos-CSJN*, 300:610 —S—. En el mismo la defensa había interpuesto recurso extraordinario contra la sentencia condenatoria que hiciera alusión, como elemento desfavorable al procesado, a la negativa de éste a prestar declaración indagatoria en un primer momento.

La Corte desestimó el recurso. Afirmó que la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo no resultaba violada por el pronunciamiento que, a los efectos de descalificar las exculpaciones del acusado, computó toda suerte de probanzas directas, indirectas y circunstanciales.

³ Con igual criterio fue luego resuelto en ese país el caso *Schmerber v. California*, 384 US 757 (1966).

El criterio emanado de este fallo resulta difícil de compatibilizar con el principio procesal según el cual la negativa a declarar no hace presunción en contra del procesado⁴. Si como la Corte afirmó en este caso, el sentenciante pudo válidamente utilizar esa negativa a declarar como elemento descalificador de las exculpaciones de aquél, parece imposible poder adjudicarle a ese principio rango constitucional⁵.

2.3. *Testigo que declara falsamente para no inculpinarse*

De la garantía constitucional en examen nuestros tribunales han derivado el siguiente principio. Aun cuando la cuestión parece no haberse presentado ante la Corte, diversos tribunales inferiores han sentado el criterio de que la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo protege al testigo que declara falsamente a fin de no inculpinarse.

En efecto, a través de numerosos pronunciamientos dichos tribunales han entendido que:

...si de las preguntas formuladas en juicio puede derivar responsabilidad personal para el testigo, ha de entenderse

⁴ En el ordenamiento procesal anterior para la Nación, cfr., art. 239; en el vigente, art. 298.

⁵ El principio expuesto en ese caso parecería adherir al vigente en el Derecho francés, por el cual resulta permitido computar como elemento de cargo en contra del acusado su negativa a prestar declaración. Cfr., Tomlinson, *Non adversarial justice, the french experience*, 42 Maryland Law Review 131, (1983). En el Derecho norteamericano cualquier comentario, ya sea por el Fiscal o por el tribunal, relativo al silencio del acusado, ha sido considerado como violatorio del principio constitucional que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma. Cfr., *Griffin v. California*, 380 US 609 (1965).

*que declara en causa propia y por lo tanto no le es exigible la verdad de los hechos sobre los que versa el interrogatorio*⁶.

2.4. *Exhortación al imputado a decir la verdad*

Una situación dudosa se planteó más recientemente en el caso “Schoklender y otro”, *Fallos-CSJN*, 311:345.

En esa causa el procesado Pablo Schoklender argumentó que la declaración indagatoria prestada por su hermano Sergio, y que lo incriminaba, había sido obtenida en transgresión a la garantía constitucional en examen. Basó su agravio en que esa declaración fue llevada a cabo en dependencias policiales, donde se constituyó el juez de la causa, y en que éste había presionado al declarante al decirle que: “mi deseo, mi pedido sería que usted declarara, pero... si usted no lo quiere hacer no hay ningún impedimento...”

La Corte consideró el recurso formalmente procedente, por entender que involucraba “planteos referentes a la supuesta violación a la garantía constitucional del debido proceso” (consid. 2º)⁷.

Sobre el fondo del asunto, y con parquedad, señaló que la decisión del Juez de Instrucción de recibir decla-

⁶ CNCrim., Sala IV, 3/5/66, “Montero”, *LL*, 123-628. Además los casos: “Tomljenovic”, *LL*, 140-700; “Anselmo c. García”, *JA*, 1937-59-294; “Buckart”, *JA*, 1946-III-95. Para más desarrollos sobre este punto, cfr., Levene (h), *El delito de falso testimonio*.

⁷ Considero saludable que la Corte no haya recurrido a su confusa caracterización de que estamos ante cuestiones de hecho y prueba de éstas que, como regla, inhabilitarían la instancia extraordinaria. Lo que no veo tan claro es por qué prefirió hablar de “debido proceso”, en vez de echar mano a la cuestión federal más nítida que derivaría de una eventual violación a la garantía que veda las declaraciones compulsivas en causa penal.

ración indagatoria al acusado en dependencias policiales no autorizaba por sí sola para considerar a esa declaración violatoria de la garantía del art. 18 de la Constitución. El Alto Tribunal agregó que el magistrado interviniente le había hecho conocer al declarante su derecho constitucional a negarse al acto, “por lo que la citada declaración indagatoria... ha cumplido con el requisito constitucional de emanar de la libre voluntad del encausado” (ver consid. 6º).

Del dictamen del Procurador surge con más claridad que efectivamente, y en dos oportunidades, el magistrado le había hecho saber al declarante sus derechos, con lo que, muy probablemente, sea real que la declaración cuestionada fue voluntaria. Pero de todas maneras, mi impresión es que la Corte debió haber sido más explícita acerca de qué casos de urgencia autorizarían la práctica de tomar la declaración judicial del detenido en sede policial, atento a la importancia de este acto procesal.

Paralelamente, creo que el fallo del Alto Tribunal debió haber incluido alguna referencia tendiente a desalentar a los magistrados a que de cualquier forma exhorten a los acusados a renunciar a su derecho de negarse a prestar declaración.

Posteriormente, en el caso “Agüero Corvalán”, *Fallos-CSJN*, 312:2146, la Corte hizo explícito su criterio de que exhortar a un imputado a decir la verdad no es violatorio de garantías constitucionales.

Este caso tramitó bajo la órbita de la Justicia Militar. Durante la instrucción el juez militar, por aplicación de la norma del Código de Justicia Militar que lo autorizaba a ello, exhortó a los imputados a decir la verdad⁸.

⁸ El art. 237 del Cód. de Justicia Militar dice: “Las declaraciones se tomarán separadamente a cada una de las personas complicadas

Llegado el caso a la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, ésta anuló las condenas dictadas y declaró la inconstitucionalidad de la norma referida.

Interpuesto por el Fiscal de Cámara recurso extraordinario, la Corte revocó. Con invocación de los casos “Mendoza” y “Diario El Atlántico”, dijo que lo que la Constitución rechaza es cualquier intento de obligar a un imputado a declarar en su contra, y que “la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado”.

Analizando ya la norma del Código de Justicia Militar cuestionada, el Alto Tribunal se pronunció por su validez señalando que la misma, “además de garantizar al procesado la posibilidad de negarse a declarar, ...excluye expresamente la posibilidad de exigirle juramento o promesa de decir verdad, y simplemente hace referencia a una eventual exhortación a producirse con ella” (consid. 8º).

Los dos casos precedentes analizaron cuestiones dudosas. La Corte terminó en ambos afirmando la validez de las condenas dictadas, resaltando la circunstancia de que a los imputados se les había hecho conocer su derecho a negarse a declarar. De tal manera, razonó la Corte, quedó garantizado que las declaraciones prestadas fueran expresión de la libre voluntad del encausado.

Poner el énfasis en la voluntariedad de las declaraciones tiene desde ya sus bemoles, según veremos al referirnos al funcionamiento de la garantía en el ámbito extrajudicial. Particularmente, creo que no habría inconveniente en que ése fuera el *standard* para juzgar la validez de declaraciones prestadas ante los jueces,

en el delito o falta, y no podrá exigirse juramento o promesa de decir verdad, aunque puede exhortárseles a que se produzcan con ella”.

en la medida en que al imputado le quedara muy claro que él no tiene ninguna obligación de declarar, que no hacerlo no perjudica sus posteriores chances de demostrar su inocencia, y que esa negativa tampoco afecta otros derechos suyos tales como, por ejemplo, la obtención de una excarcelación.

Pero para ello, sería de suma importancia que se le reconociese jerarquía constitucional tanto al derecho del imputado de negarse a declarar, como a la obligación del juez de comunicarle al imputado ese derecho. Ese, recuérdese, fue uno de los fundamentos centrales del caso “Schoklender” analizado anteriormente, en el que la Corte enfatizó que por lo menos en dos oportunidades el juez le había hecho saber al procesado su derecho de negarse a declarar.

Según veremos a continuación una jerarquía de esas características fue negada por la misma Corte cuando fue llamada a resolver, en la misma causa “Schoklender”, la situación procesal de otro de los procesados.

2.5. No hacerle saber al imputado su derecho a negarse a declarar

El recurso extraordinario de Sergio Schoklender contra la sentencia que le impuso prisión perpetua por su participación en el homicidio calificado de sus padres, fue resuelto por la Corte Suprema el mismo día en que rechazó el recurso que había interpuesto su hermano Pablo. La sentencia dictada por la Corte respecto de Sergio Schoklender aparece publicada en *Fallos-CSJN*, 311:340.

El defensor de este procesado había planteado la nulidad de la confesión judicial prestada, señalando que en el acta labrada en oportunidad de la indagatoria no

constaba que se le hubiere hecho conocer al imputado su derecho a negarse a declarar.

La Corte desechó este agravio en forma sumaria. Dijo así que:

...Un examen del acta... donde consta la declaración indagatoria del acusado, permite concluir que el magistrado actuante dio cumplimiento en dicha ocasión con el mandato constitucional de que nadie debe ser obligado a declarar contra sí mismo, toda vez que en la citada actuación consta que el procesado no se opuso a que se le tomara declaración indagatoria... Lo dicho permite concluir que la mencionada declaración... ha cumplido con el requisito constitucional de emanar de la libre voluntad del nombrado. (Consid. 4º, con cita del precedente de "Diario El Atlántico").

Este criterio de la Corte no puede dejar de causar una honda preocupación. Al parecer, lo constitucionalmente exigible es que se le brinde al imputado la posibilidad de "oponerse" al acto, sin que exista obligación ninguna de *comunicarle* que él goza de ese derecho. A eso habría quedado reducida esta garantía en el ámbito judicial. A los jueces les está vedado compeler a un imputado a declarar. Ausentes evidencias de una compulsión tal, la confesión que se obtenga será válida, sin importar el grado de ignorancia que el imputado pueda haber tenido acerca de que le asistía algún derecho de negarse a suministrar pruebas en su contra.

3. LA GARANTIA EN EL AMBITO EXTRAJUDICIAL

3.1. Las declaraciones policiales "espontáneas".

Interpretación inicial

Una de las razones esgrimidas por los defensores de los sistemas que, como el nuestro, estructuran la figu-

ra de un Juez de Instrucción para la investigación de los delitos, es que la presencia de este magistrado desde los primeros momentos del procedimiento implica una garantía de la legalidad de tales procedimientos⁹.

Seguramente siguiendo consideraciones de este tipo, el Código Procesal Penal, tanto en su versión anterior como en la sancionada según ley 23.984, determinan que una vez cumplido un arresto la persona detenida debe ser puesta “inmediatamente a disposición del juez competente” (en el Código vigente, ver art. 286 que consagra la obligación del policía que ha practicado una detención sin orden judicial, de “...presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis horas ante la autoridad judicial competente”).

Seguramente también por las mismas razones, entre las obligaciones y facultades acordadas a los agentes de policía no figura la de tomar declaración a la persona detenida¹⁰. Esa declaración, de acuerdo a nuestro esquema, debe ser tomada por el juez inmediatamente luego de encontrarse el detenido “a su disposición”.

Sería ingenuo negar que, pese a esta aparente intención del legislador, en el ámbito de la Capital Federal la policía desarrolló durante muchísimos años la costumbre de tomar declaraciones a las personas detenidas, declaraciones que pasaron a tener el nombre de “es-

⁹ Sobre esta y otras alegadas ventajas de los sistemas en los cuales la investigación de los delitos es confiada a un funcionario judicial, cfr., Weinreb, *Denial of justice*.

¹⁰ En el Código anterior, cfr., arts. 4º y 184. El Código vigente trae una prohibición expresa a continuación del art. 184, inc. 9º. Allí dice que los funcionarios de la policía “...no podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad...”, previa lectura de ciertos derechos que el nuevo ordenamiento procesal confiere a los imputados. Luego examinaré las dificultades emergentes de este régimen.

pontáneas”. También sería ingenuo negar que, dada la estricta privacidad que rodeaba a estas declaraciones, era imposible determinar el real grado de “espontaneidad” con que los detenidos se pronunciaban en las dependencias policiales¹¹.

Ahora bien, en los primeros casos en que la validez constitucional de estas declaraciones policiales fueron cuestionada, nuestros tribunales tomaron en general una posición *sui generis*. Así, si bien en su mayoría afirmaron la validez de estas “espontáneas” —sin ahondar mayormente en su verdadera espontaneidad— a tales declaraciones les fue acordado un *status* inferior al de la confesión judicial. Por otro lado, a los efectos de poder obtener la nulidad de una “espontánea” por violatoria de la garantía constitucional en examen, nuestros tribunales exigieron a quien la invocaba un requisito de casi imposible cumplimiento, tal como algunos casos ilustrarán.

a) En “Quezada”, *Fallos-CSJN*, 185:75, el procesado había confesado ante la autoridad policial ser autor de un homicidio, retractándose luego ante el juez y afirmando que su anterior declaración le había sido extraída mediante castigos. En base a su confesión policial fue condenado en ambas instancias. La sentencia fue apelada por la vía del recurso extraordinario.

La Corte revocó la condena. Se basó para ello en que no existía técnicamente una prueba de confesión, de éstas cuya retractación deba sustanciarse en la forma prevista por la legislación procesal, y que por lo demás las manifestaciones originarias de Quezada no se en-

¹¹ En el ejercicio de la profesión de abogado he escuchado de clientes narraciones sumamente inquietantes al respecto.

contraban corroboradas por ningún otro elemento de prueba. En relación con la validez de este tipo de declaraciones policiales, la Corte dijo que:

...si bien puede admitirse, sobre todo en los territorios nacionales por la situación especial que crean las distancias y el aislamiento, que los funcionarios policiales puedan interrogar a los procesados a los fines de la investigación, las manifestaciones que hagan los procesados no tienen el valor de prueba de confesión, pues el Código sólo admite la confesión judicial y esta sólo puede ser prestada ante el juez competente y con los requisitos que aquél indica. Estas manifestaciones sólo pueden tener el valor de un indicio en cuanto concuerden con otros elementos de prueba.

b) En algunos otros pronunciamientos posteriores el Alto Tribunal reafirmó el valor indiciario que cabía reconocerle a la confesión policial, aun cuando ésta hubiese sido retractada, indicando además que a fin de destruir ese valor indiciario le corresponde *al procesado* probar que su declaración policial ha sido obtenida compulsivamente.

Estos principios fueron expuestos en el caso “Mansilla”, *Fallos-CSJN*, 217:1143. Allí, analizando el valor de una confesión retractada, la Corte dijo que: “el procesado se retracta ante el Juez de lo confesado ante la Policía invocando intimidaciones y violencias *que no están probadas* aunque de todos modos a la confesión retractada no puede atribuírsele valor probatorio si no está corroborada por otras constancias de la causa” (énfasis agregado)¹². En el caso “Díaz”, *JA*, 1935-51-6, la Corte

¹² En similar sentido, acordando a la confesión policial retractada el valor de indicio, ver lo resuelto por el Alto Tribunal en “Solís de Chaves”, *JA*, 1933-41-551; “Fiscal c. Torres”, *Fallos-CSJN*, 215:41 y más recientemente en “Paul”, *Fallos-CSJN*, 275:423.

había utilizado un lenguaje más fuerte, acordando a una confesión policial retractada por invocación de violencias y amenazas el valor de “presunciones graves”.

c) En “Colman”, *Fallos-CSJN*, 181:182, la Corte tuvo oportunidad de negarle todo valor a una confesión policial, sin exigirle al procesado la demostración de que su “espontánea” había sido extraída mediante violencia o coacción. En este caso un extranjero con mínimo dominio del castellano había confesado en dependencias policiales su supuesta participación en un delito, sin que en momento alguno se le ofreciesen los servicios de un intérprete. Al comparecer ante el juez de la causa Colman expuso, esta vez ayudado por un intérprete, que su anterior declaración policial había sido el producto de amenazas y violencias contra su persona. La Corte revocó la condena impuesta, afirmando que el procedimiento cumplido en sede policial se encontraba viciado de nulidad, y que la declaración así prestada no podía ser considerada siquiera como un indicio o presunción de culpabilidad.

La absoluta irregularidad policial de que da cuenta este caso permite suponer que la validez de tal “espontánea” habría sido desconocida por la Corte aun cuando Colman no hubiese invocado la existencia de intimidación. De allí que resulta difícil poder considerar al mismo como una excepción a los principios expuestos por el Alto Tribunal en los casos anteriores.

3.2. *Algunos criterios posteriores*

En los casos hasta aquí examinados, la Corte, si bien afirmó con algunas vacilaciones la validez de estas declaraciones “espontáneas”, al menos reconoció la existencia en ellos de una cuestión federal, otorgando así a

los afectados la revisión con base constitucional de la legalidad de los procedimientos.

En los casos que siguen veremos cómo la Corte, a través de una muy discutible postura similar a la vista al tratar la inviolabilidad del domicilio, desestimó sumariamente algunos planteos basados en la afectación de la garantía en examen, negándoles a los mismos su indiscutible rango constitucional.

a) En “Romano”, *Fallos-CSJN*, 259:69, una condena impuesta en las instancias ordinarias fue apelada ante la Corte, invocándose la violación del art. 18 de la Constitución Nacional. Concretamente, el procesado Romano alegó que se había ejercido violencia contra su persona, obligándolo así a confesar un delito que no había cometido¹³.

La Corte desestimó el recurso prácticamente *in limine*, afirmando que la sentencia apelada contenía fundamentos de hecho y de derecho común suficientes para sustentarla, por lo que no era revisable en la instancia extraordinaria. El Alto Tribunal entendió así que el recurso extraordinario *no debió siquiera haber sido concedido*.

Este criterio fue luego reafirmado en “Fiscal c. Nacif”, *Fallos-CSJN*, 303:2029. Allí, ante una sentencia condenatoria dictada por la Justicia Federal de Mendoza fue interpuesto recurso extraordinario invocándose, entre otros agravios, los apremios sufridos por los procesados al recibirseles declaración por la autoridad militar a cargo del sumario de prevención.

¹³ El procesado alegó, además, que se había afectado su derecho a nombrar abogado defensor, garantía ésta que será examinada en el capítulo siguiente.

La Corte declaró la improcedencia del recurso. Como si sólo se tratara de un planteo de arbitrariedad, dijo que el tema de:

...la validez de las declaraciones había recibido en el fallo apelado adecuado tratamiento... a través de consideraciones sobre la aplicación e interpretación de normas procesales.

b) En otros casos, la Corte ha soslayado el planteo constitucional sometido a su decisión, afirmando la existencia de fundamentos independientes que dan adecuado respaldo al fallo impugnado. Este fue el criterio enunciado en “Pichumil”, *Fallos-CSJN*, 302:574 —S—, en “Guzzeti”, *Fallos-CSJN*, 269:43 y en el caso “A. J. C.”, *ED*, 99-337.

Si bien la Corte repetidamente utiliza el criterio de afirmar la validez de un pronunciamiento cuando los aspectos no recurridos del mismo son suficientes para fundarlo¹⁴, es evidente que con ese criterio jamás se logrará en esta delicada área efecto disuasivo alguno de la arbitrariedad policial.

c) En otras oportunidades la Corte ha desestimado agravios relativos a la violencia policial en la obtención de declaraciones, valiéndose del equivocado rótulo con que ellos le han sido presentados.

En “Asensio”, *Fallos-CSJN*, 295:538, el procesado cuestionó la validez de su confesión prestada en sede policial alegando que la misma había sido el producto de coerción e intimidación. Desestimado el agravio en

¹⁴ Pronunciamientos de esta categoría pueden ser fácilmente ubicados en la voz *Recurso extraordinario*, bajo el rótulo “Sentencias con fundamentos no federales o federales consentidos”, en la colección de fallos de la Corte.

las instancias ordinarias, Asensio interpuso recurso extraordinario en el que hizo mención de la “arbitrariedad” del pronunciamiento condenatorio.

El Alto Tribunal declaró improcedente el recurso invocando el “carácter excepcional de la doctrina de la arbitrariedad”, afirmando además que los temas debatidos constituían “cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48”¹⁵.

d) Para concluir, mencionaré el caso “Chamudis”, *Fallos-CSJN*, 235:332, en el que la Corte tuvo oportunidad de volver sobre el criterio según el cual las anomalías sumariales se “curan” con la sustanciación de un plenario regular (ver *supra*, Cap. II, 5.3.).

Chamudis había alegado la nulidad de su confesión extrajudicial afirmando que la misma había sido prestada bajo presión. Sin embargo, durante la etapa de plenario no pudo producir prueba de sus afirmaciones. La Corte desestimó el recurso extraordinario basado en la violación de la garantía en examen. Dijo así:

¹⁵ Para un planteo similar de “arbitrariedad” ante una confesión policial alegadamente compulsiva, y un similar tratamiento de la Corte, cfr., “Lafuente”, *Fallos-CSJN*, 302:571 —S—. Allí el Alto Tribunal afirmó la inaplicabilidad de la doctrina de la arbitrariedad cuando por ella “se pretende el reexamen de cuestiones no federales”. El caso “A. J. C.” mencionado *supra* contiene también un planteo de arbitrariedad, que fuera desestimado por la Corte con fundamentos análogos.

Otro caso importante resuelto con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad fue “Salami”, *Fallos-CSJN*, 305:1333. En él la Corte revocó una sentencia condenatoria por “no ser derivación razonada del derecho vigente”, descalificando por esta vía indirecta las confesiones de los procesados, las que habían sido prestadas en el ámbito de un proceso militar que arrojaba fundadas sospechas de la voluntariedad de las mismas.

...que la cuestión fundada en la existencia de anomalías y deficiencias sumariales no guarda relación directa con el art. 18 de la Constitución Nacional, puesto que es evidente que hubo oportunidad posterior de remediar las conclusiones adversas al condenado que fueran producto de dichas deficiencias y anomalías (del dictamen del Procurador General al que el fallo remitiera).

3.3. El caso “Montenegro”

La examinada tendencia a desconocerle rango constitucional a los casos en que se discute la validez de “espontáneas” prestadas en forma compulsiva, fue dejada a un lado en el caso “Montenegro”, *Fallos-CSJN*, 303:1938.

En el mismo, Montenegro había sido condenado por el delito de robo ante los tribunales inferiores, habiendo constituido su confesión extrajudicial la base de las pruebas en su contra. Las constancias de la causa eran plenamente demostrativas, a este respecto, de los apremios a los que aquél había sido sometido en dependencias policiales previo a su confesión. Pese a ello, la Cámara consideró que la declaración prestada en tales condiciones constituía “una grave presunción en contra del acusado”. Interpuesto contra la sentencia condenatoria recurso extraordinario, la Alzada lo denegó por entender que versaba sobre “cuestiones de hecho y prueba propias de los jueces de la causa”.

Montenegro recurrió entonces en queja. La Corte comenzó por admitir la procedencia formal del recurso, afirmando que la discusión sobre la validez de una confesión extrajudicial obtenida mediante apremios ilegales constituía una cuestión federal. A continuación, el Alto Tribunal pasó a analizar una cuestión de suma importancia con posibles proyecciones, según se verá, a áreas diferentes a la de las confesiones extrajudiciales.

Al confirmar la condena impuesta en primera instancia, la Cámara había manifestado que si bien se habían comprobado lesiones en Montenegro demostrativas de la existencia de apremios, su declaración había permitido esclarecer un hecho ilícito¹⁶. En virtud de ello, la Corte dijo que la cuestión a analizar se reducía a “saber si la utilidad que los apremios prestaron para la investigación otorga validez a las manifestaciones que fueron fruto de ese medio ilegal”.

El Alto Tribunal se pronunció, entonces, por la invalidez de tales manifestaciones, *no obstante su aptitud objetiva como prueba de cargo*. Con cita de precedentes de la Corte de los Estados Unidos y, de principios consagrados desde la Asamblea de 1813, la Corte entendió que atribuirle a una declaración como la prestada por Montenegro siquiera valor indiciario, implicaba una violación de la garantía del art. 18 de la Constitución que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma. Además, agregó que:

...el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.

En síntesis, la Corte declaró mal denegado el recurso extraordinario, anuló la condena impuesta y ordenó a la Cámara el dictado de un nuevo pronunciamiento

¹⁶ Las manifestaciones de Montenegro en sede policial posibilitaron el posterior secuestro en su domicilio de los efectos robados.

que prescindiera de tomar como elemento de cargo esa confesión inválida¹⁷.

3.4. *Evolución posterior*

El caso recientemente examinado mostró un saludable vuelco en la jurisprudencia de la Corte, respecto de ciertos principios enunciados en los años anteriores. Por lo pronto, fue importante el reconocimiento del Alto Tribunal de que existía en autos una cuestión federal, abandonando así el peligroso criterio emanado de otros pronunciamientos reseñados en este capítulo. Además, otro aspecto importante del fallo fue ver cómo la Corte optó por declarar la inadmisibilidad de la declaración policial de Montenegro, pese a que, objetivamente, su confesión de haber participado en un delito se ajustaba a la realidad de lo ocurrido. Así, la Corte manifestó que de admitirse la validez de una declaración compulsiva, ello comprometería *la buena administración de Justicia*, para la cual resultaba contradictorio fundar una sentencia de condena sobre la ilegalidad policial¹⁸.

Esta exclusión de la confesión de Montenegro, por lo demás, significó el escalón inicial sobre el que pocos años después apoyaría la Corte su doctrina de invalidación de prueba obtenida como consecuencia de un allanamiento ilegal, de acuerdo a "Fiorentino" y demás

¹⁷ Montenegro fue en definitiva absuelto, por entenderse que las restantes pruebas incriminatorias eran insuficientes como para fundar una sentencia de condena. Ver CNCrim., Sala III, 9/3/82, LL, 1982-D-256.

¹⁸ Según vimos *supra*, Cap. IV, notas 15 y 42, un argumento similar fue utilizado por la Corte de los Estados Unidos al consagrar a la *exclusionary rule* como un ingrediente de rango constitucional en *Mapp v. Ohio*.

casos examinados en los capítulos anteriores. En ellos, la Corte repitió siempre el principio de que no correspondía convertir a la administración de Justicia en beneficiaria de un hecho ilícito.

A continuación veremos algunos casos posteriores a “Montenegro”. Algunos de ellos implicaron una consolidación de los criterios éticos allí expuestos, revelando al menos un comienzo de preocupación por encontrarle solución al delicado tema de los interrogatorios policiales.

Luego veremos otros casos que tienen ya que ver con las facultades policiales de interrogar a imputados, al comienzo mismo de su actuación como órgano de prevención.

α) Un primer caso importante es “Ruiz, Roque”, resuelto por la Corte Suprema el 17/9/87 *Fallos-CSJN*, 310:1847; *LL*, 1988-B-444)¹⁹. En el mismo, se había arribado a una sentencia condenatoria por el delito de robo a varios taxímetros. Esos robos habían sido reconocidos en forma “espontánea”, según el sumario policial, por el procesado Ruiz. En esa confesión éste había además suministrado los datos de los taximetreros despojados, y los del comerciante con el que el propio Ruiz negociara el producido de su delito²⁰. En la audiencia del art. 41 del Cód. Penal, Ruiz denunció que su confesión policial había sido el fruto de apremios. El

¹⁹ En la colección de jurisprudencia mencionada, el lector encontrará una nota al fallo hecha por este autor. Allí intenté hacer un análisis de los alcances que la Corte parece estar dispuesta a otorgarle a la regla de exclusión de prueba obtenida de manera ilegal.

²⁰ Según lo señalé en el comentario mencionado *supra*, nota 19, la situación allí era más compleja, porque la policía tenía ya en su poder datos que le hubiesen permitido ubicar a dos de los taxistas despojados, sin necesidad de la confesión del acusado.

juez, sin disponer un examen médico de Ruiz, lo condenó. El defensor apeló. La Cámara dispuso entonces la revisación antes omitida, la que dio como resultado que efectivamente había habido pasajes de corriente eléctrica en partes del cuerpo del acusado. La sentencia condenatoria fue de todas formas confirmada, sobre la base de las pruebas obtenidas distintas de la confesión, en especial los reconocimientos de las víctimas de los robos y la declaración del comerciante.

El defensor de Ruiz interpuso recurso extraordinario. Allí sostuvo que la condena era violatoria del art. 18 de la Constitución, puesto que la prueba de cargo había sido reunida a partir de los tormentos aplicados a su defendido.

La Corte consideró el recurso formalmente procedente. Señaló así que estaba en juego “el alcance de la garantía constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, agregando además que “las circunstancias fácticas se encuentran aquí de tal modo ligadas al planteo constitucional que resulta imposible darle solución sin atender a ellas” (ver consid. 9º). Luego, con cita de “Montenegro” y “Fiorentino”, el Alto Tribunal reiteró su concepto de que debía declararse la invalidez de las manifestaciones que fuesen fruto de apremios ilegales, aun cuando hubieren prestado utilidad para la investigación. Agregó en tal sentido que lo contrario comprometería la buena administración de Justicia, al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito (ver consid. 10)²¹.

²¹ Resulta nuevamente saludable que la Corte haya aceptado, sin más vueltas, la naturaleza constitucional del planteo del apelante. Igualmente, que se haya avenido a analizar cuestiones de hecho y prueba, imprescindibles para resolver tal planteo.

En cuanto al valor de las pruebas de cargo, la Corte, con remisión a los principios sentados en "Rayford", distinguió aquellas que podrían haber sido incorporadas por una fuente independiente o autónoma. A esas pruebas las consideró válidas y en virtud de ellas confirmó parcialmente la sentencia condenatoria. Por otro lado, haciendo una aplicación generosa de la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente, el Alto Tribunal invalidó aquellos testimonios a los que la policía llegó exclusivamente como consecuencia de la confesión inválida de Ruiz. Ello condujo a la absolución de Ruiz por uno de los robos que le imputaban²².

b) Otro caso digno de mención es "Francomano", *Fallos-CSJN*, 310:2384; *LL*, 1988-B-454, aun cuando el mismo sea tal vez más trascendente por sus intenciones que por su valor como precedente²³. En efecto, la Corte trató nuevamente allí el tema de las confesiones policiales, pero no llegó a conformarse un voto mayoritario que aclarase en qué condiciones está el Alto Tribunal dispuesto a aceptar, desde la óptica constitucional, la validez de este tipo de prueba.

Para dos miembros de la Corte, una confesión policial sólo sería válida si los funcionarios policiales hubiesen observado ciertos requisitos tendientes a asegu-

²² Para una explicación más detallada de las distintas pruebas excluidas y admitidas, e igualmente para un análisis de los criterios aparentemente utilizados por la Corte, ver mi comentario al fallo "Ruiz", *LL*, 1988-B-445.

²³ *LL*, 1988-C-966, secc. doctr., trae un comentario mío a ese fallo. Allí realicé un considerable esfuerzo, aunque no sé si fructífero, por demostrar que "Francomano" era un caso atípico, sin mayorías claras acerca de los posibles desarrollos de esta garantía en el área de las declaraciones policiales. El lector curioso puede, concebiblemente, encontrar en ese comentario cosas de interés.

rar la espontaneidad de las declaraciones. Por ejemplo, que el interrogatorio se conduzca en presencia del defensor del acusado, o que el Ministerio Público acredite que existió una renuncia libre al derecho de contar con un letrado²⁴. Otro miembro de la Corte, en una postura aparentemente más extrema, señaló que no correspondía acordar ningún valor a una confesión policial rectificada luego ante el juez de la causa²⁵. Los votos restantes, en cambio, prefirieron hablar de indebida fundamentación en la sentencia condenatoria, sin mencionar la conexión —evidente— entre lo que se discutía en autos y la garantía contra las declaraciones compulsivas en causa penal.

c) En el ámbito de la Capital y territorios federales, hubo posteriormente un intento legislativo enderezado a encontrar una solución al conflictivo tema de los interrogatorios policiales. Las intenciones del legislador, sin embargo, se concretaron sólo de manera muy parcial.

La ley 23.465²⁶ introdujo una modificación al entonces vigente Código de Procedimientos en materia Penal, en la sección destinada al valor de la prueba de confe-

²⁴ En apoyo de estos principios esos Ministros citaron el caso *Miranda v. Arizona* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1966, y sobre el que haré algunas consideraciones más adelante.

²⁵ Podría sostenerse sobre esta base que hay *tres* votos de la Corte en el sentido de considerar constitucionalmente inválida una confesión policial luego rectificada, si al menos no es ella prestada con el abogado del declarante presente, o habiendo éste renunciado a ese derecho. Esto sería así por la suma de los votos iniciales explicados *supra*, más el voto que considera inválida cualquier declaración policial. Futuros desarrollos de la Corte serán muy útiles para esclarecer esta cuestión.

²⁶ *ADLA*, XLVII-A-100.

sión. Así, el art. 316 de ese Código, que determinaba los requisitos que debía reunir una confesión, pasó a incluir un párrafo señalando que la confesión “debe ser hecha ante el juez competente”, y que “*la prestada ante la autoridad de prevención carecerá de valor probatorio y no podrá ser usada en la causa*”²⁷.

En un trabajo previo²⁸ me ocupé de señalar los objetivos que había tenido esta disposición legal, partiendo fundamentalmente de las discusiones parlamentarias que la precedieron. Mi conclusión (no muy audaz en cuanto se examinan esas discusiones parlamentarias) fue que el objetivo del legislador había sido ni más ni menos el de evitar que la policía interrogue. Ello, puesto que la experiencia enseñaba que los funcionarios policiales empleaban métodos ilegales para obtener una confesión²⁹.

Ahora bien, la realidad tribunalicia posterior al dictado de esa ley permitió observar que las declaraciones “espontáneas” de los detenidos siguieron siendo un fenómeno corriente. Los funcionarios policiales siguieron conduciendo interrogatorios de personas bajo su custodia, mientras que en los tribunales, al parecer, era dable advertir la siguiente (y no muy coherente) actitud. El mandato del legislador se consideraba cumplido al prescindirse como medio de prueba de la confesión policial misma del imputado. Pero la prueba obtenida a partir de esa confesión era considerada válida. Por ejemplo, si la “espontánea” del detenido conducía a un testigo cuya declaración incriminaba al imputado,

²⁷ La bastardilla corresponde al agregado hecho por la ley 23.465.

²⁸ Cfr., nota a fallo “Cohan de Broger”, *LL*, 1987-D-403.

²⁹ En el trabajo citado *supra*, nota 28, pueden encontrarse transcripciones de las partes pertinentes del referido debate parlamentario.

los jueces no apoyaban una sentencia condenatoria en la confesión inválida, con lo cual, a su manera, cumplían con la prescripción de “no usarla” en la causa. La declaración del testigo, en cambio, sí era considerada válida. Es más, en el caso “Cohan de Broger”, CNCrim., Sala IV, 26/5/87, LL, 1987-D-403, llegó a admitirse como prueba en contra del procesado el testimonio del policía que escuchó de boca del detenido su confesión. La Cámara en ese caso razonó que no era la confesión de aquél lo que se estaba “usando” en la causa, sino la declaración testimonial de un tercero³⁰.

d) Con todo este panorama, tal vez sea posible sacar algunas conclusiones. “Montenegro” y su progenie son casos importantes, por haber realizado la índole constitucional de los planteos vinculados a la voluntariedad de una confesión policial. También, por haber afirmado el principio ético de que la administración de Justicia no tolera el uso de prueba obtenida de una forma ilegal.

Pero al “vuelco” de estos casos, sin embargo, hay que ubicarlo en sus justos límites. Recuérdese que el análisis de la Corte tanto en “Montenegro” como en “Ruiz” partió de la premisa de que estaban acreditados en autos los apremios a que habían sido sometidos los procesados. En otros pronunciamientos anteriores vimos cómo los tribunales exigieron por *parte del procesado* la demostración de las violencias o amenazas alegadas por él, como requisito para acceder a la declaración de nulidad de una confesión policial.

³⁰ Es claro que esta interpretación no es más que una invitación a la policía para que siga con su práctica de interrogar a los detenidos. Para un desarrollo de ésta y otras críticas, cfr. el comentario al fallo “Cohan de Broger”, citado *supra*.

De acuerdo a cómo se venían cumpliendo en el orden nacional nuestros procedimientos, los procesados se hallaban en la imposibilidad de cumplir con este requisito. Ello era así puesto que las personas detenidas en sede policial solían aguardar varios días antes de concurrir a un Juzgado a prestar declaración indagatoria. De tal manera, las presiones y/o violencias de las que pudieran ser objeto no habrían de dejar secuela alguna demostrativa de las mismas.

Sin embargo, frente al claro texto del art. 18 de la Constitución Nacional era evidente que algo debía hacerse, a fin de colocar a los ciudadanos a cubierto de la arbitrariedad policial por un lado, y mantener la eficacia de los procedimientos destinados a la averiguación de un delito por otro.

3.5. *La situación a la luz del Código Procesal Penal vigente. Casos más recientes*

a) El Código Procesal Penal sancionado por ley 23.984 ha optado al parecer por una solución drástica. Su art. 184 establece que *“Los funcionarios de la Policía... No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías...”*.

Una manera simple de entender este lenguaje sería sostener que lo que el legislador ha querido es quitarle a la policía toda facultad de interrogar a quienes aparezcan conectados con un hecho punible. En esta interpretación, lo más que puede hacer un policía frente a un sospechoso es dirigirle preguntas para establecer su identidad. Ello, siempre que además se le haga saber al sospechoso que le asisten los derechos de tener un defensor con quien podrá entrevistarse previo a su

declaración ante el juez, y que en esa instancia el imputado tendrá derecho de negarse a declarar³¹.

A continuación voy a hacer mención de una serie de casos que tocan una cuestión de difícil solución. Me refiero a las facultades policiales cuando, en el área de prevención del delito, toman contacto con sospechosos. A partir de esos casos, intentaré mostrar una posible solución a la delicada cuestión de los interrogatorios policiales.

b) Un primer caso trascendente es “Cabral, Agustín”, resuelto por la Corte Suprema el 14/12/92, LL, 1993-B-257.

Cabral fue sorprendido en la vía pública por la policía al momento de bajar de un taxi, (el fallo no menciona a qué hora del día ocurrieron estos eventos). Tenía en su poder dos cajas de cartón con inscripciones que indicaban que se trataba de equipos de computación. Los policías le hicieron preguntas sobre el origen de la mercadería, preguntas que al parecer fueron respondidas por Cabral mediante evasivas y contradicciones.

Esa conducta sospechosa determinó su detención y traslado hacia una seccional. Según relata el fallo, en el trayecto “Cabral habría manifestado espontáneamente a los policías que esos equipos, junto con otros que poseía en un departamento..., los había adquirido en un bar de la zona del bajo a una persona que los traía del puerto, y que al momento de ser detenido iba a venderlos a otra que tenía contactos con una empresa de computación a cien dólares cada uno” (ver consid. 2º).

Sobre la base de ese dato se le requirió al juez interviniente una orden de allanamiento del mencionado

³¹ Esto es así en virtud del juego de los arts. 104, 197, 295, 296 y 298 al que remite el referido art. 184 del Código Procesal Penal.

departamento. El juez expidió la orden, procediéndose allí al secuestro de un visor de computación. Ese material secuestrado, así como el que se le incautara a Cabral en oportunidad de su detención, dio pie a su condena por el delito de encubrimiento de contrabando. Si bien el fallo no lo aclara, es de suponer que en esa condena pesaron también los dichos “espontáneos” de Cabral al ser detenido, relativos al origen de los equipos en su poder y a su planeada comercialización.

La condena dictada respecto de Cabral fue recurrida por su defensor hasta la Corte Suprema. El planteo constitucional se basó en la violación de la garantía de la defensa en juicio. El defensor invocó que se estaba transgrediendo el art. 316 del Código de Procedimientos en materia Penal entonces vigente, en cuanto disponía que la confesión hecha ante la autoridad policial “carecerá de valor probatorio y no podrá ser usada en la causa”. Argumentó así que el allanamiento domiciliario dispuesto se originaba en lo manifestado por Cabral ante los policías, lo cual equivalía a “usar en la causa” su ilegítima confesión.

La Corte desestimó el recurso en un breve pronunciamiento. Dijo que el procedimiento policial no se había originado en una declaración alcanzada por el referido art. 316 (siempre del Código anterior), sino *en un dato aportado por Cabral al personal que lo conducía hacia la Comisaría*. El Alto Tribunal indicó entonces que:

...La mera comunicación de ese dato, en la medida que no sea el producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener... que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación. (Consid. 4º, in fine).

De igual manera, la Corte remarcó que no se advertía que la manifestación de Cabral a la policía hubiese

sido el fruto de un acto de coacción, no existiendo en la causa indicios, ni informes médicos en tal sentido.

c) En una línea similar al anterior puede mencionarse el caso “De la Fuente”, resuelto por la Cámara del Crimen de la Capital, por su Sala VI, el 27/3/90, LL, 1991-D-338.

El imputado fue sorprendido *in fraganti* por una comisión policial en posesión de diversos cheques falsos. Según referencias del oficial que lo custodiaba, estando De la Fuente detenido “en forma espontánea le refirió que además del hecho mencionado, había cometido otros similares, siempre utilizando cheques...” (ver consid. 2º del fallo). Esta manifestación del imputado fue volcada al sumario no de manera directa, sino a través del testimonio del policía interviniente.

El Juez de Sentencia actuante absolvió. Entendió que se estaba en presencia de una “declaración espontánea” inválida y prohibida por el ordenamiento procesal. Invocó en sustento de esta posición la doctrina de los casos “Montenegro” y “Francomano” ya examinados. El Fiscal apeló.

La Cámara revocó en base a dos argumentos. Por un lado, dijo que la prueba cuestionada no era una “espontánea”, sino que “se trata de indicaciones que el acusado brindó a un oficial de policía”, remarcando además que el imputado no había sido detenido en base a esas confidencias, sino al haber sido sorprendido *in fraganti*.

Por otro lado, la Alzada señaló que “no hay constancia alguna que permita sospechar que el imputado sufrió... apremios ilegales, ni se ha verificado que sufriera lesiones” (consid. 2º). Estas circunstancias, a juicio de la Cámara, “permiten descartar la posibilidad de que el imputado hubiese sido obligado a declarar contra sí mismo, dando así lugar a una investigación”.

d) Para concluir este reseña de pronunciamientos más recientes, menciono los casos "Patterson", CNCrim. Corr., Sala I, 20/11/91, *JA*, 1992-II-556 y "Cabral, Héctor", CNCrim. Corr., Sala IV, 26/11/91, *JA*, 1992-III-286.

En el primero un oficial de policía interceptó a Patterson a la salida de un comercio de venta de artículos electrónicos de segunda mano, en posesión de una bolsa de grandes dimensiones conteniendo un aparato musical. Interrogado por el policía, Patterson manifestó que el aparato había sido robado por su hermano.

En "Cabral, Héctor", oficiales de policía interrogaron a dos personas que se encontraban a bordo de un automóvil, manifestando ambos que las sustancias estupefacientes que se les encontró las habían adquirido a Cabral, propietario de un quiosco de la zona.

En ambos casos los tribunales intervinientes afirmaron la validez de los procedimientos. En "Patterson", se señaló que "no es verdad que la autoridad policial haya violentado derechos constitucionales al interrogar al sospechoso que salía de un comercio ubicado en una zona donde es pública y notoria la comercialización de toda clase de aparatos de procedencia ilícita, cuando esa persona portaba justamente una bolsa conteniendo un sintonizador cuyas dimensiones lo hacían ostensible para la persona a quien el Estado adiestra ... para la prevención y represión del delito". El tribunal agregó que "en nada se afecta la libertad de quien es requerido... en esa particular situación para que simplemente diga cuál es su identidad y suministre mínimas referencias del costoso aparato que porta. Decir que ello lesiona la libertad es cercenarle al Estado el legítimo ejercicio de su poder de policía... Tampoco es verdad que el policía no puede hablar con quien resulta ser el sujeto de un procedimiento, pues lo contrario implica-

ría la imposibilidad total de llevar a cabo el cometido que le impone la ley... Si el preventor habla con el prevenido ello no implica que se le obligue a declarar en su contra". Por último, el fallo aclaró que "el testimonio del policía actuante no es más que eso, prueba testimonial, (que) no puede ser parificada a una confesión extrajudicial, ni a una versión del imputado extorcada ni a prueba ilegal".

Con similares criterios en el caso "Cabral, Héctor", la Cámara de Apelaciones actuante señaló que "la prevención policial tiene atribuciones para interrogar a cualquier ciudadano", agregando que "los dichos de los policías respecto de lo que oyeron de boca de los interrogados sirve como prueba de cargo, salvo interés, afecto u odio en su contra".

e) ¿Cómo concilian estos criterios con los mandatos del ordenamiento procesal vigente para la Nación, en cuanto señala que "los funcionarios de la policía... no podrán recibir declaración al imputado; sólo podrán dirigirse preguntas, para constatar su identidad, previa lectura... de los derechos y garantías"?

En "Cabral, Agustín, s/contrabando", la Corte señaló que los dichos del procesado acerca del origen de la mercadería secuestrada y su planeada comercialización no es una confesión, sino "un dato aportado al personal que lo conducía a la comisaría". Dado lo incriminatorio del dato suministrado por Cabral a quienes lo custodiaban, ¿es esa distinción entre "confesión" y "dato", algo defendible?

¿Es lícito sostener que el testimonio del policía que escuchó los dichos incriminatorios del imputado no es la "espontánea" prohibida por la ley procesal, y constituye por ende prueba válida?

Por último, ¿es la solución a todos estos problemas prohibirle a los policías dirigirle preguntas a los imputados más allá de las necesarias para constatar su identidad?

A continuación voy a tratar de bosquejar una teoría que intenta dar respuesta a estos variados interrogantes.

3.6. *Buscando un equilibrio*

a) Para empezar, y a título ilustrativo, permítaseme indicar ahora cómo esta delicada área de los interrogatorios policiales ha sido tratada en Francia y en los Estados Unidos.

En el primero de esos países los oficiales de policía tienen, al igual que en el nuestro, facultades para arrestar a toda persona contra la cual existan “indicios graves y concordantes” de su participación en un delito. En tales condiciones, la persona detenida puede ser interrogada por la policía sin asistencia legal y por un período máximo de 24 horas³². Vencido ese período el detenido debe ser liberado, aun cuando el Fiscal o el Juez de Instrucción pueden disponer la continuación de su detención.

Dicho período de 24 horas debe ser estrictamente observado por los oficiales de policía. El mismo comienza a correr toda vez que una persona es llevada a una dependencia policial, de forma tal que no es factible hacer aparecer como que tal persona ha concurrido “voluntariamente” a esa dependencia y que una vez allí se ha

³² Esta detención, la cual según indiqué *supra*, recibe el nombre de *garde à vue*, puede en excepcionales circunstancias extenderse por otras 24 horas.

decretado su detención³³. Además, como una garantía en contra de posibles abusos policiales, al término del período de 24 horas el arrestado tiene derecho a una revisión médica³⁴.

En los Estados Unidos, por su parte, el tema de los interrogatorios policiales experimentó una verdadera revolución a partir de la década del '60 con el conocido caso *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966). A través del mismo, la Corte norteamericana sentó el principio por el cual corresponde *al Fiscal* demostrar que una declaración policial fue prestada de acuerdo a ciertos requerimientos enumerados en ese caso, a fin de poder ser admitida como prueba en contra del imputado.

Entre esos requisitos figura:

1. Indicarle al detenido su derecho a permanecer en silencio, y advertirlo de que cualquier manifestación suya puede ser utilizada en su contra.
2. Hacerle saber su derecho a contar con un abogado defensor, el cual puede estar presente durante el interrogatorio policial.
3. De querer contar con un abogado defensor, el imputado debe ser informado de su derecho a citarlo a la dependencia policial, debiendo el interrogatorio suspenderse hasta la llegada del abogado.
4. Ese derecho incluye la facultad de consultar con el defensor, previo a prestar cualquier declaración.

³³ En nuestros sumarios policiales no es infrecuente ver que una persona trasladada a una dependencia policial lo hace en la sospechosa calidad de "invitada".

³⁴ Para un desarrollo más completo de estos principios, cfr., Sheehan, *Criminal procedure in Scotland and France*, ps. 36-40.

5. Si el detenido carece de medios para contratar un abogado, debe informársele de su derecho a contar con un defensor público u otro que se le designe, debiendo igualmente cesar el interrogatorio si el imputado requiere que ese defensor esté presente.
6. El mero silencio del imputado ante esos avisos no es suficiente para que se considere que ha renunciado a sus derechos; esa renuncia debe constar en forma fehaciente y expresa.
7. Si en el juicio del acusado el Fiscal no demuestra que todos estos requisitos han sido observados, ninguna evidencia obtenida como consecuencia del interrogatorio puede ser usada en contra de aquél³⁵.

b) Los casos analizados en los puntos anteriores revelan a mi juicio una especie de dilema en el que los mismos tribunales se han colocado, por no distinguir situaciones claramente distinguibles.

Por un lado, parece muy comprensible el deseo de los jueces de no coartarle a la policía sus facultades investigativas. Eso los ha llevado a sostener que nada hay de malo en que un oficial de policía interroge a quien aparece ante sus ojos como sospechoso de un hecho de-

³⁵ Esta regla general reconoce algunas excepciones. Por ejemplo, si el imputado opta por declarar en su favor durante el juicio, podrá ser admitida una confesión policial obtenida en violación a las reglas de "Miranda", con el objeto de atacar su credibilidad general. Ver *Harris v. New York*, 401 US 222 (1971). En *Michigan v. Tucker*, 417 US 433 (1974), a su vez, la Corte estadounidense afirmó que en caso de una confesión voluntaria no precedida de las advertencias de "Miranda", es válido el testimonio de un testigo cuya identidad pudo establecerse a raíz de esa confesión.

lictivo. El problema se presenta cuando los dichos del sospechoso implican de alguna manera la admisión de culpabilidad penal. Allí es cuando los tribunales, a mi criterio, se embarcan en una serie de acrobacias lingüísticas, encaminadas a aprovechar la utilidad de esos dichos y mantenerlos como prueba válida. Así, o bien afirman que no se está ante una confesión sino un mero “dato” comunicado a la autoridad policial (?), o que en realidad lo que se incorpora a la causa no es la confesión misma, sino el relato del policía que la escuchó. Construcciones de este tipo, claro está, dejan al lector desprevenido con una sensación equivalente a la de quien observa un truco de prestidigitación.

Por otro lado los tribunales consideran que si lo prohibido por la Constitución es obligar a alguien a declarar en su contra, en la medida en que no existan constancias de apremios, no corresponderá excluir los dichos de los imputados con base en esa garantía constitucional.

c) Un análisis más en profundidad de lo que ocurrió en los Estados Unidos con el caso *Miranda*, tal vez pueda ayudar a encontrar soluciones a estos conflictos.

Miranda, si se quiere, fue una solución de compromiso ante diversos intereses en pugna. En ese momento la cuestión de la validez de los interrogatorios policiales estaba siendo tema de fuerte discusión en los Estados Unidos. La discusión se centraba en torno a los interrogatorios de personas en custodia (*custodial interrogation*), puesto que se entendía que estos interrogatorios —cumplidos en ambientes de máxima privacidad y sin que el detenido contara con ningún asesoramiento legal— tenían una ínsita carga de coacción.

En un caso previo (*Escobedo v. Illinois*, 378 US 478, 1964), la Corte de Estados Unidos había ya establecido que desde el momento en que un imputado se convierte

en “el foco de la investigación dejando de ser ésta una encuesta general”, el derecho del imputado de contar con un abogado defensor para asistirlo se volvía constitucionalmente exigible. En ausencia de abogado, ninguna declaración obtenida por la policía podría ser usada luego en un proceso criminal.

Con este antecedente, y mientras se estaba discutiendo en el ámbito de la Corte Suprema el caso *Miranda*, se tenía la sensación de que el máximo Tribunal estadounidense podría llegar a invalidar por completo los interrogatorios policiales. Contra este deseo de los sectores libertarios se alzaban las voces de quienes consideraban que impedir a los funcionarios de policía interrogar a los sospechosos, debilitaría inconvenientemente las facultades de las fuerzas del orden³⁶.

La solución de compromiso a la que se arribó en *Miranda* fue la señalada anteriormente. La Corte no prohibió los interrogatorios policiales, pero puso en cabeza de los funcionarios de la policía la obligación de formularle a los imputados las advertencias que hoy se han hecho famosas. Al mismo tiempo, casos posteriores de la Corte estadounidense dejaron en claro que las reglas de *Miranda* rigen sólo cuando una persona ha sido ya detenida, y la policía inicia respecto de ella un interrogatorio. No rigen en cambio cuando un policía hace simples indagaciones tendientes a esclarecer un hecho

³⁶ Sobre la cuestión de los interrogatorios policiales en los Estados Unidos en los años '60, ver Kamisar, “Equal justice in the gatehouses and mansions of american criminal procedure”, en *Criminal justice in our time*, ps. 25-38. Un análisis en profundidad de los intereses contrapuestos al tiempo de decidirse *Miranda* y la solución compromisoria allí alcanzada, puede verse en Kamisar, *Remembering the old world of criminal procedure: a reply to professor Grano*, en “Journal of Law Reform”, 1990, vol. 23:4, p. 537.

previo a un arresto, y tampoco cubren la situación de quien de manera voluntaria, esté o no detenido, habla a la policía sin que ésta haya buscado iniciar el diálogo. Sólo que en este último caso, claro está, el Estado tendrá la carga de demostrar la real “voluntariedad” de esa declaración³⁷.

d) Con todo este telón de fondo, permítaseme sugerir una posible manera de enfocar el problema.

Los jueces deberían distinguir nítidamente los casos en que alguien ha sido ya detenido, de los que se refieren a simples encuentros entre la policía y posibles sospechosos, previo a una detención.

En el último supuesto, las indagaciones que la policía haga acerca de las actividades del sospechoso, o las preguntas que se le formulen tendientes a esclarecer su situación, sólo implicarán violación a la garantía constitucional en examen en la medida en que esté afectada la voluntariedad de los dichos del sospechoso. En ese caso, sería claramente contrario a derecho la utilización de cualquier forma directa o indirecta de amenazas, coacción o intimidación. Pero paralelamente, si la policía está tan solo tratando de esclarecer un hecho dudoso y, sin haber privado de su libertad a nadie, dirige simplemente preguntas a una persona y ésta responde con dichos que la incriminan, no parece que eso implique transgredir derechos de los imputados. Tampoco parece que se esté desoyendo los mandatos contenidos en el nuevo Código Procesal Penal, en cuanto veda a los funcionarios policiales interrogar. Sería un sinsentido en esa hipótesis pedirle a la policía que se tape

³⁷ Ver *Rhode Island v. Innis*, 446 US 291 (1980); *Teague v. Louisiana*, 444 US 469 (1979).

los oídos, o que mire para otro lado, cuando escucha cosas de utilidad para el esclarecimiento de los hechos.

En cambio, creo que la situación es distinta si una persona ha sido ya detenida y se encuentra custodiada por la policía. En ese caso, considero que utilizar el mismo criterio de que en ausencia de formas comprobadas de coacción ningún problema hay en que la policía utilice los dichos inculpativos del imputado, puede ser fuente de más de una complicación. Por lo pronto, se tendrá siempre la duda de si esos dichos del detenido han sido realmente “espontáneos”. El ambiente de privacidad que, en general, sucede a las detenciones policiales, ciertamente será un obstáculo para verificar esa alegada espontaneidad.

Creo que es posible entender el lenguaje del ordenamiento procesal para el orden nacional, como dirigido a vedar los interrogatorios policiales de *detenidos*. La prohibición contenida en el art. 184 del Cod. Proc. Penal de que la policía “...reciba declaración al imputado...”, pudiendo sólo “...dirigirle preguntas para constatar su identidad...” aparece, quizás no por casualidad, inmediatamente luego de los incisos que autorizan a aquélla a “...Aprehender a los presuntos culpables...” (inc. 8º) y “...Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad...” (inc. 9º).

Quizás también no por casualidad, en esos casos las preguntas que la policía le dirija a los imputados para constatar su identidad, deben estar precedidas de la lectura de una serie de derechos, con algunas semejanzas a las célebres advertencias de *Miranda*.

En suma, lo que postulo es lo siguiente. Cuando la policía ha detenido a un individuo, cualquier manifestación inculpativa de éste posterior a la detención, para ser constitucionalmente válida, debería ser some-

tida a un *test* mucho más exigente que el de la mera ausencia de coacción. Para ser coherentes con las normas procesales en vigencia y la rica historia acerca de los abusos a que condujo darle a la policía amplias facultades de interrogación, sólo aceptaríamos como válidos los dichos inculpativos de un detenido bajo la órbita policial a condición de que:

1. Este haya sido suficientemente alertado por la policía de que goza del derecho constitucional de no contestar ninguna pregunta a la policía, ni siquiera las destinadas a constatar su identidad.
2. El imputado sepa que será llevado inmediatamente ante el juez para que preste allí la declaración que desee, previo a lo cual podrá entrevistarse con un abogado.
3. La policía no transforme su derecho a indagar acerca de la identidad del detenido en un verdadero interrogatorio sobre los hechos motivo de la detención.
4. Quede a cargo del Estado la demostración de que todos estos principios han sido observados, para poder “utilizar” en contra del imputado cualquier dicho que lo inculpe vertido durante su detención policial, sea que esa utilización esté dada por la confesión misma del imputado, o por los dichos del policía que la escuchó.

Una interpretación tal sería a mi entender consistente con el propósito que subyace a las últimas reformas procesales en la materia, y que es el de humanizar aspectos críticos del enjuiciamiento penal y dejar de convertir al imputado en la fuente principal de información.

4. **INSPECCIONES CORPORALES Y OTRAS MEDIDAS DE "UTILIZACION" DEL IMPUTADO**

Conectada con la garantía en examen existen una serie de cuestiones sobre las que no hay hasta la fecha mayor elaboración jurisprudencial. Ellas tienen que ver con las facultades policiales o judiciales para "utilizar" el cuerpo del imputado con el objeto de avanzar en una investigación u obtener a partir de allí evidencias. Por ejemplo, la obtención de huellas dactiloscópicas, un mechón de su pelo o la extracción de sangre. La cuestión, en cambio, ha recibido atención por parte de la doctrina³⁸.

4.1. *Los casos relevantes*

a) En el caso "Aranguren", resuelto por la Cámara Criminal y Correccional por su Sala I, JA, 1992-III-23, se sentó el criterio de que la extracción de sangre a los efectos del dosaje de alcohol constituye un medio de investigación lícito, que puede ser cumplido aun contra la voluntad del imputado.

El tribunal actuante hizo notar que "el procesado está sujeto a la revisión corporal, de modo no sólo pasivo sino también activo", agregando que esa revisión puede ser hecha "aun en contra de su voluntad cuando

³⁸ Un muy completo análisis de la cuestión, con variadas menciones de Derecho estadounidense y alemán puede verse en el trabajo de García - Rojas, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991, ene.-jun., año 14, n° 53/54, p. 183. Ver igualmente el trabajo de Gullco, *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, en "Doctrina Penal", 1989, p. 117.

el examen médico, realizado por persona idónea no conlleva un peligro para su persona”.

b) Una cuestión de características bastante más dramáticas se planteó en el caso “Alvarez”, resuelto por la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital, por su Sala I, *LL*, 1989-B-512³⁹.

El procesado Alvarez fue detenido en un hotel céntrico inmediatamente luego de su arribo desde Ezeiza, tras su viaje desde Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. De allí fue trasladado a un hospital por personal policial, junto con un testigo y un médico legista. En el hospital le sacaron una placa radiográfica que, al parecer, reveló la existencia en sus intestinos de numerosas cápsulas que luego se determinó contenían 600 gramos de clorhidrato de cocaína.

Según el relato de los hechos contenido en el voto del doctor Hendler, durante su permanencia en el hospital, Alvarez fue sometido a tratos altamente vejatorios. Así, fue sentado en un inodoro e instado por los funcionarios policiales a evacuar sus intestinos. Luego de largo rato el imputado aceptó se le suministrara un enema, firmando un acta en la cual se decía que ese consentimiento se prestaba “por nerviosismo”. El enfermero que le aplicó el enema refirió a su vez que Alvarez hacía esfuerzos para evitar la evacuación. Finalmente ésta se produjo, pudiéndose así recuperar las sustancias en cuestión.

Durante el proceso la defensa planteó la nulidad del procedimiento que culminó con la obtención de las sustancias incriminatorias. Entre otras cosas, sostuvo que

³⁹ Con comentario de Claudia López y Adrián Tenca.

la policía debió haber advertido al procesado acerca de la naturaleza incriminatoria de la prueba que de él se obtendría. Alvarez fue condenado por contrabando de estupefacientes a una pena de prisión. Su apelación llegó a la Cámara.

En fallo dividido la Cámara confirmó. El vocal preopinante sostuvo que no era necesaria ninguna advertencia previa al procesado, puesto que con su voluntad “sólo se anticipó lo que la naturaleza cumpliría de todas maneras, y que en todos los casos daría como inexorable resultado la expulsión de las cápsulas en cuestión”. En base a ello entendió que no existía violación al principio constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Esta garantía, argumentó, se basa en la invalidación de cualquier medio coercitivo que venza la voluntad del individuo de mantener silencio, pero en el caso “la voluntad del procesado... no podría evitar en modo alguno que tarde o temprano la naturaleza culmine evacuando el contenido de su cavidad intestinal, pues dicho proceso no se encuentra dirigido por el ser humano, e inexorablemente ocurrirá en algún momento más allá de la propia voluntad”.

Luego de sentar este principio, el voto que comento analizó la validez de las requisas corporales, cuando éstas se cumplen con orden judicial. Dijo así que “el acto que se adelantó o anticipó se encuentra dentro de la esfera de intimidad (protegida)... en el art. 19 de la Constitución, y que la inviolabilidad del derecho a la intimidad sólo puede ser renunciada libremente por el interesado. Por tal circunstancia estimo que ninguna orden judicial puede disponer la requisita del cuerpo humano,... por ejemplo ordenando la colocación compulsiva de un enema, cuando el consentimiento del interesado no autorice semejante avance sobre su intimidad”.

Yendo ya a la solución del caso, se entendió que el procesado había efectivamente prestado su consentimiento “sin formular reparo alguno”, y de esa manera “voluntariamente autorizó y renunció a su esfera de intimidad”.

El voto precedente abre varios interrogantes. Obviamente, resulta muy difícil compartir la conclusión de que éste fue un caso de consentimiento prestado libremente. Los hechos, creo, son reveladores de que ese “consentimiento” se obtuvo de manera totalmente forzada por la situación. Pero al margen de ello, no queda claro si lo que se está sosteniendo es que en materia de inspecciones corporales una autorización judicial para efectuarla jamás podrá suplir el consentimiento del imputado, o si ese principio es sólo aplicable a casos extremos como el presente. Vale decir, una cosa es afirmar que una medida de tanta intromisión en la intimidad como es la colocación de un enema sólo procede con autorización del interesado, sin que esa autorización pueda ser suplida por orden judicial. Otra, de consecuencias mucho más vastas, es decir que las inspecciones corporales *en general* requieren de dicha autorización como único e ineludible recaudo para su legalidad. Con este último criterio medidas menos vejatorias —y además más frecuentes— como extracción de sangre u obtención de un mechón de pelo, podrían considerarse como comprendidas por la referida limitación. El lenguaje utilizado en el fallo, a mi entender, no permite concluir cuál de las dos interpretaciones es la que se ha querido consagrar.

También ofrece dudas el principio de que la garantía contra la autoincriminación no juega en casos en que se trata tan solo de adelantar un proceso fisiológico que la naturaleza misma se encargará de cumplir. Lo mismo

podría decirse de la extracción de orina o de la obtención de un mechón de pelo, ya que orinar o perder gradualmente al menos parte del cabello son hechos que la naturaleza se encargará de que ocurran tarde o temprano. La cuestión no es, a mi entender, si esos hechos han o no de ocurrir alguna vez, sino si es constitucionalmente admisible “forzar” a un individuo a que los mismos tengan lugar *en el momento en que la policía o un juez lo desean*.

El voto en disidencia del doctor Hendler ofrece una distinta perspectiva para despejar algunos de estos interrogantes. Por lo pronto, el citado camarista descartó que se estuviese ante un caso de consentimiento válido. Citó al respecto la doctrina del caso “Rayford”⁴⁰, en el sentido de que el consentimiento debe ser prestado “de manera que no queden dudas acerca de la plena libertad del individuo”. Con este criterio, parece claro que la manera en que Alvarez prestó su consentimiento ofreció unas cuantas dudas al respecto.

Así, este voto hizo notar que todo el procedimiento fue cumplido sin la debida comunicación al juez de la causa, y que Alvarez había estado durante todo el lapso de la actuación policial privado de su libertad y sin asistencia legal, lo que permitía hablar de una “situación coactiva”. Luego se analizó la cuestión de que una orden judicial para una requisita corporal pueda suplir la falta de autorización del imputado. El doctor Hendler entendió que esa orden sería válida, a condición de que la requisita corporal de que se trate no tenga connotaciones “particularmente humillantes” y se efectúe con suficiente “resguardo del pudor individual”, recaudos a su entender ausentes en este caso.

⁴⁰ *Fallos-CSJN*, 308:733.

Por último, con cita de precedentes de la Corte Suprema estadounidense, se habló de “la razonabilidad de las sospechas de los funcionarios puesto que, precisamente, el resguardo personal que entra en juego exige una cuidadosa ponderación de las autorizaciones para practicar esa especie de requisas corporales”.

Todas estas consideraciones llevaron al doctor Henderler a concluir que “no pueden entenderse satisfechos los requisitos del debido proceso legal que consagra el art. 18 de la Constitución”.

4.2. *Criterios y distinciones*

En el caso “Aranguren” ya examinado se hace referencia a una cuestión sobre la que también han llamado la atención los doctrinarios⁴¹. Se ha intentado así hacer una distinción entre los casos en que se pretende convertir al imputado en “un sujeto activo de prueba” (obligarlo a que declare, o a que haga un cuerpo de escritura), de aquéllos en que a aquél se le reclama un comportamiento “pasivo”, ya sea para extraerle sangre, huellas dactilares, etc. En esta interpretación, la garantía contra la auto-incriminación funcionaría en el primer supuesto —imputado como “sujeto activo”—, pero no en el segundo⁴².

A mi juicio, estamos ante una distinción trabajosa. ¿En qué categoría está, por ejemplo, el requerimiento

⁴¹ Ver el trabajo de García - Rojas, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en “Doctrina Penal”, 1991, ene.-jun., año 14, nº 53/54, p. 183 y la recopilación de criterios jurisprudenciales allí efectuada.

⁴² Idem, nota anterior.

de que el imputado se coloque junto a otros individuos para un reconocimiento en rueda de presos? ¿No se le pide allí acaso que se pare de determinada manera, para poder posibilitar su comparación con otros? Y para extraer sangre o tomar huellas dactilares, ¿no necesitamos al menos del imputado un mínimo de colaboración? Al mismo tiempo, ¿cuál es la diferencia entre pedirle al imputado que haga un cuerpo de escritura, y requerirle que integre una rueda de presos o permita se le extraigan huellas?

Paralelamente, es claro que es muy importante distinguir entre lo que cae bajo la órbita de la garantía contra la auto-incriminación y lo que no. Así, mientras que en el primer caso es notoriamente ilegítimo forzar a un imputado para que hable, parece mayoritaria la opinión de que es lícito extraerle sangre para un dosaje o tomarle huellas digitales, aun contra su voluntad.

Por último, es también claro que en el caso de la garantía contra la auto-incriminación, la negativa del imputado a declarar no cede por más que un policía o un juez tengan razones muy fundadas para pensar que el imputado conoce un dato de utilidad para la investigación. En cambio, cuando existen motivos fundados para una extracción de sangre —por ejemplo, en el caso de un conductor de automóviles ebrio—, o para cotejar las huellas del imputado con las halladas en la escena del crimen, ese grado de sospecha sí podrá servir para vencer cualquier negativa de éste a prestarse a la medida en cuestión.

4.3. *Posibles soluciones*

a) Un punto de partida sería limitar el alcance de la garantía contra la auto-incriminación a las “comunica-

ciones” del imputado⁴³, de manera de dejar fuera los supuestos de las requisas corporales, e incluso la exigencia de prestarse a un reconocimiento en rueda de presos.

La intimación al imputado para que presente documentación que lo compromete o para que realice un cuerpo de escritura, atento al carácter “comunicativo” de ese tipo de evidencia, podría ser considerada en cambio como comprendida dentro de la garantía contra la auto-incriminación⁴⁴.

La garantía así delimitada tendría como natural correlato el de impedir que cualquier decisión judicial pueda vencer la negativa del imputado. Quien se niegue a declarar cuenta con un privilegio *absoluto* en ese sentido, y cualquier forma de coacción dirigida a obtener una declaración en contra de los deseos de aquél, es violatoria de la Constitución.

Al mismo tiempo, tampoco interesa cuál es el grado de sospechas o pruebas en contra del imputado. La policía o el juez de la causa no pueden escudarse en supuestos indicios de culpabilidad, para intentar arrancar una declaración a quien no acepta hablar de manera voluntaria.

b) En una misma categoría podría colocarse la exigencia de que el imputado intervenga en la reconstrucción de un hecho, donde se le pide que se comporte de

⁴³ Según mencioné anteriormente, este es el criterio prevaleciente en los Estados Unidos. Cfr. el caso *Schmerber v. California*, 384 US 757 (1966).

⁴⁴ Por supuesto nada impide que el juez de la causa incaute de manera compulsiva la documentación deseada. Igualmente en los Estados Unidos, el criterio es que el imputado puede rehusarse a suministrar pruebas o documentación que lo comprometan, sobre la base de que obligarlo a entregar dichas pruebas equivaldría tanto como a com-

determinada manera. La razón de esta categorización es que una eventual negativa del imputado a prestarse a esa reconstrucción, no puede ser vencida sino es a costa de someterlo a groseros vejámenes.

Así, es ciertamente posible pensar que la garantía del debido proceso se opone a que un individuo sea forzado a “actuar” en una reconstrucción en la que se pretende tenerlo como protagonista.

Ya sea que fundamentemos esa garantía del debido proceso en la genérica fórmula de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución, o en los derechos no enumerados a que se refiere su art. 33, no parece mal que se intente dar pleno rango constitucional a un derecho cuyo desconocimiento aparecería como altamente lesivo de la dignidad humana.

En suma, un imputado que se niega a intervenir en la reconstrucción de un hecho, goza de una inmunidad absoluta en el caso de que haya manifestado su deseo de no prestarse a tal acto de procedimiento.

El reconocimiento en rueda de presos, en cambio, no se presenta como un ataque a la dignidad del individuo de tanta entidad como el de una reconstrucción. De allí que es posible pensar a ese acto procesal como “obligatorio” para el imputado, sea que éste lo consienta o no.

Con todo, es claro que para el imputado que se “niega” a intervenir en un reconocimiento, lo sensato sería poder compelerlo mediante un mecanismo civilizado, tal como penarlo por considerarlo incurso en una obstrucción de justicia. A ese fin, sería menester crear por ley una figura penal que cubra esa hipótesis. No conozco casos judiciales originados en la negativa de un imputado

perlo a declarar contra sí mismo. Ver así los casos *Boyd v. United States*, 116 US 616 (1886) y *United States v. Dionisio*, 410 US 1 (1973).

a participar en una rueda de presos. Debe reconocerse que en ausencia de una legislación específica, ellos plantearían una cuestión constitucional de difícil resolución.

c) Por último, el problema de las requisas corporales debe ser resuelto, según el criterio sugerido por Luis M. García y Ricardo Rojas en el trabajo mencionado *supra*⁴⁵, en función de un criterio de razonabilidad.

Lo central es entender que estamos ante medidas que proceden sólo en casos en que se tengan sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta. Vale decir, la policía no puede andar extrayendo sangre a cualquiera y porque sí, ni tomar huellas dactilares de manera indiscriminada. Es necesario que en el caso concreto se tengan razones para pensar que un determinado imputado está conectado con un delito, y que la inspección corporal de que se trate ayudará al esclarecimiento de los hechos. Y cuanto más intrusiva en la privacidad del imputado sea la requisas corporal en cuestión, parecerá sensato exigir un mayor grado de certeza que si estamos ante procedimientos simples como el de la mera obtención de las huellas del imputado.

Una vez superados esos requerimientos, es también preciso que la medida en cuestión aparezca como necesaria y no reemplazable por una menos intrusiva para la dignidad y privacidad del individuo. En el dramático ejemplo del enema del caso "Alvarez", es posible que la

⁴⁵ García - Rojas, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991, ene.-jun., año 14, n° 53/54, p. 183.

aplicación de un vomitivo hubiera podido cumplir idénticos fines, sin necesidad de recurrir a algo tan extremo.

Por último, en casos en que se trate de extracciones de sangre u otros procedimientos que requieren de mínimos conocimientos médicos, es claro que su validez dependerá de que intervenga personal capacitado a tal efecto.

Tal como ocurre con los casos analizados más arriba, estas exigencias hallarían su fundamento en la garantía del "debido proceso".

CAPITULO VIII

**EL DERECHO A CONTAR
CON UN ABOGADO DEFENSOR**

1. *PRINCIPIOS GENERALES*

Aun cuando la garantía que he de examinar en este Capítulo carece de una formulación autónoma en el texto de la Constitución Nacional, la misma constituye otra de las derivaciones del principio de la “inviolabilidad de la defensa” contenido en el art. 18 de aquélla. Lo que sigue es una mención de algunos principios generales emanados de ciertos precedentes de la Corte; a continuación de ellos, otros casos ilustrarán el funcionamiento, no siempre coherente, de esa garantía.

1.1. *Rango constitucional del derecho*

En el caso “Rojas Molina”, *Fallos-CSJN*, 189:34¹, la Corte tuvo oportunidad de enumerar algunas reglas generales aplicables a la garantía en examen. Así, expresó que:

...desde la primera intervención de todo acusado en un juicio el juez debe hacerle saber el derecho que tiene de nombrar un defensor; si la defensa por el mismo acusado obstara a la buena tramitación de la causa el juez debe nombrarle defensor letrado y si no lo hace se le nombra de ofi-

¹ Los hechos de este caso y otras particularidades del mismo serán examinados más adelante.

cio...; el tribunal de segunda instancia debe nombrar defensor al procesado que no lo tuviere y el término para expresar agravios sólo corre desde la aceptación del defensor... Esa interpretación concuerda con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional que, (según) esta Corte ha dicho reiteradamente en materia criminal, consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia...².

Sin embargo, la Corte ha entendido que el requisito de la asistencia letrada no debe ser interpretado de manera puramente ritualista.

En “De Pablo”, *Fallos-CSJN*, 300:417, luego de dictada sentencia de primera instancia en una causa por injurias, la Cámara había decretado la nulidad de todo lo actuado desde la audiencia inicial de conciliación, al no haber los procesados designado formalmente abogado defensor, y no habérseles nombrado Defensor Oficial. Interpuesto por el querellante recurso extraordinario por arbitrariedad, la Corte hizo lugar al mismo. Dijo así que las normas que regulan la actuación del abogado defensor no debían ser interpretadas *ad litteram*, puesto que de las constancias de la causa surgía que los acusados habían contado con un letrado apoderado que intervino a favor de ellos, si bien sin el rótulo de defensor, en todas las instancias del procedimiento.

1.2. Autodefensa e imposición de abogado defensor

Del pasaje transcripto de “Rojas Molina” resulta la facultad que nuestro sistema acuerda a los jueces para

² En un caso posterior, “Centeno”, *Fallos-CSJN*, 255:91 la Corte reafirmó el rango constitucional del “derecho a ser provisto de adecuado asesoramiento legal”.

imponer al acusado, aun en contra de su voluntad, la asistencia de un abogado defensor cuando su autodefensa obste a la buena tramitación de la causa.

Este principio fue reafirmado en “Valle”, *Fallos-CSJN*, 269:405. Allí Valle, dada su condición de abogado, intentó asumir su propia defensa en una causa que se le seguía por tentativa de homicidio y calumnias. Durante la tramitación del sumario el Juez de Instrucción decidió separarlo de su autodefensa y nombrar al Defensor Oficial, por entender que ello redundaría en una mejor tramitación del proceso. Finalmente Valle fue condenado a nueve años y medio de prisión. Contra la sentencia condenatoria éste interpuso recurso extraordinario alegando, entre otras cosas, la violación de la garantía en examen.

La Corte desestimó el recurso. Como principio, afirmó la validez de la disposición procesal que permitiera al Juez de Instrucción excluir al procesado de su defensa personal, agregando además, que de las constancias de la causa surgía que Valle había contado con la debida asistencia de los defensores designados de oficio³.

1.3. *Obligatoriedad de proveer defensor ante los tribunales de Alzada*

Según se desprende del fallo “Rojas Molina”, los tribunales de segunda instancia se hallan igualmente en

³ En igual sentido, en “Bogni c. Feglia”, *Fallos-CSJN*, 225:309 —S—, la Corte afirmó que “la imposición de asistencia letrada es, en principio, constitucionalmente válida”. El sistema norteamericano ha arribado a una conclusión diferente, entendiéndose que el derecho a la autodefensa se halla comprendido en la garantía constitucional que asegura a los acusados en causas criminales asistencia legal. Cfr., *Faretta v. California*, 422 US 806 (1975).

la obligación de nombrar defensor al procesado que no lo tuviere⁴.

En "Arnaiz", *Fallos-CSJN*, 237:158, un defensor particular había asumido la defensa del acusado durante la etapa de primera instancia, la cual culminó con una absolución. La sentencia fue apelada por el Fiscal produciéndose, previo a la iniciación del procedimiento ante la Alzada, el fallecimiento del defensor de Arnaiz. Durante el trámite de segunda instancia éste no nombró nuevo abogado defensor, ni le fue designado por la Cámara Defensor Oficial. Finalmente, la absolución fue revocada y Arnaiz condenado a una pena de prisión. Contra ese pronunciamiento el acusado interpuso recurso extraordinario, alegando violación de la garantía de la defensa amparada por el art. 18 de la Constitución Nacional. La Corte hizo lugar al mismo. Dijo así que:

...a pesar de ser manifiesta la negligencia del recurrente en la defensa de sus derechos al no nombrar nuevo defensor una vez enterado de la muerte del que lo asistió en primera instancia, el tribunal debió haber suplido su falta para evitar la indefensión del acusado en el trámite de Alzada.

En otro pasaje del fallo, además, el Alto Tribunal remitió a las consideraciones formuladas por el Procurador General, quien sostuvo que "la renuncia a la defensa letrada no puede presumirse sino que debe resultar de un acto inequívoco de voluntad"⁵.

⁴ En los Estados Unidos un derecho similar a ser provisto de abogado defensor en la instancia de apelación, fue finalmente reconocido a todo acusado carente de recursos económicos en *Douglas v. California*, 372 US 353 (1963).

⁵ Para un criterio semejante en el Derecho norteamericano, exponiendo los requerimientos para considerar válida la renuncia a una garantía constitucional, cfr., *Johnson v. Zerbst*, 304 US 458 (1938).

El principio sentado en Arnaiz fue luego parcialmente modificado en el caso “Vaninetti”, *Fallos-CSJN*, 245:102. Allí también el defensor particular del acusado había fallecido durante el proceso, esta vez en primera instancia, antes de la clausura del sumario. Presentada por el Fiscal la acusación, el Juzgado *sin notificar de ello* a Vaninetti designó para su defensa al Defensor Oficial, a quien se le corrió traslado de la acusación. Vaninetti fue condenado en primera instancia y en la Alzada, habiendo actuado en esta segunda etapa un defensor particular. Contra la sentencia de Cámara aquél interpuso recurso extraordinario, alegando una “restricción sustancial a la garantía de la defensa”. Afirmó en tal sentido que el tribunal de primera instancia había violado la disposición del Código Procesal Penal, que ordenaba al juez la suspensión de la tramitación del juicio en una situación como la de autos, hasta tanto el procesado optase por designar nuevo defensor.

La Corte desestimó el recurso. Evidenciando nuevamente una peligrosa confusión de conceptos, afirmó que “sin duda alguna es de orden procesal y local la cuestión relativa a si en la especie debió aplicarse el precepto que el recurrente invoca”.

Además, el Alto Tribunal manifestó que la situación de Arnaiz debía ser diferenciada. Ello, puesto que mientras Vaninetti se encontraba excarcelado al tiempo del fallecimiento de su defensor, Arnaiz había estado detenido durante toda la tramitación de la causa. Por tal razón, agregó la Corte:

*...el art. 18 de la Ley Fundamental no guarda relación in-
mediata y directa con lo decidido... porque el procesado...
tuvo oportunidad de estar en juicio... y porque de los agra-
vios expuestos no surge en qué habría consistido concreta-
mente la privación efectiva ocasionada a la defensa.*

1.4. *Defensor en la instancia extraordinaria*

En un principio, la Corte pareció entender que la obligación de los tribunales de nombrarle abogado defensor a quien no lo tuviere, no resultaba aplicable a las instancias extraordinarias⁶.

En "Méndez", *Fallos-CSJN*, 298:279, el condenado por un tribunal militar había deducido recurso de queja ante la Corte invocando, entre otros agravios, la carencia de defensor al tiempo de interponer recurso extraordinario. El Alto Tribunal desestimó el agravio, diciendo que:

...no se señala que ese extremo haya constituido algo más que un simple riesgo, y que llegase a traducirse en la real privación de las defensas con aptitud para incidir en el resultado del recurso.

Casos más recientes, sin embargo, parecen haber sentado un criterio opuesto, al menos para ciertas hipótesis extremas.

En "Gordillo", *Fallos-CSJN*, 310:1934, *LL*, 1988-A-169, Gordillo había sido condenado en las instancias ordinarias por la comisión de dos delitos, a la pena de 13 años de prisión. Desde su centro de detención el acusado envió al tribunal de segunda instancia una carta manuscrita, donde solicitaba la casación ante el Superior Tribunal local de la sentencia condenatoria. En esa presentación designó además para el trámite recursivo a un abogado. (No resulta claro del fallo si

⁶ La Corte de los Estados Unidos afirmó igualmente que el derecho constitucional a ser provisto de abogado defensor no se extiende a los procedimientos de apelación no ordinarios o discrecionales, cfr., *Ross v. Moffit*, 417 US 600 (1974).

hasta ese momento Gordillo había sido asistido por el Defensor Oficial, o por otro letrado). El abogado en cuestión se presentó ante la Alzada manifestando que no aceptaba la designación por falta de tiempo material para fundar los agravios del imputado. El tribunal revocó entonces la designación del letrado, y trascartón, declaró formalmente inadmisibile el pedido de casación deducido por el acusado, por falta de patrocinio legal y por no contener la cita de las disposiciones legales violadas o erróneamente aplicadas. Esa decisión motivó por parte de Gordillo la interposición del recurso extraordinario federal.

La Corte consideró a este recurso formalmente procedente. Señaló que si bien no se habían agotado las instancias recursivas locales, ello se debía a actos procesales atribuibles al mismo tribunal de grado. La Corte entendió entonces que razones de equidad, y aun de justicia, determinaban la necesidad de “apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor”.

A continuación, la Corte señaló que la petición manuscrita que había formulado Gordillo estando detenido debía ser entendida como un recurso extraordinario *in forma pauperis*. Respecto de tales recursos añadió que su debida tramitación, *con la pertinente asistencia letrada*, correspondía a los tribunales de la causa. En base a estos principios la Corte entonces dijo:

...analizando el comportamiento del “a quo” parece claro que tenía el deber ineludible —ante la manifestación del letrado de no poder cumplir con su cometido por no contar con tiempo material— de darle la posibilidad real para ello, y si hubiese sido necesario reemplazarlo por otro defensor. La omisión del tribunal en cumplir con estos extremos

constituye una violación al derecho de defensa en juicio que le corresponde al acusado, dado que ha tenido como consecuencia que el letrado designado no haya dicho una sola palabra en su defensa. (Ver consid. 4º; énfasis agregado).

Sobre esta base, la Corte hizo lugar al recurso interpuesto, a fin de que el tribunal de origen arbitrara los medios para que el abogado defensor del procesado tuviese la oportunidad de fundar debidamente el recurso de casación local.

El criterio que surge de este caso parece un claro apartamiento de la doctrina de “Méndez”. Aquí en “Gordillo” la Corte fue muy clara en señalar la obligación que tenía el tribunal de grado incluso de designarle un abogado defensor al acusado, para que éste pudiese tramitar debidamente su recurso extraordinario local. Es más, la Corte señaló que los tribunales provinciales debían acordar a los recursos *in forma pauperis* el mismo tratamiento que ella aplica en estos casos, siendo menester, agregó el Alto Tribunal, que el acusado reciba “efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor”.

La doctrina del caso “Gordillo” fue luego reafirmada en “Fernández s/recurso de queja”, *Fallos-CSJN*, 310:492. Fernández, estando detenido, planteó su excarcelación. Contra la denegatoria de la Cámara interpuso recurso extraordinario, sin asesoramiento legal ni firma de letrado. La Cámara rechazó el recurso por falta de firma de letrado.

La Corte declaró la nulidad del rechazo, diciendo que ante las manifestaciones del procesado era obligación de la Cámara darle intervención al Defensor Oficial para que asumiese su función y proveyera de adecuado asesoramiento al recurrente.

1.5. *El punto de arranque*

Aun cuando el derecho a contar con un abogado defensor parece estar claramente reconocido en nuestro ordenamiento procesal, no es fácil precisar a partir de qué momento del proceso resulta ese derecho constitucionalmente exigible.

En “Romano”, *Fallos-CSJN*, 259:69⁷, el procesado había impugnado la validez constitucional de su declaración indagatoria, puesto que recién se le había hecho conocer su derecho a nombrar abogado defensor al término de la misma. Además, fue tachada de inconstitucional la norma del Cód. Proc. Penal de Santa Fe que autorizaba esa práctica. Desechado por los tribunales inferiores dicho agravio, Romano interpuso recurso extraordinario.

La Corte declaró improcedente el recurso. Arrojando llamativas dudas sobre qué debe entenderse en definitiva por una cuestión federal, dijo que el pronunciamiento apelado “contiene fundamentos de hecho y de derecho común... irrevisables en la instancia extraordinaria”. Con respecto a la alegada inconstitucionalidad de la disposición procesal, agregó que:

...la aplicación de la norma cuestionada que hicieron los jueces de la causa no produjo agravio sustancial a la defensa del recurrente, al que se acordó oportunidad suficiente de información, audiencia y prueba de descargo. En estas condiciones, el recurso extraordinario no ha debido concederse.

Este objetable criterio de afirmar la validez constitucional de la indagatoria en la que el procesado es infor-

⁷ Este caso fue también mencionado al tratar la garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo.

mado de su derecho a designar defensor recién al término de la misma, fue reafirmado posteriormente en el caso “Mauri”, *Fallos-CSJN*, 298:498. Allí la Corte invocó, en sustento de su decisión, que el acto procesal de la indagatoria constituye “un todo unitario en el que el imputado hace efectivo su derecho a designar abogado defensor”.

En la parte final de este capítulo veremos que las normas vigentes en el nuevo Código Procesal Penal han obligado a los tribunales a reexaminar esta cuestión.

1.6. *Actuaciones posteriores a la sentencia definitiva*

En el caso “Fernández, Mario”, *Fallos-CSJN*, 312:1042, la Corte señaló que la actuación del abogado defensor de confianza en un incidente de inimputabilidad posterior a la sentencia definitiva, integra la garantía de la defensa en juicio.

2. **FUNCIONAMIENTO DE LA GARANTIA**

2.1. *Afirmación de la misma*

A continuación veremos algunos supuestos donde la Corte remarcó el rango constitucional del derecho a contar con un abogado defensor.

a) *Defensor separado de su cargo*

En el caso “Felipe Paz”, *Fallos-CSJN*, 279:91, la Corte tuvo oportunidad de afirmar el rango constitucional de la garantía en examen. Paz había sido sometido a proceso por el delito de malversación, designan-

do en la oportunidad de prestar declaración indagatoria un defensor de su confianza. Concluida la etapa de sumario y presentada la acusación fiscal, sin razón aparente alguna se corrió traslado de la misma al Defensor Oficial. Esta decisión del Juzgado jamás le fue comunicada a Paz ni a su defensor particular. Posteriormente, se le notificó sólo al Defensor Oficial el auto de apertura a prueba, sin que éste ofreciese medida alguna en favor del acusado. Paz fue en definitiva condenado en ambas instancias, interponiendo entonces recurso extraordinario.

La Corte declaró al mismo formalmente procedente “por hallarse en tela de juicio la interpretación y aplicación de una cláusula constitucional y ser la decisión recaída adversa al derecho que el apelante funda en ella”⁸. Yendo al fondo de la cuestión, el Alto Tribunal entendió que el derecho de defensa invocado había sido efectivamente vulnerado, al no habersele notificado al imputado “la grave decisión” de darle intervención en la causa al Defensor Oficial. Además, la Corte hizo referencia a la importancia de “salvaguardar en un proceso de naturaleza penal la garantía (de la defensa en juicio) que le sirve de principio y fundamento y que la Ley Suprema declara enfáticamente inviolable”⁹.

⁸ Desde ya esta afirmación de la Corte no significa, sin más, asignarle razón al recurrente en cuanto al fondo de su planteo. Significa, simplemente, que por hallarse discutida la inteligencia de una cláusula constitucional, el recurrente tiene derecho a un pronunciamiento sobre el mérito de su impugnación. Según se desprende de muchos de los casos hasta ahora examinados, la Corte no ha tenido siempre en claro este simple pero fundamental concepto.

⁹ La Corte citó en apoyo de su decisión el precedente registrado en *Fallos-CSJN*, 155:374 al que me referiré más adelante.

b) *La garantía en procesos contravencionales*

Otro ejemplo de afirmación de la garantía en examen es el caso “Marcelina Moyano”, *Fallos-CSJN*, 296:65. Allí en un proceso contravencional se le recibió a la imputada declaración indagatoria sin que en ningún momento del acto o en el procedimiento posterior se le hiciese saber su derecho a proveer a su defensa. Condenada por el Jefe de Policía a veintiún días de arresto, aquélla interpuso recurso judicial por intermedio de un letrado. El mismo le fue denegado por no haber sido designado formalmente dicho letrado como defensor de Moyano durante el proceso; un nuevo recurso fue rechazado por extemporáneo. Ante ello, ésta recurrió directamente ante la Corte, por retardo de justicia.

La Corte acogió los agravios. Se remitió así al muy fundado dictamen del Procurador General quien, con cita de diversos precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, destacó la importancia del derecho de todo acusado en causas criminales a contar con la adecuada asistencia letrada¹⁰. El Alto Tribunal hizo referencia, además, a la necesidad de determinar la verdad en sustancia por encima de los excesos rituales, a fin de posibilitar el debido control de la justicia sobre los órganos administrativos¹¹.

¹⁰ A fin de pronunciarse sobre el fondo del asunto la Corte debió salvar lo que consideró, equivocadamente a mi juicio, el obstáculo derivado de la existencia de una “cuestión procesal”.

¹¹ Un caso de muy similares características se presentó en “González”, *Fallos-CSJN*, 298:578 donde la Corte, con cita de Moyano, revocó una condena contravencional por escándalos, al no habersele informado a la interesada su derecho a proveer a su defensa y a designar abogado defensor. Posteriormente, en “Sueldo”, *Fallos-CSJN*, 306: 821, originado también en un proceso contravencional, la Corte

En otros casos posteriores la Corte debió también afirmar aspectos de esta garantía respecto de personas sometidas a proceso contravencional, y que habían requerido expresamente asistencia letrada.

A pesar de esa circunstancia, ni la autoridad administrativa a cargo de aquél ni los tribunales que actuaron como órgano de revisión tomaron las medidas necesarias para que mediara una efectiva participación de los abogados propuestos. Ver en tal sentido los casos “Bogado de Corbalán”, *Fallos-CSJN*, 304:830; “Casinelli”, *Fallos-CSJN*, 304:1886 —S— y “Salinas”, *ED*, 111-165. En todos ellos la Corte aludió a que “la garantía de la defensa en juicio lleva implícita la de que quien se encuentra sometido a enjuiciamiento pueda contar, al menos ante los tribunales de justicia, con asistencia profesional”.

En otros casos también originados en procesos contravencionales, un recurso interpuesto contra una pena de arresto fue rechazado porque el letrado patrocinante no había adjuntado el *jus* previsional. La Corte revocó, diciendo que se había transgredido el derecho de los recurrentes a ser escuchados, colocándoselos en estado de indefensión al rechazarse la intervención del defensor, sin disponerse en su caso la del Defensor Oficial. Ver así los casos: “García”, *Fallos-CSJN*, 310:2303, y “Ancich”, *Fallos-CSJN*, 310:745 —S—.

señaló que el hecho de que el imputado no hubiese requerido la asistencia de un defensor en su primera declaración no debía entenderse como una renuncia a esa garantía para las etapas posteriores. El Alto Tribunal reiteró aquí lo afirmado en “Arnaiz” en el sentido de que una renuncia tal sólo podía resultar de un acto inequívoco de voluntad, por lo que el tribunal *a quo* debió haber suplido la actitud del procesado para evitar su indefensión.

c) *Restricciones durante el procedimiento*

En “Asseo de Coch”, *Fallos-CSJN*, 296:691, la Corte acogió un recurso extraordinario, con invocación de principios similares a los vistos en los casos anteriores. Así, dejó sin efecto la decisión de los tribunales inferiores de devolver al defensor particular de aquél, los escritos de defensa y ofrecimiento de prueba presentados fuera de término.

Resulta interesante destacar cómo la Corte, por entender que existía una restricción indebida al derecho de defensa, hizo lugar al recurso salvando los tradicionales obstáculos de “cuestión procesal” y “falta de sentencia definitiva”.

En “Salgán y otros”, *Fallos-CSJN*, 312:1998, se había tramitado un proceso por infracciones al Código Aduanero, sin comunicársele a los imputados su derecho a contar con patrocinio letrado. El proceso culminó con una multa por el equivalente de cuatro veces el valor de la mercadería.

La Corte revocó. Con invocación de precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, señaló que la omisión de hacerle saber a los imputados su derecho de contar con auxilio legal era “particularmente relevante... si se tiene en cuenta que... el acusado que no conoce sus derechos y, en consecuencia, no reclama por ellos, bien puede ser la persona que necesite un abogado” (ver consid. 6º).

En “Martínez, José”, *LL*, 1991-A-465, ocurrió lo siguiente. Uno de los procesados había sido condenado por infracciones al régimen penal de estupefacientes ante el Juzgado Federal de Salta. Por excusación del Defensor Oficial, la defensa había sido ejercida por un defensor particular que actuaba como defensor oficial *ad hoc*. La sentencia condenatoria fue apelada por el Fiscal y por el defensor.

Llegada la apelación a la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en Tucumán, ésta intimó al Defensor *ad hoc* del procesado a constituir nuevo domicilio en esa jurisdicción. Ante la falta de respuesta a la intimación, lo tuvo por constituido en los estrados del tribunal. El letrado no compareció ante la Alzada a sostener la apelación. La Cámara hizo lugar a los agravios del Fiscal y elevó la pena impuesta en primera instancia. Vuelto el expediente al Juzgado de origen, el defensor *ad hoc* dedujo ante el tribunal de primera instancia recurso extraordinario. La causa fue elevada a la Cámara Federal para el tratamiento del recurso. Esta lo denegó y el procesado recurrió en queja a la Corte Suprema.

La Corte hizo lugar al recurso. Con invocación de los precedentes vistos en el punto anterior, señaló que existía agravio a la garantía de la defensa. Ello, puesto que:

...la Cámara "a quo" no advirtió que el procesado... era asistido por un abogado particular que ejercía la defensa oficial por excusación del titular de ese ministerio y que, por lo tanto, no podía ser obligado a ejercer el cargo tanto en la ciudad de Salta como en la de Tucumán.

La Corte agregó que la notificación al letrado a los estrados de la Cámara equivalía a "proveer de una mera defensa formal al imputado,... incompatible con el carácter de la garantía de que se trata".

d) *Casos complementarios*

En otros pronunciamientos la Corte volvió a hacerse cargo de planteos relativos a la garantía en examen, afirmando la obligación de los tribunales inferiores de extremar los recursos necesarios para que toda persona sometida a enjuiciamiento pueda contar con la debida asistencia legal.

El caso “Fernández”, *Fallos-CSJN*, 308:1386¹² es un buen ejemplo de ello. Fernández había sido condenado a cinco años de prisión según el fallo de la Cámara. Esa sentencia, sin embargo, no se le había notificado a él en forma fehaciente. Paralelamente, las notificaciones a la defensa de Fernández durante el trámite de segunda instancia habían sido practicadas a un domicilio distinto del constituido. Eso motivó que las cédulas fueron simplemente fijadas en la puerta de ese domicilio, y sin testigos. En desconocimiento de la sentencia condenatoria de Cámara, Fernández había solicitado la designación del Defensor Oficial para que lo asistiera en los trámites de la Alzada. También había tramitado en primera instancia su excarcelación, la cual le fue denegada sin notificación alguna a su defensor.

Al parecer, ya que ello no surge demasiado claro del fallo, Fernández apeló personalmente la denegatoria de la excarcelación, resolución que la Cámara confirmó. El posterior recurso extraordinario de aquél fue también denegado, sobre la base de que el mismo no era autosuficiente ni mencionaba en forma adecuada la cuestión federal. Fernández recurrió directamente ante la Corte.

El Alto Tribunal, con cita de los precedentes de “Arnaiz”, “Moyano”, “González” y “Bogado de Corbalán”, entendió que toda la tramitación precedente implicaba “un inadmisibles menoscabo a la garantía de la defensa en juicio del acusado, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional” (ver consid. 6º). La Corte señaló que de las diversas presentaciones del recurrente se desprendía “el firme reclamo del procesado para que se

¹² Este caso fue también publicado en *LL*, 1987-D-477, con el valioso comentario de Francisco J. D’Albora.

otorgue efectiva intervención a un defensor técnico; demanda que permanentemente ha desoído la Alzada, que sólo proveyó a sus pedidos de manera formal. Dicha circunstancia se tradujo en la constante indefensión del acusado”.

Todo ello, añadió el Alto Tribunal, hacía que no se le hubiese garantizado al procesado un verdadero juicio contradictorio, pues:

*...la garantía de la defensa en juicio en materia penal no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende... a la provisión por el Estado de los medios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la función pública y quien debe soportar la imputación, mediante efectiva intervención de la defensa*¹³. (Ver consid. 7º).

2.2. Limitaciones a la garantía

Los que siguen son supuestos de limitación al funcionamiento de la garantía en examen.

a) Civiles juzgados por tribunales militares

Al analizar algunos principios generales enunciados por la Corte al comienzo de este trabajo —ver *supra*,

¹³ Para otros casos en los que la Corte hizo lugar a recursos extraordinarios de procesados cuyo derecho a contar con asistencia legal había sido respetado sólo de manera formal, cfr., “Najera”, *ED*, 122-522: designación de defensor no notificada al abogado; “Sierra”, *ED*, 122-523: notificaciones al defensor del procesado a un domicilio del que el defensor se había trasladado previamente, dando aviso al tribunal; “Avenida Independencia”, *Fallos-CSJN*, 308-1557: juez que al sustanciar una apelación en procedimiento por infracción a la ley de abastecimiento, omite designar la audiencia para sostener la apelación.

Capítulo II, punto 2.1.— hice mención de una primera limitación a la garantía en examen. Me refiero al muy discutible criterio según el cual el derecho a contar con un abogado defensor de la elección del acusado desaparece en los casos en que civiles son sometidos al régimen de la Justicia Militar.

En “Rodríguez y otros”, *Fallos-CSJN*, 254:116, la Corte tuvo oportunidad de analizar la validez constitucional de una ley que disponía el juzgamiento de civiles por tribunales militares, de resultas de la cual la defensa de éstos sería asumida por oficiales militares no letrados. En su voto mayoritario la Corte afirmó la validez de la ley, en virtud de la situación de necesidad y emergencia que, a criterio del tribunal, imperaba en ese momento.

En su voto en disidencia el doctor Boffi Boggero, en cambio, propugnó la inconstitucionalidad de la ley por entender que la misma afectaba el derecho a la libre elección del defensor, “violándose así una de las garantías básicas de la defensa en juicio” —ver consid. 17 de ese voto—.

b) *Defensor en sede policial.*

La situación en el nuevo Código Procesal Penal

En algunos casos sometidos a su decisión, la Corte ha examinado el tema de la posible extensión del derecho a contar con un defensor al área de las declaraciones policiales. El resultado no ha sido demasiado promisorio en favor de dicha extensión.

En “Payró”, *Fallos-CSJN*, 300:353, el imputado había sido sometido a proceso por infracción a una ley provincial de represión de juegos de azar. En ese procedimiento, aquél declaró ante la autoridad policial sin asistencia letrada, haciéndosele saber en ese acto su

derecho a oponer defensas y presentar descargos ¹⁴. Condenado en sede policial, fue interpuesto un recurso judicial, esta vez por intermedio de un letrado. Luego de confirmada la condena en la instancia judicial, Payró dedujo recurso extraordinario, invocando que su derecho a asistencia letrada había sido violado.

La Corte desestimó el agravio. Por un lado, afirmó que ante el tribunal de apelación el procesado había tenido oportunidad de ensayar libremente su defensa y de ser asistido por un abogado. Así, señaló que:

...ello basta para que no se haya visto afectada su libre defensa en juicio, toda vez que tuvo esa oportunidad en alguna de las etapas del procedimiento.

Por lo demás, la Corte agregó que no existía constancia en autos de que a Payró se le hubiese negado el patrocinio jurídico en sede policial, ni tampoco había indicado éste qué defensa o prueba se había visto privado de invocar o ejercer.

Este criterio fue reafirmado posteriormente en el caso "Menna", *Fallos-CSJN*, 301:919. Allí Menna había sido condenado a una pena de treinta y cinco días de arresto en un proceso contravencional, cuya cabeza era la declaración policial que aquél prestara sin asistencia legal, conforme lo autorizaba el Código de Faltas local. Contra dicha condena se interpuso recurso judicial de nulidad, y ante su desestimación, recurso extraordinario.

La Corte confirmó. Entendió así que la disposición que autorizaba a la autoridad policial a recibir declaración sin asistencia legal no importaba, sin más, priva-

¹⁴ Esta circunstancia hace diferir este caso del precedente de "Moyano" ya citado.

ción o restricción sustancial de la defensa. Ello, por cuanto el Código de Faltas contemplaba la posibilidad de ser asistido legalmente con posterioridad a esa declaración, y de rectificarla¹⁵.

Debe recordarse, sin embargo, el criterio expuesto con posterioridad por dos miembros de la Corte en el caso “Francomano” examinado en el Capítulo anterior¹⁶. Según expliqué allí, un sector minoritario de nuestro Alto Tribunal pareció dispuesto a aceptar la presencia del abogado defensor durante un interrogatorio policial.

El Código Procesal Penal sancionado por ley 23.984 trae al respecto normas de confuso alcance. Por un lado, el art. 197 pone en cabeza del juez la obligación de “... *invitar al imputado a elegir defensor...*”, lo cual deberá cumplir “*En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial...*”. El art. 205, párr. 3º, a su vez, dispone que “... *En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comuniquen con su defensor inmediatamente antes... de cualquier acto que requiera su intervención personal...*”. Dentro de los actos que requieren la “intervención personal” del imputado debe incluirse su reconocimiento en rueda de presos. Ello daría pie a pensar que estamos ante un acto previo al cual el imputado puede pedir la presencia de su abogado defensor.

Otras normas, sin embargo, tornan la situación poco clara. Según analizamos en el capítulo anterior, el es-

¹⁵ En el caso “Cutule”, *Fallos-CSJN*, 303:167 —S—, la Corte volvió a sostener la validez de una declaración policial sin asistencia legal en un procedimiento contravencional, afirmando que el apelante no demostró en qué modo esa falta de asistencia legal pudo hacer variar la decisión final de la causa.

¹⁶ Cfr., Cap. VII, 3.4., b).

quema del nuevo Código parece ser el de prohibir por completo los interrogatorios policiales, de manera tal que no sería razonable pensar en la presencia del abogado para interrogatorios que, supuestamente, no han de tener lugar.

En lo que se refiere a los reconocimientos, el art. 200 del Cód. Procesal Penal señala que el derecho del defensor a presenciarlos existe en la medida en que tales actos, “...por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles...”.

c) *La incomunicación de los detenidos.*

La situación al amparo del anterior

Código de Procedimientos en materia Penal

Intimamente ligado con la cuestión de la asistencia letrada en sede policial se encuentra el delicado tema de la incomunicación de los detenidos.

Durante mucho tiempo, la práctica usada casi como regla en el ámbito de la Capital, era la de decretar la incomunicación de todas las personas detenidas por vía policial, hasta tanto se producía la declaración indagatoria del detenido.

Ese período de incomunicación, además, distaba de ser algo momentáneo. Entre la detención de una persona y su comparecencia a prestar indagatoria transcurría por lo general un plazo no inferior a cuatro o cinco días durante el cual se preparaba el sumario policial, sumario en el que rara vez faltaba la “espontánea” del detenido.

Del análisis de las normas del anterior Código de Procedimientos en materia Penal surge, a mi entender, que el legislador tenía en mira una situación diferente. Por un lado, el art. 4º de ese Código señalaba la obligación de los agentes del orden de “poner inmediateamente

te a disposición del juez competente” a toda persona detenida. A su vez, el Juez de Instrucción tenía por otro lado la obligación de recibirle al detenido declaración indagatoria “dentro de las veinticuatro horas a contar desde que fue puesto a su disposición”¹⁷.

Lo llamativo era ver cómo, en la práctica, la misma expresión “poner a disposición” se interpretaba en forma manifiestamente diferente en cada uno de estos preceptos. Así, para el art. 4º, un detenido era “puesto a disposición” del juez cuando, por vía de un despacho telegráfico, se comunicaba al Juzgado de la existencia de una detención. A partir de entonces, se entendía que el juez tenía al detenido “a su disposición” en los términos de esta última norma. Paralelamente, a los fines del art. 237 la “puesta a disposición” recién se operaba cuando el detenido era físicamente trasladado al Juzgado días después de la detención.

No conozco casos en que la validez constitucional de la institución de la incomunicación de los detenidos hubiese sido presentada ante la Corte. Ello, pese a que impedir a una persona sometida a proceso penal todo contacto con un letrado durante un período en el que elementos vitales para la decisión de la causa son recolectados, parece importar una limitación a la garantía en examen merecedora de una definición en cuanto a su validez¹⁸.

Pese a la mencionada indefinición en el área de la incomunicación de los detenidos, la Corte sí tuvo oportuni-

¹⁷ Ver art. 237 del anterior Código de Procedimientos en materia Penal.

¹⁸ Según se desprende del caso “Rivero”, JA, 1979-III-356, el criterio seguido en la provincia de Córdoba, al cual adhiero entusiastamente, es el de permitir al abogado defensor conversar con su cliente *incomunicado*, previo a la indagatoria. Para una observación crítica a este principio, ver el comentario al fallo de Julio J. Martínez Vivot (h).

dad de sentar un criterio que pareció brindar sustento constitucional a cualquier tipo de limitación o restricción en dicha área. Un caso posterior, sin embargo, atenuó considerablemente los alcances de ese criterio inicial.

En el caso “Jorge Antonio”, *Fallos-CSJN*, 236:657, éste había sido sometido a proceso penal por infracción a la ley de monopolios, proceso que tramitaba en la Capital Federal. Paralelamente, y con invocación de las facultades acordadas al Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, el procesado había sido confinado a un establecimiento carcelario en el Territorio de Tierra del Fuego, por “razones de seguridad”. El defensor de aquél atacó la validez constitucional de esa medida, alegando que la misma importaba una violación a la garantía de la defensa en juicio, en cuanto impedía la debida comunicación entre el procesado y su defensor.

Llegado el planteo a la Corte, la “medida de seguridad” fue declarada válida. El Alto Tribunal basó en parte su decisión en las facultades del Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, afirmando además que:

...en lo que atañe a la pretendida violación del derecho de defensa que se alega en cuanto la relegación dispuesta impide al relegado una fácil comunicación con sus defensores, no estima el tribunal que la garantía invocada se encuentre sustancialmente afectada. Ha de considerarse que durante el sumario no hay debates ni defensas...; que las diligencias pèdidas y denegadas en el sumario pueden ser propuestas de nuevo en plenario... El hecho de que el defensor no pueda durante el sumario entrevistarse con su defendido con la facilidad que autorizan (las normas procesales) no implica menoscabo para la defensa, pues ésta se realiza en el plenario con la debida amplitud¹⁹.

¹⁹ Con fundamentos análogos, la Corte afirmó la validez de medidas similares en “Kelly”, *Fallos-CSJN*, 242:112 y “García”, *Fallos-CSJN*, 256:602.

Posteriormente, en el caso “Vélez Carreras”, *Fallos-CSJN*, 282:153, una situación similar se presentó ante la Corte. Los procesados, también reclusos por invocación del estado de sitio en un establecimiento carcelario alejado de la jurisdicción en que el proceso tramitaba, atacaron la validez de la medida alegando que la misma traía como consecuencia la indebida prolongación de la causa. La Corte rechazó la impugnación, afirmando que la condición de procesado de una persona no era obstáculo para que el Poder Ejecutivo ejerza respecto de ella las facultades que le confiere el art. 23 de la Constitución. Sin embargo, la Corte agregó que a los procesados debía reconocérseles el derecho de “reclamar las facilidades o medios que resulten necesarios para asegurar una comunicación con sus defensores que satisfaga adecuada y razonablemente las exigencias de la defensa”²⁰.

Más recientemente, la cuestión de la libre comunicación entre el defensor y detenido por traslado de éste, se planteó en el caso “Lambruschini”, *Fallos-CSJN*, 306:2161. La prisión preventiva rigurosa que se le había impuesto a Lambruschini en el marco del proceso seguido contra las Juntas Militares por su rol en la lucha contra la subversión fue apelada por el imputado. Entre otros agravios, Lambruschini se quejó de que se lo hubiese alojado en la localidad de Magdalena, provincia de Buenos Aires. Su defensor sostuvo que a raíz de la distancia existente entre esa localidad y la Capital —lugar de asiento del juicio— ello le ocasionaba una restricción al derecho de defensa de su cliente.

²⁰ El voto minoritario, en cambio, entendió que la garantía de la defensa en juicio había sido violada, al haberse tornado difícil o ilusoria la posibilidad de los imputados de atender a las alternativas del proceso.

Respecto de este agravio, la Corte comenzó por señalar que no compartía el criterio mayoritario del precedente de “Kelly” (*Fallos*, 242:112, *supra*, nota 19). Dijo así el Alto Tribunal que hacía suya la doctrina del voto minoritario en ese caso, según la cual:

...la circunstancia de que el procesado se halle alojado en un establecimiento sito en el lugar donde tiene su asiento el tribunal que instruye el proceso, “o en lugar inmediato a él”, integra razonablemente la garantía constitucional de la defensa en juicio. (Énfasis en el original).

La Corte señaló entonces que existía una distancia “escasa” entre el establecimiento donde se encontraba Lambruschini y la sede del tribunal, por lo que, en razón de los medios de comunicación contemporáneos y la etapa en que se encontraba el proceso, no podía afirmarse que aquel principio se hubiese vulnerado.

Si bien en forma muy atemperada, el Alto Tribunal en este caso volvió a considerar la etapa del proceso que se le seguía a Lambruschini, como un factor que permitiría, de alguna manera, mayores limitaciones al derecho a comunicarse libremente con el defensor. Paralelamente, recuérdese el criterio expuesto por la Corte en “Jorge Antonio”, en el sentido de que cualquier deficiencia o restricción impuesta a la defensa en la etapa sumarial se “cura” con la tramitación de un plenario regular.

Ahora bien, es cierto que difícilmente la Corte vaya otra vez a sentar criterios tan restrictivos como los que permitió en el caso “Jorge Antonio”. Al menos ahora sabemos que el centro de detención de un imputado no puede estar demasiado alejado de la sede del tribunal (claro que saber qué se va a entender el día de mañana por “lugar inmediato” o “no demasiado alejado”, parece más bien propio de la adivinación atento a la notoria va-

guedad de estos términos). Pero volviendo al criterio que emana de "Jorge Antonio", no puede dejar de advertirse la peligrosa latitud del mismo. La experiencia en el campo del procedimiento penal, al menos como se lleva a cabo en la Capital, muestra que la etapa del sumario es mucho más que una parte meramente preparatoria del juicio penal propiamente dicho. En efecto, la manera en que se desarrolla esa primera etapa suele sellar la suerte del procesado, quien si no cuenta en la misma con el debido asesoramiento legal, corre el serio riesgo de no poder revertir su posición durante el plenario.

2.3. *La incomunicación en el nuevo Código Procesal Penal y el derecho a la entrevista previa*

a) Uno de los aspectos donde más innovó el nuevo Código Procesal Penal en el orden nacional, es en lo que hace al derecho del detenido incomunicado a entrevistarse con su abogado defensor (particular o de oficio), previo a recibírsele declaración ante el juez. Este derecho así consagrado ha sido ya fuente de diversas críticas y de algunas polémicas²¹.

El derecho del imputado, aun incomunicado, de entrevistarse con el defensor emana del juego de los arts.

²¹ Una fuerte crítica al régimen del nuevo Código Procesal Penal puede verse en el trabajo de Munilla Lacasa, *Algunos comentarios acerca de la incomunicación y la confesión a la luz del nuevo Código Procesal en Materia Penal, LL, 1991-E-1207*. Allí el citado autor centra su ataque en lo que considera la incongruencia de mantener el instituto de la incomunicación luego de la detención, pero no incluir en ella al abogado defensor. Para un panorama opuesto a esa crítica, señalando las posibles ventajas del nuevo sistema en cuanto a un más efectivo ejercicio de la garantía contra la auto-incriminación, ver mi trabajo *La incomunicación y la confesión a la luz del nuevo Código Procesal Penal. Otra cara de un análisis, LL, 1992-A-887*.

197 y 205 del Cód. Procesal Penal sancionado por ley 23.984. El primero dice en la parte pertinente que “...*El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los arts. 184 penúltimo párrafo y 294, bajo pena de nulidad de los mismos...*”. El art. 184 penúltimo párrafo se refiere a los supuestos en que el detenido manifiesta razones de urgencia para declarar, en cuyo caso la policía debe simplemente instruirlo acerca de su declaración inmediata ante el juez, no estando habilitada para interrogarlo. El art. 294, a su vez, legisla sobre la declaración indagatoria en sede judicial.

Este panorama se completa con el art. 205 del Código, que en lo que aquí interesa señala: “...*En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal...*”.

b) Algunos fallos dictados por los tribunales orales de juzgamiento con sede en la Capital han venido a sentar reglas de suma importancia para la efectiva vigencia del derecho examinado en el párrafo anterior. El primero emanó del Tribunal Oral n° 9, causa “Navarrete”, resuelta el 20 de abril de 1993. Otro es el recaído en la causa “Píriz, Néstor”, Tribunal Oral n° 2, sentencia del 31 de marzo de 1993. Ambos fueron publicados en *LL*, ejemplar del 24/9/93, fallos nros. 91.625 y 91.626.

Lo discutido en esos casos fue lo siguiente. Si el imputado ha manifestado antes de declarar su deseo de contar con asistencia técnica para el proceso, ¿alcanza para garantizar su derecho a la entrevista previa que el tribunal le haya hecho saber sus derechos (el de la entrevista incluido), o es necesario que además se notifique *al defensor* en cuestión?

Los hechos de los dos casos fueron similares. Previo a la indagatoria los imputados habían manifestado que deseaban ser defendidos por el Defensor Oficial, aun cuando al parecer no habrían explicitado su deseo de tener la entrevista antes de la declaración.

En la inteligencia de que el haber comunicado al imputado sus derechos era suficiente, los Juzgados de instrucción actuantes procedieron a recibir las indagatorias. Los Defensores Oficiales en ambos casos se enteraron de su designación como tales, recién después de cumplidos esos actos procesales. El Defensor Oficial actuante en "Píriz" planteó la nulidad de la indagatoria, mientras que en el otro caso, de oficio el Tribunal Oral analizó la validez de aquella declaración.

A continuación voy a examinar los temas trascendentes que estos pronunciamientos tocan.

1) Está en juego el alcance de la garantía constitucional de contar con una defensa eficiente.

Ambos pronunciamientos enfocaron la cuestión en torno al derecho constitucional de todo imputado de contar con debida asistencia legal, desde la primera aparición ante un tribunal judicial.

El fallo del Tribunal n^o 9, en tal sentido, contiene una prolija y completa recopilación de los criterios sentados por la Corte Suprema, relativos a ese derecho. Para el efectivo ejercicio del mismo —puntualiza acertadamente el fallo— "no basta con que formalmente se haya legitimado a un defensor para actuar en juicio, sino que se le debe haber dado oportunidad útil de hacerlo en la defensa del justiciable".

Lo trascendente de los fallos es que ambos tribunales han considerado que la garantía de la defensa efectiva exige que se notifique al defensor de su designación

previo a recibírsele la indagatoria a su cliente, de manera de asegurar que la entrevista pueda tener lugar.

Ahora bien, parece claro que los tribunales prefirieron no hablar de una posible violación a la garantía de no verse obligado a declarar contra uno mismo (art. 18, Const. Nacional). El haber optado, en cambio, por tratar estos casos como relativos a la garantía de contar con efectiva defensa técnica, le permitió a los tribunales sortear dos potenciales obstáculos de suma importancia:

Primero: No es necesario acreditar coacción.

De haberse invocado el privilegio de no autoincriminarse en causa penal, podría haber existido un cuestionamiento acerca de la falta de indicios de que estos imputados hubiesen sido “obligados” a declarar.

En efecto, según se vio en el capítulo anterior, el caso “Cabral, Agustín s/contrabando” fallado recientemente por la Corte Suprema, sugiere que el derecho a no incriminarse recién se vuelve operativo ante “actos de coacción”. Ante criterios restrictivos de esta naturaleza, es comprensible que los tribunales orales hayan querido buscar el fundamento de su decisión en un derecho constitucional distinto.

Segundo: No es necesario que haya habido confesión.

Este es un criterio realmente importante que se desprende de los fallos que comento. En efecto, los tribunales podrían haber señalado que sin perjuicio de cualquier transgresión a los derechos del imputado, en ninguno de los casos había existido una admisión de responsabilidad. Podrían haber argumentado en tal sentido que se estaba ante planteos de nulidad por la nulidad misma, no existiendo un gravamen concreto, resultante de no habersele asegurado al imputado su derecho a entrevistarse con su defensor.

El fallo del Tribunal n° 9 encara esta cuestión con fuerza. A partir de su considerando 8° señala que si el derecho puesto en cabeza del imputado es el de contar con asistencia legal antes de su indagatoria, ese derecho se ve lesionado ante “la privación del consejo legal, cualquiera que éste fuera, y del control de la regularidad del acto por parte del defensor”.

Creo que estamos ante un principio sano. No hay manera de especular acerca de qué cosas podría haberle dicho el defensor a su cliente si se le hubiese dado una oportunidad seria de entrevistarlo. Por ejemplo, podría haberle dicho que no declare, o que enfatice detalles de hecho cuya real trascendencia jurídica el imputado por sí no advierte. Con su presencia en el acto de la indagatoria, además, podría haber controlado que los dichos del cliente son asentados de la manera en que realmente los dijo.

Lo cierto es que los fallos que comento toman el valiente camino de mostrar que para el ejercicio de los derechos hay un momento oportuno, pasado el cual no tiene ya sentido decirle a alguien que *tenía* ese derecho.

2) El derecho en cuestión es renunciable, pero de forma expresa.

También con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema, aplicada *mutatis mutandi* a la cuestión planteada, se señala que el imputado puede renunciar a su derecho a la entrevista previa. Ello, a condición de que se trate de una renuncia expresa.

Esta postura de los tribunales tiene estas dos implicancias. La primera es que abandona una concepción tuitiva de los derechos de los individuos frente al Estado. Vale decir, un derecho no debe serle impuesto al individuo, y sus decisiones son las que prevalecen, incluso por sobre la voluntad de su abogado defensor.

Pero para que la renuncia en cuestión sea válida, es menester que la misma sea expresada de forma que no queden dudas de que el imputado entendió su derecho a la entrevista y renunció libremente a él.

La segunda cuestión es ya más delicada y se vincula con lo que fue el planteo de la Defensoría Oficial en el caso "Píriz". Allí la defensa había sostenido que el derecho a la entrevista que consagra el art. 197 del Cód. Proc. Penal es principalmente del defensor, ya que es a éste a quien le privan del derecho de ejercer efectivamente su defensa. En línea con ese razonamiento, el defensor señaló que no era posible que el derecho a la entrevista previa pudiese ser renunciado por el imputado, quien no es su destinatario.

El fallo dictado en la causa "Píriz" rechazó esta posible interpretación. El tribunal sostuvo que el lenguaje del Código sugería con claridad que estábamos ante derechos en cabeza del imputado y que las facultades acordadas a los defensores no eran mandatorias desde el momento en que se señalaba que ellos "pueden" entrevistar a sus clientes, y "pueden" estar presentes en las indagatorias.

En tal sentido, el tribunal actuante concluyó que: "No estamos ante un derecho del defensor para una protección del ejercicio profesional, sino ante una protección de finalidad superior, la del derecho del imputado a contar con asesoramiento legal antes de responder a los cargos que le están haciendo". Sobre esa base, se resolvió que es el imputado, "titular de todas las garantías que rodean el juicio", quien puede decidir si va a contar o prescindir del asesoramiento.

Pese a lo bien intencionado del criterio de la Defensoría Oficial y a lo dificultoso del problema, me resulta más persuasiva la línea argumental contenida en los fallos. El derecho constitucional a designar un defen-

sor tiene que tener como correlato el de no designarlo, en la medida en que entendamos a los derechos del art. 18 de la Constitución como verdaderas prerrogativas frente al Estado. Es que, debe recordarse, todo nuestro sistema de control de la constitucionalidad de los actos del poder público se basa justamente en esa construcción. Si los derechos constitucionales no son justamente límites al poder público, no se entiende cómo puede declararse la invalidez de las leyes y actos de esos poderes públicos, dictados de acuerdo al mecanismo regular instituido a tal efecto²².

c) Otros fallos relevantes dictados por tribunales orales de la Capital son:

1. "A. G. A.", Tribunal Oral n° 7, causa resuelta el 27/4/93, *ED*, ejemplar del 9/9/93, fallo n° 45.266, donde se declaró la nulidad de la indagatoria del imputado, por haber sido su defensor oficial notificado de su designación con posterioridad a dicha declaración.
2. "Colina Vega", Tribunal Oral n° 2, causa resuelta el 20/5/93, *LL*, ejemplar del 2/9/93, fallo n° 91.567. Allí la defensa planteó la nulidad del acto por el cual el imputado se negó a prestar declaración indagatoria. La nulidad se fundó en que no se le había brindado al imputado la posibilidad de realizar la consulta previa con su abogado. El Fiscal se opuso, sosteniendo que por haberse negado el imputado a declarar, no había existido una real afectación al derecho de defensa de aquél.

²² Sobre el particular puede verse Tribe, *Constitutional choices*, p. 12.

El tribunal resolvió en favor de la nulidad, señalando que la decisión de no declarar puede resultar perjudicial para la situación procesal del imputado, pues esa decisión implica no utilizar una oportunidad de defensa.

2.4. *El requisito de la efectiva asistencia legal*

Según ha mencionado la Corte en algunas oportunidades, la garantía en examen requiere que ella sea observada algo más que formalmente. Con otras palabras, que no basta con que una persona cuente con asesoramiento legal; ese asesoramiento debe ser *efectivo*²³.

a) *El principio general*

En el ya mencionado caso “Rojas Molina”, *Fallos-CSJN*, 189:34, el acusado había sido procesado por delito de homicidio. En su declaración indagatoria había alegado haber actuado en defensa propia, designando para su defensa al Defensor Oficial. Formulada acusación fiscal, la misma no fue contestada por el defensor, quien tampoco produjo pruebas durante el plenario, ni alegó. Rojas Molina fue condenado a la pena de 17 años de prisión, la cual no fue apelada por el Defensor Oficial.

La Corte revocó la condena. Luego de reseñar los hechos de la causa, el Alto Tribunal afirmó que:

...se han violado reglas esenciales del procedimiento; el acusado ha sido condenado sin ser oído, puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en

²³ Con análogo criterio, en el Derecho americano numerosos casos ilustran el requerimiento en esta área de *effective counsel*. Entre ellos, cfr., *Geders v. United States*, 425 US 80 (1976) y *Weatherford v. Bursey*, 429 US 545 (1977).

defensa del acusado... Toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la "necesidad de una defensa efectiva". (Énfasis agregado).

Asimismo, la Corte se remitió al precedente de "Cipriano Vázquez"²⁴, en donde se había afirmado que "no es suficiente que se llene la fórmula de la defensa con un patrocinio de oficio". El Alto Tribunal agregó que, si en ese caso se había confirmado la condena impuesta, ello se debió a negligencia del propio Vázquez quien, a diferencia de Rojas Molina, se encontraba en libertad durante la tramitación de la causa.

b) *Casos de defensa inefectiva*

El requisito de la "efectiva" defensa fue luego reafirmado en casos posteriores.

En "Pintos", *Fallos-CSJN*, 279:27, luego de dictada la sentencia condenatoria, el defensor de Pintos había deducido recurso de nulidad basado en vicios del procedimiento. Estos consistían en que las notificaciones de los autos de prisión preventiva y apertura a prueba no habían sido debidamente diligenciadas. Todo ello había creado, según el recurrente, un estado de indefensión del procesado.

La Corte admitió los agravios. Dijo así que "de autos no resulta que haya mediado una efectiva participación de la defensa del procesado Pintos, por lo que corres-

²⁴ *Fallos-CSJN*, 155:374. Allí Vázquez, procesado por el delito de abuso de armas, designó en su indagatoria defensor particular pero sin suministrar en ningún momento al Juzgado los medios para hacerle llegar al defensor la notificación de su nombramiento. Ante ello, se le designó al Defensor Oficial, quien actuó regularmente durante el proceso. Vázquez fue en definitiva condenado.

ponde concluir en la procedencia de la nulidad articulada, con fundamento en la violación de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional”.

El Alto Tribunal remitió además a los fundamentos expuestos por el Procurador General quien, en su dictamen, invocó los precedentes de “Arnaiz” y “Rojas Molina”.

Otros casos resueltos con iguales fundamentos son: “Martínez”, *Fallos-CSJN*, 310:2078, donde la Corte conoció de un recurso extraordinario interpuesto por el propio procesado, habiendo el Defensor Oficial simplemente “patrocinado” el recurso, sin ningún estudio serio de la causa.

En “Magui Agüero”, *Fallos-CSJN*, 311:2502, a su vez, el procesado había sido condenado en segunda instancia a una pena de cumplimiento efectivo, recogiendo así los agravios del Fiscal que había apelado la sentencia más favorable al imputado impuesta en primera instancia. Notificado de esa apelación fiscal y de un pedido de cambio de calificación, el Defensor Oficial se había simplemente “notificado” de ello, sin tomar jamás contacto con su defendido para los trámites de la apelación.

Con invocación de sus precedentes sobre la necesidad de dotar al imputado de “efectiva defensa técnica para evitar así un estado de indefensión”, la Corte revocó.

Por último, en el caso “G. M.”, *ED*, 146-209, la Corte con cita de “Magui Agüero”, señaló que no correspondía denegar un recurso extraordinario interpuesto personalmente por el condenado privado de su libertad, sin intimar previamente a su defensor de confianza para que lo fundamente.

La Corte dijo que “en esas condiciones no se ha garantizado una efectiva defensa de los intereses del justiciable y debe anularse el auto denegatorio del recurso in-

terpuesto *in forma pauperis* ..., y devolverse los autos a la Cámara a fin de que provea lo conducente a la intervención de asistencia letrada con carácter previo a la decisión sobre la procedencia del recurso extraordinario”.

c) *Negligencia del abogado*

La Corte ha reafirmado el principio según el cual la negligencia del abogado defensor no puede acarrearle perjuicios al imputado.

En “Cardullo”, *Fallos-CSJN*, 302:1669, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires había decretado la deserción de un recurso de apelación interpuesto por el condenado y por su defensor, por la omisión de éste de fundar el recurso. Así, dejó firme una sentencia de primera instancia que condenaba al acusado a 9 años de prisión.

Interpuesto recurso extraordinario, la Corte revocó. Con invocación de “Moyano”, el Alto Tribunal entendió que debía salvarse el obstáculo de la existencia de una cuestión procesal, dado que se había restringido indebidamente el derecho de defensa del acusado. La Corte agregó que la garantía constitucional de la defensa en juicio resultaba violada al haberse sancionado la falta del defensor en cabeza del imputado.

El principio éste de que la negligencia del abogado no puede repercutir en perjuicio de su cliente fue de alguna manera reexaminado luego en el caso “Trerotola”, *Fallos-CSJN*, 306:195.

Allí se planteó lo siguiente. El acusado había sido condenado por el delito de homicidio. Durante el trámite de segunda instancia, y a pedido de otros co-procesados, la Cámara había suspendido el plazo para expresar agravios, en resolución que aparentemente no le fue notificada al procesado Trerotola. Luego de cumplidas esas

suspensiones, la Alzada dictó su sentencia confirmando las condenas impuestas. La defensa de Trerotola interpuso entonces recurso extraordinario alegando que esa omisión de notificarle la suspensión dispuesta lo había privado del acceso a la causa para la debida fundamentación de los agravios.

La Corte desestimó el recurso. Hizo notar que el abogado del recurrente no había hecho ante la Cámara ninguna presentación de la que surgiera su alegada imposibilidad de acceder a las actuaciones. Dijo además que en ningún momento el recurrente expresaba de qué pruebas o defensas se había visto privado con posibilidad de incidir en el resultado del pleito.

Es claro que con lo expuesto, a la Corte le hubiera alcanzado para desestimar un recurso de tan dudosa procedencia. Pero a modo de refuerzo de su decisión, el Alto Tribunal agregó:

...cabe recordar... que la inviolabilidad de la defensa en juicio exige que se conceda una efectiva oportunidad de probar y alegar en resguardo de los derechos del encartado; pero, si ofrecida esa oportunidad ella no es utilizada por negligencia imputable al interesado, su agravio no es atendible pues no se configura una ilegítima restricción a la garantía de que se trata. (Ver consid. 3º y sus citas).

Esta afirmación del tribunal me suscita algunas dudas. El “interesado” al que la Corte se refiere, supongo, debe ser el propio acusado. Es él, y no su abogado, quien realmente tiene el máximo interés en el resultado del proceso. Ahora bien, en este caso, según vimos, la negligencia —de haber existido— fue del abogado actuante y no del procesado, al no haber aquél hecho presentación alguna ante la Cámara haciendo saber de su alegada imposibilidad de acceder al expediente para fundar los agravios. A ver si soy más claro. Si al “inte-

resado” en una causa penal —esto es, *el imputado*— se le da amplia oportunidad de defenderse y no lo hace, si se guarda pruebas que lo hubieran beneficiado, si debidamente notificado de una sentencia condenatoria opta por no apelar, etc., esa desidia o negligencia suya es razonable que no comporte violación o garantía constitucional alguna²⁵. Pero, como lo hizo notar la Corte en “Cardullo”²⁶, distinta debe ser la situación si la negligencia es ya imputable al defensor.

Pero, claro está, para que la Corte pueda examinar la situación de un condenado que alega negligencia de su letrado, debe estarse frente a casos de clara ineffectividad del profesional. En “Rodríguez”, *Fallos-CSJN*, 304: 1412, la Corte rechazó por extemporáneas las cuestiones federales que se introducían por un nuevo letrado recién en el recurso extraordinario, cuando el procesado había contado con adecuada asistencia técnica en las etapas ordinarias.

²⁵ Una situación de ese tipo fue la que se planteó en el precedente de *Fallos*, 239:51 que la Corte invocó en sustento de su decisión. En ese caso la Corte había desestimado la apelación del procesado contra una resolución confirmatoria de una multa por infracción a una ley provincial de vinos. En su presentación ante la Corte el condenado argumentó que su derecho de defensa había sido violado. El Alto Tribunal rechazó este argumento, haciendo notar que al recibírsele declaración al imputado se le había hecho saber su derecho a examinar las actuaciones sumariales y a ofrecer prueba en su descargo, sin que aquél hiciera ejercicio de tales derechos. Sobre esa base —distinta de la de “Trerotola”— la Corte señaló que “si ofrecida la oportunidad razonable (de ser oído y ofrecer prueba) ella no fuera utilizada por voluntad o negligencia de la persona de cuya protección se trata, la garantía que asegura y consagra el art. 18 de la Const. Nacional no puede considerarse lesionada” (énfasis agregado).

²⁶ Extrañamente, este precedente fue también citado por la Corte en apoyo de la afirmación transcrita en el texto.

Casos más recientes donde la Corte afirmó que de la negligencia, inactividad, ignorancia de las leyes o descuido del defensor no puede derivarse un perjuicio para el imputado, en especial si se trata de reclamos de quienes se hallan privados de su libertad, son:

1. “Ojer González”, *LL*, 1993-B-285. En este caso la Corte revocó los sucesivos fallos de la Alzada que desestimaron por extemporáneas las apelaciones deducidas personalmente por el condenado, ante la pasividad de su defensor.
2. “Vallín”, *ED*, 147-101. Allí el imputado había sido condenado en las instancias inferiores a una pena de prisión con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado. Agraviándose de la imposición de esa accesoria, el imputado interpuso por sí y sin patrocinio letrado recurso extraordinario. La Cámara dio entonces intervención al Defensor Oficial para que fundamentara el recurso. Este fue denegado y la denegatoria sólo notificada al Defensor Oficial, quien manifestó que no encontraba fundamentos para sustentar la queja. Un año después de la denegatoria el condenado insistió ante el juez de primera instancia con sus planteos de que no correspondía mantener la accesoria de reclusión, y dedujo además recurso de queja ante la Corte por la denegatoria del extraordinario ocurrida un año atrás.

La Corte revocó la denegatoria del recurso extraordinario. Invocó para ello su jurisprudencia en el sentido de que “es de equidad, y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor (*Fallos*, 5:459)”.

2.5. *Divergencias entre abogado y cliente* *¿qué voluntad prevalece?*

Una cuestión interesante se plantea en los casos en que el abogado defensor y su cliente mantienen una diferencia de criterio en cuanto, a por ejemplo, la necesidad de interponer o no un recurso, o la procedencia de éste. La pregunta en esos casos es: si el defensor desoye el mandato de su cliente ¿está éste siendo privado del requisito de la efectiva asistencia legal? Paralelamente, ¿qué voluntad debe predominar? A continuación veremos algunos casos que se vinculan con esta cuestión.

a) En “MacLeod”, *Fallos-CSJN*, 217:1022, el procesado había sido condenado a 15 años de prisión por un homicidio que él había confesado sin retaceos. La sentencia condenatoria le fue notificada al acusado, quien manifestó de manera expresa su conformidad con ella. A pesar de esta circunstancia, su defensor la apeló ante la Corte Suprema. El Alto Tribunal consideró mal concedido el recurso. Dijo que una vez que el acusado había manifestado que aceptaba la decisión condenatoria:

...de esa manera (la sentencia) quedaba ejecutoriada a su respecto; no pudo prevalecer (la voluntad) del defensor contrariando la de su defendido, más aún cuando ambos se hallan identificados en un único interés, el del procesado, y configurando una sola parte en el juicio que, desde luego, no admite conductas dispares ni cabe atribuir a la defensa el derecho de regir la voluntad del imputado cuya capacidad civil... no aparece dudosa..., por lo que la función del defensor limitada al asesoramiento jurídico y asistencia letrada no reviste otro carácter ni predomina sobre las decisiones expresas del defendido que puede defenderse ejerciendo sus derechos por sí mismo.

Un fallo plenario dictado por la Cámara del Crimen de la Capital, causa "Rodríguez, Miguel", sent. del 27/3/90, LL, 1990-B-516, sentó un criterio equivalente. Al mismo tiempo, dispuso la necesidad de que se observen ciertos recaudos para garantizar que el imputado conozca la real trascendencia de su decisión. La conclusión del plenario es que:

...La voluntad del procesado en cuanto a impugnar o no una sentencia debe primar sobre la decisión del abogado defensor. La decisión del procesado debe haber contado con la posibilidad de asistencia previa, por parte de su defensor. En tal sentido, no se debe requerir al procesado su conformidad con la condena, cuando se lo notifica sin la presencia de su defensor, bajo pena de nulidad del acto y sus consecuentes. En caso de estar presente el defensor, deberá dejarse expresa constancia en la diligencia, la que será suscripta por el procesado y su letrado.

b) Otro caso importante es "López", Fallos-CSJN, 310:1797, LL, 1988-B-252²⁷. Si bien este es un caso que se dio en un contexto especial, por combinar diversas resoluciones dictadas al amparo de cambiantes regímenes procesales recursivos, de todas maneras aparecen en él sentados criterios trascendentes.

López era un cabo de la Fuerza Aérea. En el año 1978 había sido condenado por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas a la pena de 24 años de reclusión por varios delitos. Al notificárselo del fallo, López dejó constancia de que lo recurría ante la Corte. Sin embargo, ninguna presentación fue hecha en los días subsi-

²⁷ Con nota de Néstor P. Sagües. Allí ese autor analiza adecuadamente las profundas incidencias de este caso en los efectos de la cosa juzgada.

guintes como para fundar la apelación extraordinaria. Ante ello se ordenó la ejecución de la sentencia.

En febrero de 1984, y al amparo de las reformas introducidas al Código de Justicia Militar de fines de 1983, López interpuso un recurso de apelación contra aquella sentencia condenatoria. Su apelación fue denegada por el Consejo Supremo, sobre la base de que López era un militar, y el régimen recursivo que invocaba era sólo para los civiles que hubiesen sido condenados por tribunales castrenses. Contra esa decisión López recurrió en queja ante la Cámara Federal que actuaba como órgano de revisión de tales recursos. La queja fue declarada improcedente. López recurrió de esa denegatoria a la Corte por la vía del art. 14 de la ley 48, apelación que fue también denegada por el Alto Tribunal.

Luego de ello López intentó otras vías. Dedujo un *habeas corpus* y denunció su situación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ninguno de esos caminos tuvo éxito. Finalmente, y a raíz de una nueva modificación al Código de Justicia Militar que reducía la pena fijada para uno de los delitos por los que López había sido condenado, éste interpuso un recurso de revisión. El tribunal militar aceptó este recurso y redujo la condena a 22 años. Contra esta última decisión López interpuso recurso de apelación ante la Cámara Federal, apelación que fue denegada por considerarse que los fallos de los tribunales militares en materia de recursos de revisión eran insusceptibles de ser apelados ante la justicia civil. Contra esa última decisión dedujo López el recurso extraordinario federal²⁸.

²⁸ Para el lector que, comprensiblemente, se haya perdido en esta maraña de apelaciones, señalo que lo trascendente es que López recurrió ante la Corte agraviándose de una condena aparentemente firme

En este recurso extraordinario López sostuvo, entre otras cosas, que la condena inicialmente impuesta por el Consejo Supremo debía ser revocada, puesto que él había expresado en su momento su voluntad de recurrirla, sin que su defensor hubiera hecho nada por satisfacer su pedido. La Corte debió entonces analizar la siguiente, y muy importante, cuestión: “si la expresa indicación de recurrir ante esta Corte... que López realizó en ocasión de notificarse del fallo (condenatorio), desatendida desde entonces, impide considerarlo firme, por cuanto en tal caso afectó la estabilidad de lo decidido, al invalidar los actos del proceso llevados a cabo con posterioridad” (ver consid. 3º).

Para responder a esta cuestión, la Corte comenzó por recordar los principios básicos de los precedentes de “Rojas Molina” y “Arnaiz”, afirmando que “el cumplimiento de las normas tendientes a asegurar que el reo cuente con asistencia letrada constituye requisito de validez cuyo incumplimiento determina una nulidad que debe ser declarada por el tribunal”. Esta conclusión, agregó el Alto Tribunal, se asienta tanto en la garantía de la defensa en juicio del art. 18 de la Constitución, como en la del debido proceso que la complementa²⁹.

Luego de ello, y nuevamente con cita de “Arnaiz” y de “Centeno” (ver *supra*, nota 2 de este capítulo), la Corte

dictada a su respecto muchos años atrás, habiendo incluso la propia Corte en el ínterin desestimado apelaciones deducidas por el procesado.

²⁹ En apoyo de esta afirmación la Corte citó el art. 33 de la Constitución que, es sabido, se refiere a las garantías no enumeradas o implícitas. Muy rara vez en el pasado, al menos en el área de las garantías del proceso penal, había la Corte echado mano a esta norma constitucional. Si bien en repetidas ocasiones mencionó al “debido proceso” como fundamento de sus decisiones, en general ese debido proceso había sido inferido de la garantía que consagra la inviolabilidad de la defensa. Cfr. en tal sentido “Frigofide”, *Fallos-CSJN*, 236:271.

recordó que “en materia tan delicada como es la que concierne a la defensa en sede penal, los juzgadores... están legalmente obligados a proveer lo necesario para que no se produzcan situaciones de indefensión, *incluso contra la voluntad de los procesados*” (ver consid. 5º, 3er. párrafo, énfasis agregado). Para finalizar, el Alto Tribunal indicó que puesto que el defensor militar no había agotado todas las instancias en favor de su defendido, no se había asegurado el ejercicio del derecho de defensa el cual se extiende, según había dicho la Corte en “Fernández” (ver *supra*, punto 2.1, *d*), a la provisión por parte del estado de los medios necesarios para que el juicio penal se desarrolle en paridad de condiciones entre quien ejerce la función pública y quien debe soportar la imputación.

En base a todos estos principios, el Alto Tribunal consideró que la sentencia condenatoria impuesta a López debía considerarse no firme, por lo que “la pretensión del procesado consistente en impugnar su condena... ha de estimarse que subsiste en la actualidad”. En base a ello, la Corte declaró inválido todo lo actuado desde aquella sentencia condenatoria, ordenando la remisión de las actuaciones a la Cámara Federal con asiento en San Martín, para que el procesado pudiese ante ella hacer valer sus agravios por la vía de un recurso previsto a raíz de la reforma al Código de Justicia Militar, inexistente a la fecha del dictado de esa sentencia condenatoria.

2.6. *Algunas conclusiones*

El caso precedente, según se hizo notar³⁰, tiene un impacto notorio para el valor de la cosa juzgada, en los

³⁰ Cfr. el comentario a este fallo de Néstor P. Sagües, *supra*, nota 25.

supuestos en que un procesado manifieste su deseo de apelar una sentencia condenatoria. Parece que a partir de entonces, los plazos quedan de alguna manera suspendidos hasta que su abogado atienda al mandato de su cliente, y si no lo hace, hasta que el Estado arbitre los medios necesarios para que el procesado cuente con un letrado que satisfaga sus deseos. Supongo, de todas maneras, que éste no será un principio absoluto, y que la Corte en casos futuros que se le presenten, admitirá que los abogados —o para el caso el Defensor Oficial— no pueden verse constreñidos a satisfacer cualquier capricho de su cliente, ni a interponer recursos que aparezcan a sus ojos como totalmente inconducentes. Creo que en esos casos, si el procesado insiste, no tendrá más remedio que articularse su recurso en forma personal.

Pero dejemos estas cuestiones por un momento, y analicemos ciertas aparentes contradicciones que surgen de los principios vistos en este capítulo. Tal vez sea posible sacar de todos ellos alguna conclusión general.

a) En principio, la voluntad del procesado es la suprema, en el sentido de que prevalece por sobre la de su defensor. Este no puede apelar una sentencia que aquél ha decidido consentir (“Mac Leod”).

b) Paralelamente, los tribunales deben arbitrar los medios para que la voluntad del procesado de recurrir una sentencia se cumpla (“López”). Si no lo hacen, los fallos condenatorios no pasan en autoridad de cosa juzgada.

c) Ese respeto a la voluntad del procesado tiene sin embargo ciertos límites. El estado puede imponerle a aquél un abogado aun contra su voluntad (“Valle”). Debe además asegurar que el procesado tenga abogado tanto

en primera como en segunda instancia, *supliendo incluso la negligencia de éste* (“Arnaiz”). Según lo afirmado en “López”, la situación de indefensión debe ser evitada por los jueces *incluso contra la voluntad de los procesados*.

d) Si al interesado se le ha brindado la oportunidad de defenderse, y la ha desaprovechado, no hay ilegítima restricción a la garantía de la defensa (“Trerotola”). Pero la negligencia del abogado es cosa distinta. Ella no puede repercutir en la situación de su cliente (“Cardullo”, “Ojer González” y “Vallín”).

Con todo lo cual el lector puede a esta altura preguntarse ¿cuándo sí y cuándo no, habrá de respetar el Estado la voluntad del procesado de defenderse, de no hacerlo, de nombrar defensor, de defenderse personalmente, de recurrir, etc.? Para estos temas, hemos visto, la Corte parece haber adoptado posturas cambiantes.

Particularmente, creo que la garantía de contar con un abogado defensor —y las consecuencias que de ella derivan— es algo que debe estar como “a disposición” del procesado. El Estado debe simplemente asegurar que aquél tenga la posibilidad de hacer uso de su derecho. Pero de allí a imponerle al procesado un abogado, o a suplir su indefensión aun contra su voluntad, hay un paso más largo. El acusado es, como señalé antes, el real interesado en cómo se desarrollará su defensa en el proceso penal. Y si el Estado comprueba que de manera inequívoca, voluntaria y plenamente consciente aquél ha optado por no defenderse, por hacerlo solo, o por no recurrir un fallo desfavorable, creo que esa voluntad debe ser respetada³¹.

³¹ El criterio de designarle un defensor al procesado aun en contra de su voluntad, o el de suplir sus omisiones —deliberadas o in-

2.7. Casos preocupantes

Al igual que en el campo de otras garantías ya examinadas, la Corte no ha sido siempre consistente en la afirmación del rango constitucional del derecho a contar con efectiva asistencia legal.

conscientes— de defenderse, está en realidad en línea con una postura propia de los países cuyo sistema de enjuiciamiento penal proviene de los originados en la Europa continental. De acuerdo a esa postura, el proceso penal es visto como algo más que una contienda entre partes que la justicia ha de decidir. El Estado debe asumir un rol mucho más activo y determinar en forma previa y a través de un funcionario *judicial* —llámese juez de instrucción o Fiscal— cuáles han sido los hechos y qué pruebas son las relevantes para decidir la culpabilidad o inocencia del acusado. No será este último por consiguiente, quien tome las decisiones más relevantes relativas a la forma en que debe defenderse, si lo hará o no personalmente, qué pruebas introducirá en su defensa, etcétera. En consecuencia con este criterio se entiende por ejemplo, que para el sistema del anterior Código de Procedimientos en materia Penal, una confesión judicial aun prestada libremente y con todas las garantías del caso, no fuera suficiente para considerar cerrada la contienda. El juicio del acusado debía igualmente tener lugar, y aquella confesión sólo valdría como prueba si la existencia del delito estaba legalmente comprobada y la confesión concordaba con sus circunstancias y accidentes (art. 316, inc. 7º).

Los sistemas de enjuiciamiento anglosajones muestran en este aspecto una apreciable diferencia. La encuesta oficial previa al juicio, propia de los sistemas continentales, es reemplazada por un breve informe policial. El acusado es quien toma las decisiones básicas relativas a la prueba que presentará en su defensa, si habrá de defenderse personalmente o por abogado, si el juicio será por jurados o por jueces de derecho, e incluso si habrá en realidad un juicio, pudiendo aquél declararse culpable en forma previa y evitar así dispendio jurisdiccional. De acuerdo a esta ideología, es natural que el Estado no adopte una actitud tuitiva y acuerde plena virtualidad a las decisiones del procesado, incluso en relación con aquellas que lo perjudiquen. Un desarrollo más profundo puede verse en, Damaska, *Structures of authority and comparative criminal proceedings*. Más información sobre estos temas puede hallarse en Carrió, A., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*.

a) En el caso “Castilla”, *LL*, 1981-B-153, una sentencia condenatoria de primera instancia había sido recurrida por la letrada defensora. El agravio principal consistía en que su antecesor en el cargo había cumplido en forma tan negligente su cometido, que ello equivalía a la violación de la garantía de la defensa contenida en el art. 18 de la Constitución. La Cámara desestimó ese agravio, diciendo que las disposiciones procesales vigentes:

...no requieren una determinada calidad en las tareas del letrado defensor, sino que reglamentan la garantía invocada a través de un conjunto de exigencias formales que en el caso aparecen respetadas.

Esta peligrosa afirmación según la cual en el procedimiento penal bastaría con que el acusado tenga formalmente designado un defensor sin importar el grado de negligencia de éste, no fue en absoluto desautorizada por la Corte. En efecto, al desestimar el recurso extraordinario interpuesto, el Alto Tribunal simplemente dijo que al no haberse planteado la inconstitucionalidad de las normas procesales invocadas por la Cámara, no existía relación directa con la mencionada garantía constitucional.

b) En el caso “Claus”, *Fallos-CSJN*, 298:364, la Corte hizo también otra referencia general que podría dar origen a peligrosas interpretaciones en el futuro. Allí contra una sentencia condenatoria de varios acusados se dedujo recurso extraordinario, basado en que éstos, a pesar de tener en la causa intereses contrapuestos, habían sido defendidos por un solo letrado³².

³² El derecho a contar con un abogado defensor que no vea comprometida su tarea, en caso de representar a varios acusados con inte-

La Corte desestimó el agravio en forma sumaria. Por un lado advirtió que esa situación, alegada por los recurrentes, había ocurrido sólo en la etapa de segunda instancia, y que no se había demostrado el perjuicio concreto que la misma habría ocasionado. En refuerzo de ello, y he aquí lo peligroso, el Alto Tribunal agregó que:

...en la medida en que los procesados hayan utilizado su derecho a designar defensor, no pueden con posterioridad agravarse de ello al pretender que sus intereses serían contrapuestos con los de otros acusados.

Aun cuando se admita que en muchos casos una defensa del tipo de la alegada en “Claus” responderá más que nada a un recurso dilatorio, considero criticable la postura por la cual aparece definitivamente cerrada la posibilidad de obtener la revisión, con base constitucional, de procedimientos en los que el imputado realmente puede no haber contado con adecuada asistencia legal³³.

c) En esta línea de pronunciamientos merece sin duda incluirse el caso “Pontepriero”, *Fallos-CSJN*, 229:7. En el mismo a un procesado sin recursos se le había designado un defensor no letrado, atento a la falta de un Defensor Oficial con título de abogado en la localidad

rés no conciliable, ha sido afirmado por la Corte de los Estados Unidos. Ello, aun cuando ese defensor único haya sido propuesto y aceptado originariamente por todos los acusados. Cfr., *Holloway v. Arkansas*, 435 US 475 (1978).

³³ Para otro caso también preocupante, cfr. el precedente de “Fratz”, *Fallos-CSJN*, 301:557 —S—. Allí la Corte desestimó un recurso extraordinario basado en la violación de la garantía de la defensa, al haber aceptado el Defensor Oficial la responsabilidad del imputado, negada enfáticamente por éste en su indagatoria. El Alto Tribunal basó su decisión en que el procesado tuvo plena oportunidad de defensa en segunda instancia.

donde tramitaba la causa. Esa decisión no le fue notificada al procesado. Al día siguiente de la designación el defensor *ad hoc* presentó la defensa sin siquiera haberse entrevistado con su defendido. En una etapa posterior este último, ya por medio de letrados de su confianza, impugnó la validez de esa primitiva designación de defensor y de los hechos ocurridos en su consecuencia. El planteo de nulidad llegó a la Corte por la vía del recurso extraordinario.

El Alto Tribunal declaró improcedente el recurso. Afirmó que si bien era cierto que esa primera designación de defensor no letrado no le había sido notificada al procesado, ello no le había impedido interponer contra tal decisión los recursos de revocatoria y nulidad, por lo cual “no ha mediado restricción alguna del derecho de defensa”.

CAPITULO IX

LA GARANTIA CONTRA EL DOBLE JUZGAMIENTO

1. **RANGO CONSTITUCIONAL DE LA GARANTIA**

La garantía que he de examinar en este capítulo tampoco aparece formulada en forma explícita en nuestra Constitución. La misma puede ser considerada, como otras, una derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa contenido en el art. 18 de aquélla.

a) En “Ganra de Naumow”, *Fallos-CSJN*, 299:221, la Corte tuvo oportunidad de afirmar la jerarquía constitucional de la garantía contra el doble juzgamiento. En una causa seguida por el delito de apropiación indebida de un automóvil la procesada había opuesto la excepción de litispendencia, basada en que ante otro Juzgado tramitaba ya contra ella un proceso por defraudación derivado de la venta ilícita del mismo automóvil. Rechazada la excepción en ambas instancias, la misma fue llevada ante la Corte.

El Alto Tribunal acogió el agravio. Se remitió para ello al dictamen del Procurador General, quien comenzó por señalar que el pronunciamiento en recurso era equiparable a sentencia definitiva ya que el mismo “conduce a la frustración del derecho federal invocado,

constituido por la garantía contra el doble proceso, recogida en el art. 7º del Cód. Proc. Penal”¹.

El Procurador señaló además que dicha garantía veda:

...no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho, como parece entenderlo el “a quo” en su auto denegatorio, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento de quien ya lo ha sido por el mismo hecho.

b) A pesar de tener algunos matices propios, el precedente de “Belozercovsky”, *Fallos-CSJN*, 292:202, merece igualmente ser incluido en esta categoría. Allí, en un proceso en el que se denunciaron maniobras delictivas vinculadas a una Cooperativa de Crédito, el procesado Belozercovsky opuso excepción de cosa juzgada. Concretamente, alegó que un sobreseimiento recaído en otra causa que versara sobre los mismos hechos investigados en autos, impedía la prosecución de la nueva causa. Desestimada la excepción en las instancias ordinarias, aquél interpuso recurso extraordinario.

Aun cuando el recurso prosperó en definitiva por arbitrariedad —la Corte entendió que el fallo de Cámara presentaba defectos de fundamentación que lo descalificaban como acto judicial— la naturaleza federal del derecho invocado fue igualmente afirmada. En efecto, al hacer excepción al principio de la falta de sentencia definitiva, el Alto Tribunal manifestó que:

¹ Se refiere al anterior Código de la Capital, según ley 2372. En el Código vigente (ley 23.984), la garantía contra el doble juzgamiento aparece enunciada en el art. 1º, que señala que “*Nadie podrá ser... perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”.

En un caso posterior, en cambio, la Corte rechazó un recurso extraordinario también a raíz de una excepción de *litispendencia*, por la falta de sentencia definitiva, “Schpoliansky”, *Fallos-CSJN*, 301:918 —S—.

...media en el caso cuestión federal bastante, por producirse un agravio que por su magnitud y por las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior.

Esos “derechos constitucionales” fueron enunciados por el Procurador General en fundamentos compartidos por la Corte, de la siguiente manera:

...el derecho federal sólo susceptible de tutela inmediata con que el fallo apelado se vincula, está constituido por la garantía contra el doble proceso, expresamente consagrada por el art. 7º del Cód. de Procedimientos en materia Penal².

c) El conocido caso “Martínez de Perón”, *Fallos-CSJN*, 298:736, tiene también sus ribetes interesantes. Allí se discutió la validez de una excepción de cosa juzgada opuesta por la defensa, en la causa en la que se investigaba el manejo de fondos de la Cruzada de la Solidaridad. Como es sabido, la Corte desestimó en definitiva la excepción, afirmando con discutible criterio que el juez que dictara un primer sobreseimiento a favor de la imputada carecía entonces de jurisdicción.

A pesar de la falta total de uniformidad en la votación —hubo dos disidencias y dos votos concurrentes— todos los Ministros opinantes y el Procurador General

² El Procurador citó en apoyo de su criterio el dictamen de su antecesor en el cargo recaído en “Pereyra”, *Fallos-CSJN*, 248:232. En el mismo se había discutido la validez de una condena por el delito imposible de lesiones a un muerto, habiendo sido Pereyra ya condenado en otro proceso por el homicidio de esa misma persona. La Corte afirmó la condena, apartándose del dictamen del Procurador General, quien afirmó que ello constituía una violación al principio del *non bis in idem*.

reconocieron el rango constitucional de la garantía contra el doble juzgamiento en el proceso penal. Por su parte, el Procurador General en su dictamen propiciatorio del rechazo del recurso, afirmó que la garantía contra el doble proceso penal no debía jugar en los casos en los que, como el sometido a decisión de la Corte, no existía un *procesado* por el primer hecho, sino simplemente un *imputado*. Ese funcionario, además, citó en apoyo de su criterio precedentes de la Corte de los Estados Unidos según los cuales, la garantía equivalente sancionada en la Constitución de ese país es sólo aplicable a quien “ha sido *regularmente acusado* de un crimen frente a un tribunal debidamente organizado y competente para juzgarlo” (énfasis en el original)³. La Corte, sin embargo, basó su decisión en razones enteramente diferentes.

³ Considero realmente desafortunado el criterio allí expuesto y la equiparación sugerida. Por lo pronto, el mismo permitiría cada vez que se dictase un sobreseimiento en una causa en la que no ha habido procesados, una nueva denuncia y la sustanciación del correspondiente sumario ante un Juzgado diferente. Además, si bien es cierto que en el Derecho norteamericano la garantía contra el *double jeopardy* no es invocable hasta tanto una persona no ha sido llevada a juicio, y por tanto acusada, no deben perderse de vista las enormes diferencias que separan al procedimiento norteamericano del nuestro.

En efecto, la razón por la que en los Estados Unidos esa garantía no funciona con anterioridad, es porque recién a partir del juicio comienza en ese procedimiento la etapa judicial propiamente dicha. Antes de esa etapa, si bien el imputado (*defendant*) se encuentra ya generosamente protegido contra la arbitrariedad policial, el mismo en la gran mayoría de los casos no ha sido llevado ante un tribunal judicial en relación con ningún delito, ni ha sido instruido respecto de él nada mínimamente semejante a nuestros sumarios de instrucción. En nuestro procedimiento, en cambio, una vez que una persona ha sido querellada o denunciada ante la justicia por un delito, un sobreseimiento dictado en la causa importa una evaluación judicial de efectos muy distintos a los de una simple investigación policial.

2. **JUZGAMIENTO POR UN MISMO HECHO ANTE ORGANOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS**

En el caso “Pousa”, *Fallos-CSJN*, 273:66, la Corte sentó el principio por el cual el sometimiento a un sumario administrativo y a una investigación penal por los mismos hechos no equivale a una violación de la garantía en examen en la medida en que, según afirmó el Alto Tribunal, “las responsabilidades en ambas jurisdicciones sean de distinta naturaleza”.

En relación con este tema, la Corte sentó en un caso posterior algunos principios de suma importancia en materia de juzgamiento y represión de delitos aduaneros.

En el caso “De la Rosa Vallejos”, *Fallos-CSJN*, 305-246, se planteó lo siguiente. De la Rosa Vallejos había sido procesado ante la justicia en lo Penal Económico por el delito de contrabando. Esa causa concluyó con un sobreseimiento definitivo por considerarse que el hecho investigado no constituía delito. Pese a ello la Administración Nacional de Aduanas, invocando la competencia a ella asignada por el art. 196, inc. 1º, b) de la Ley de Aduana, condenó a aquél por tentativa de contrabando a las sanciones de decomiso y multa previstas en esa misma disposición. De la Rosa Vallejos apeló esa resolución administrativa ante la Cámara en lo Penal Económico, y este tribunal revocó. Entendió que una vez dictado en sede judicial sobreseimiento basado en la inexistencia de contrabando, la sanción impuesta por la Aduana importaba una violación de la garantía constitucional de la cosa juzgada.

La Corte confirmó ese pronunciamiento. Se basó para ello en que las sanciones impuestas por la Aduana eran accesorias de la pena privativa de la libertad, cuya aplicación ha sido confiada al órgano judicial. De tal

manera, agregó la Corte, para la imposición de dichas sanciones por el organismo aduanero es indispensable la condena a pena privativa de libertad. En refuerzo de este criterio concluyó que:

...habiéndose sobreseído definitivamente en la causa penal seguida al procesado por considerarse que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada y respecto de ese delito, no puede ser nuevamente juzgado, ni pueden serle aplicadas las sanciones accesorias del art. 191⁴.

3. DOBLE JUZGAMIENTO Y COSA JUZGADA

En el caso “Plaza”, *Fallos-CSJN*, 308:84, la Corte volvió a afirmar el rango constitucional de la garantía contra el doble juzgamiento, esta vez en función de los principios de la cosa juzgada. Allí un procesado por contrabando había sido beneficiado con un sobreseimiento definitivo dictado sólo a su respecto, existiendo otros co-procesados a los que se los mantuvo afectados a la causa. Ese sobreseimiento no fue impugnado, quedando por consiguiente firme. Posteriormente, el Juzgado actuante dictó un nuevo sobreseimiento respecto de los otros co-procesados. La querrela apeló. La Cámara, sosteniendo que el juez de primera instancia era incompetente para entender en la causa, declaró la nulidad de todos los sobreseimientos dictados, incluso el del procesado cuya resolución había quedado firme.

⁴ Juntamente con este caso, la Corte resolvió “Heer”, *Fallos-CSJN*, 305:241 y “Suárez”, *Fallos-CSJN*, 305:254. Dada la notoria similitud entre los tres casos, el Alto Tribunal falló estos dos últimos haciendo una simple remisión a los criterios que expuso en “De la Rosa Vallejos”.

Ante ello, éste interpuso recurso extraordinario en el que sostuvo que se habían desconocido los efectos de la cosa juzgada, violándose en consecuencia la garantía del *non bis in idem*.

La Corte hizo lugar al recurso. Luego de recordar la jerarquía constitucional de la cosa juzgada, el Alto Tribunal pasó a analizar si la resolución recurrida podía ser considerada como una sentencia definitiva. Así, señaló que si bien esa resolución “no se pronuncia de modo final sobre el hecho que se le imputa (al recurrente),... cabe equipararla por sus efectos, los cuales frustran el derecho federal invocado, ocasionando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior” (véase el consid. 2º y sus citas).

El derecho federal invocado, según la Corte, no era otro que el de “la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido... (siendo) sólo susceptible de tutela inmediata”. Y aquí el Alto Tribunal citó el criterio de “Ganra de Naumow” (*Fallos*, 299:221), en el sentido de que la garantía en examen no sólo veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho ya penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra (ver consid. 3º).

Sobre la base de estos postulados, la Corte entendió que la Cámara *a quo* había desconocido los efectos de un sobreseimiento definitivo firme, lo cual no estaba autorizada a hacer ni siquiera invocando eventuales principios de orden público relativos a la competencia penal. Admitir la revisión de sentencias finales firmes con fundamento en el orden público de las competencias, concluyó el Alto Tribunal, equivaldría a la abrogación de la garantía de la cosa juzgada en materia penal⁵.

⁵ En apoyo de su decisión la Corte citó algunos precedentes en materia de doble juzgamiento (“Pereyra”, *Fallos-CSJN*, 248:232 y

4. **JUZGAMIENTO POR SEPARADO DE UN UNICO HECHO**

En el caso “Rava”, comp. 316, XXI, resuelto con fecha 9/2/88, la Corte volvió a ocuparse de la garantía del *non bis in idem*. Se trataba de una contienda negativa de competencia entre un Juez Federal de Mercedes y un juez provincial, por el juzgamiento de los hechos resultantes de un accidente ferroviario. Un tren había arrollado a un automóvil particular conducido por Rava, produciéndose la muerte de sus acompañantes. El Juzgado Federal interviniente sobreseyó parcial y definitivamente respecto de la eventual comisión del delito de entorpecimiento de servicios públicos, declarándose in-

“Belozercovsky”, *Fallos-CSJN*, 292:202, ya examinados *supra*). Igualmente, citó *Fallos-CSJN*, 258:220, el cual era en realidad un caso de *reformatio in pejus* y exceso de jurisdicción. Si bien es cierto que entre la *reformatio in pejus* y la violación a la cosa juzgada hay ciertos puntos en común, creo que existen razones como para mantener la división que he intentado en este libro. Esto es, mientras que el desconocimiento de una sentencia firme —como ocurrió en el caso “Plaza”— importa violación a la garantía contra el doble juzgamiento, el agravamiento de la situación del imputado cuando no media recurso acusatorio —tal los casos de la *reformatio in pejus*—, es violatorio en cambio de la garantía de la defensa en juicio. Y así lo considero por lo siguiente. Cuando se dicta respecto de un imputado un sobreseimiento firme, es claro que su caso se encuentra cerrado, de manera que todo intento de volver a discutir la cuestión de su culpabilidad o inocencia significa un nuevo sometimiento a la justicia por un hecho sobre el que ésta ya se ha pronunciado. Por el contrario, los supuestos en que un tribunal de Alzada interviene al solo pedido del procesado, quien es el recurrente, es también claro que no importan un nuevo juzgamiento por un caso ya cerrado, sino la continuación de un único proceso. Sólo que, para que el procesado pueda usar libremente su derecho de defenderse —que lleva implícito el de apelar una sentencia que les es desfavorable— la Corte a través de la doctrina de “Mario Sixto Gómez” le ha puesto un límite a la capacidad revisora de los tribunales de apelación. Estos no pueden empeorar la situación legal del apelante, a falta de un recurso acusatorio.

competente para pronunciarse sobre la responsabilidad de Rava por homicidio culposo. El Juzgado provincial en turno rechazó también su competencia y la cuestión debió ser dirimida por la Corte.

El Alto Tribunal otorgó competencia al Juzgado Federal. Para ello, tuvo especialmente en cuenta que cualquiera fuera la calificación de los hechos, se trataba de un “único acontecimiento”. Sobre esa base, agregó la Corte:

...la decisión del magistrado nacional, en cuanto propicia... un juzgamiento por separado, importa la posibilidad de violar la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por este tribunal.

5. REINCIDENCIA Y PROHIBICION

DE OTORGAR LA LIBERTAD CONDICIONAL

a) El caso “Valdez”, *Fallos-CSJN*, 311:552, permitió considerar una cuestión de importancia y con vinculación a la garantía en examen. Valdez era un reincidente al cual, por aplicación del art. 14 del Cód. Penal, se le había negado el derecho a la libertad condicional. Al solicitar el beneficio Valdez había planteado la inconstitucionalidad de esa norma del Código Penal, argumentando que ella importaba en realidad un agravamiento de la pena impuesta por el segundo delito, agravamiento originado en la existencia de un delito anterior ya juzgado. Vale decir, un hecho ya objeto de juzgamiento y de condena era el que determinaba una mayor gravedad en la nueva pena, con lo cual a su juicio se violaba el principio del *non bis in idem*⁶. Tanto en primera co-

⁶ En apoyo de su argumentación Valdez citó el caso “Varela”, *ED*, 118-146 en el que la Sala VI de la Cámara del Crimen de la Capital

mo en segunda instancia se le denegó al solicitante su petición y el caso fue llevado a la Corte.

Esta, en un fallo bastante breve, rechazó el recurso. Se basó para ello en que el apelante no demostraba adecuadamente qué vinculación existía entre el principio de la autoridad de cosa juzgada de la primera sentencia condenatoria, y el hecho de que la norma cuestionada (el art. 14, Cód. Penal) tornara más riguroso el cumplimiento de la pena impuesta por la segunda condena. En tal sentido, agregó la Corte:

...el principio constitucional enunciado... prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena —entendida ésta como un dato objetivo y formal—, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal.

Posteriormente, en el caso “L’Eveque”, *Fallos-CSJN*, 311:1451, la Corte refirmó con cita de “Valdez” el criterio de que prohibir el otorgamiento de la libertad condicional a los reincidentes, no es violatorio de la garantía constitucional en examen.

b) Si bien reconozco que estamos ante una materia opinable, encuentro bastante más persuasiva la línea argumental de la Corte —y la del Procurador General en “Valdez”, que hizo importantes consideraciones sobre el tema— que la sustentada por los recurrentes. Parece claro que al graduar una pena los jueces deben tomar en cuenta varias cosas como para, según el len-

había declarado la inconstitucionalidad del art. 14 del Cód. Penal, desarrollando justamente esta tesis.

guaje de la Corte, "ajustar con precisión el tratamiento penitenciario" que se considera más adecuado. Esas pautas, en nuestro Derecho de fondo, son las que surgen de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

Ahora bien, la argumentación de los recurrentes resulta a mi juicio poco convincente por dos razones. Primero, porque como lo señaló con acierto el Procurador General en "Valdez", tomar en cuenta la condena anterior para determinar la modalidad de cumplimiento de la pena actual, no equivale a volver a juzgar el hecho anterior. Como dijo a su vez la Corte, la autoridad de cosa juzgada del primer pronunciamiento no se ve alterada en forma alguna, ni se pretende el reexamen de situaciones ya juzgadas. La línea argumental del apelante, en realidad, llevaría a cuestionar no sólo la disposición del art. 14 del Cód. Penal, sino además, por ejemplo, aquellas que hacen más dificultoso para las personas con antecedentes penales obtener beneficios tales como la condenación condicional o la excarcelación. En todos estos casos podría sostenerse que los jueces se apoyan en el hecho de una condena anterior, para tratar de manera especial a los justiciables que han delinquido nuevamente.

La cuestión, sin embargo, pasa por otro lado y se vincula ya con la segunda razón. La ley penal, es sabido, tiene antes que nada un mensaje disuasorio. El Estado apela a su herramienta más poderosa, la pena, para persuadir a los habitantes de que no se embarquen en conductas antisociales graves. Desde ya se podrá discutir si todo lo que hoy es delito debe serlo y si no han quedado sin amenaza de pena cosas que sí deberían estarlo, pero de todas maneras, creo, hay consenso en que el legislador ha acertado con la mayoría de las conductas tipificadas como delito.

Bajo esta óptica, imponer condiciones de cumplimiento de una pena más severa para el reincidente, parece que es algo que también el legislador hace con un propósito disuasorio equivalente. El Estado no quiere que sus habitantes delincan, y menos aún quiere que reincidan en la delincuencia. Y si la consecuencia para el reincidente es no gozar de beneficios que se le acuerdan a los primarios —al igual que si esa consecuencia fuera cumplir su pena en establecimientos especiales, con distintos regímenes de visitas, etc.— la explicación a ese tratamiento más grave hay que buscarla en la propia conducta del interesado, quien ha demostrado un persistente deseo de no acatar los mandatos del legislador⁷.

6. NULIDADES Y DOBLE JUZGAMIENTO

6.1. *El principio general*

La Corte ha entendido que la resolución de Cámara que anula un pronunciamiento y dispone que la causa

⁷ En apoyo de su decisión la Corte citó, entre otros, el precedente de *Moore v. Missouri*, 159 US 673 (1895) de la Corte Federal de los Estados Unidos. Allí este tribunal analizó argumentos parecidos a los del apelante en “Valdez”, concluyendo con cita de fallos de la misma Corte estadounidense y de otros tribunales estatales que la garantía contra el doble juzgamiento no se ve afectada por leyes que impongan una pena más severa a los reincidentes. La mayor reprochabilidad de quien ha vuelto a delinquir, la ineficacia del primer tratamiento penitenciario, y fundamentalmente, el hecho de que sea atribuible al propio condenado la situación en la que ahora se encuentra, fueron los criterios enunciados por la Corte estadounidense en apoyo de su decisión. Tales criterios, por lo demás, permiten distinguir nítidamente la situación de un reincidente, de la del paciente a quien sin duda no podríamos reprocharle la ineficacia de la terapia a que se lo sometió. Para esta analogía, a mi juicio desafortunada, cfr. el voto del doctor Elbert en el caso “Varela”, *supra* nota 6.

sea nuevamente juzgada no importa una violación a la garantía contra el doble juzgamiento. Esto fue lo decidido en “Gómez”, *Fallos-CSJN*, 299:19 —S—.

En este aspecto nuestro procedimiento difiere notoriamente del seguido en los Estados Unidos. Allí, el principio general es que una vez que el Estado ha tenido oportunidad de juzgar a un individuo una absolución decretada en primera instancia no puede ser revisada. Los tribunales de apelación, en líneas generales, conocen principalmente de los recursos interpuestos por los condenados, y sólo allí se hallan aquéllos habilitados para ordenar que una persona sea nuevamente juzgada por un delito⁸.

6.2. El caso “Weissbrod”

a) El caso “Weissbrod”, *Fallos-CSJN*, 312:597, tocó también lateralmente la cuestión de la nulidad y el doble juzgamiento en el proceso penal.

Weissbrod había sido procesado por el delito de lesiones leves, reiteradas, y absuelto en primera instancia. El Fiscal apeló. La Cámara declaró la nulidad de todo lo actuado durante la etapa de plenario y dispuso el envío de la causa a instrucción. La causal de nulidad: que no se lo hubiese indagado al procesado sobre la totalidad de los hechos investigados.

Vuelto a sustanciarse el proceso, se dictó una nueva sentencia de primera instancia, esta vez condenatoria. La Cámara confirmó, y contra ese último pronunciamiento interpuso Weissbrod un recurso extraordinario. Este recurso tuvo diversos fundamentos. Por un la-

⁸ Para un análisis de estos principios, ver el caso *Benton v. Maryland*, 395 US 784 (1969).

do, Weissbrod invocó que uno de los hechos por los que se lo condenó (lesiones a una víctima de nombre Ponce), no había sido materia de acusación. Por otro lado, argumentó que los distintos avatares que sufrió el proceso (nulidades y reenvíos a etapas ya superadas) habían transgredido su derecho a obtener un pronunciamiento penal rápido⁹.

Por último, el apelante hizo mención de la garantía del *non bis in idem*. Aun cuando el fallo no lo explica con claridad, presumo que el argumento de Weissbrod debe haber sido algo como esto. La anulación dispuesta por la Cámara de un proceso que había sido ya fallado en primera instancia, y el reenvío a la etapa de instrucción, importaron tanto como volver a juzgar a una persona por un mismo hecho. Ello, en transgresión a la garantía contra el doble juzgamiento.

Una Corte dividida en tres a dos, resolvió lo siguiente. El agravio relativo a que la condena incluía un hecho no contenido en la acusación, fue considerado procedente. Comprensiblemente, la Corte entendió que ello era violatorio de la garantía de la defensa en juicio¹⁰.

En lo que hace al invocado derecho a un pronunciamiento penal rápido, la Corte consideró a ese agravio como tardío. Dijo que la decisión que había dispuesto anular todo lo actuado y retrotraer, no había sido la última sentencia de la Cámara objeto de recurso extraordinario (la que confirmó la condena). Esa decisión había sido en realidad la anterior sentencia de Cámara, y ella había sido consentida por el procesado.

⁹ El rango constitucional de este derecho y su desarrollo jurisprudencial será objeto de posterior análisis. Ver Cap. XI, punto 2.

¹⁰ Sobre el particular, ver el desarrollo del Cap. III, punto 4.

Por último, la Corte trató, y descartó, el agravio referido al *non bis in idem*. Por un lado, dijo que habían existido vicios esenciales del procedimiento, por no haberse indagado al procesado sobre la totalidad de los hechos investigados. Tales vicios esenciales, agregó, determinaban que la nulidad que la Cámara había decretado en su momento, y de resultas de la cual la causa se retrotrajo a una etapa precluida, estuviese bien dictada. El remate de ese razonamiento fue el siguiente:

...Por la existencia de vicios esenciales en el procedimiento..., no puede entenderse que la causa fue juzgada dos veces, ni que se produjo la retrogradación del juicio... La nulidad declarada no implica violar dicho principio, ya que de ser así la nulidad —recurso contemplado en los Códigos Procesales— carecería de todo sentido en cuanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesionase el “non bis in idem”, razonamiento que resulta inaceptable. Por el contrario, dado que la sentencia anulada carece de efectos, no puede decirse que al dictarse una nueva ley haya dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues hay solo uno que puede considerarse válido. (Ver consid. 3º).

El voto minoritario, a su vez, tampoco recogió el agravio del *non bis in idem*. Dijo que en realidad no se estaba ante un vicio esencial del procedimiento, puesto que lo que había existido era simplemente un interrogatorio incompleto, y que por ello la decisión de anular todo lo actuado había importado un “excesivo rigor formal” (voto de la minoría, consid. 7º).

b) En mi opinión, “Weissbrod” contiene afirmaciones preocupantes, y no demasiado en línea con los criterios vistos en la primera parte de este capítulo.

Recuérdese que el fundamento dado por la Corte al descartar la aplicación de la garantía sobre el *non bis in*

idem, fue que “dado que la sentencia anulada carece de efectos, no puede decirse que al dictarse una nueva haya *dos fallos que juzguen el mismo hecho*, pues hay solo uno que puede considerarse válido” (consid. 3º, *in fine*).

Este lenguaje parece sugerir que la garantía del *non bis in idem* respondería tan solo a la necesidad de evitar ser *condenado* dos veces por el mismo hecho, lo cual no habrá de ocurrir si una primera sentencia es anulada, y hay sólo una segunda válida.

En casos anteriores, según vimos, la Corte había sido bastante más generosa con el alcance de esta garantía, explicando que ella “veda no sólo la nueva aplicación de una pena por el mismo hecho..., sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento de quien ya lo ha sido por el mismo hecho” (del dictamen del Procurador en “Ganra de Naumow”).

En suma, el criterio que parece desprenderse del caso “Weissbrod”, en el sentido de que es necesario un segundo fallo condenatorio para que la garantía que protege contra el doble juzgamiento cobre aplicación, constituye a mi juicio un decidido paso hacia atrás en el funcionamiento de las garantías constitucionales.

6.3. *Límites a las potestades anulatorias.*

El caso “Mattei” y desarrollo de una teoría

En un trabajo publicado¹¹, tuve oportunidad de analizar los alcances del caso “Weissbrod”, y de esbozar una teoría en torno a la cuestión de las facultades anulatorias de los tribunales y su incidencia en la garantía que protege contra el doble juzgamiento.

¹¹ Carrió, A., *Nulidad, proceso penal y doble juzgamiento. (Repen-sando el caso Mattei)*, LL, 1990-D-479.

La teoría esbozada es la siguiente. Con apoyo en el caso “Mattei”, *Fallos-CSJN*, 272:188¹², es posible sostener que las facultades anulatorias de los tribunales ante vicios de procedimiento, deben ser ejercidas no sólo cuidando de no violar el derecho de los habitantes de obtener un pronunciamiento que defina su situación frente a una imputación penal.

En efecto, “Mattei” y otras decisiones que serán objeto de posterior análisis, implicaron imponerle ciertos límites constitucionales a las facultades de los tribunales de decretar nulidades en el marco de un proceso penal. Sobre todo si esas nulidades implican retrotraer el proceso a etapas ya cumplidas del mismo.

Mattei había sido procesado por el delito de contrabando y, luego de un proceso que duró más de cuatro años, absuelto en primera instancia. El Fiscal apeló ese pronunciamiento y los autos fueron elevados a la Cámara. El tribunal de segunda instancia, de oficio, decretó la nulidad de todas las actuaciones cumplidas desde el cierre del sumario, sobre la base de que el Juez de Instrucción no había agotado la investigación. La defensa de Mattei interpuso contra esa resolución recurso extraordinario, alegando violación de la garantía de la defensa en juicio. Según se verá luego en más detalle, la Corte hizo lugar al recurso, mencionando el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a su situación de incertidumbre.

Pero la Corte de “Mattei” no sólo se apoyó en la garantía de la defensa en juicio, sino que además señaló que:

¹² Para un análisis más en detalle del caso “Mattei” y la doctrina nacida a partir de él, ver *infra*, Cap. XI, punto 2.

...El derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión sólo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para éste en cuanto, sin falta de su parte, “lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal”..., y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador —“como tal de raigambre constitucional”— que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el tema en debate, “cuales son el del ‘non bis in idem’...”. (Consid. 15, énfasis agregado).

En otros pasajes del fallo, la Corte habló del derecho que tiene toda persona a “liberarse del estado de sospecha que importa *la acusación* de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, *de una vez para siempre*, su situación frente a la ley penal” (consid. 10, énfasis agregado).

El lenguaje transcrito más arriba da pie a mi entender para hacer la siguiente construcción.

- a) Una vez que una persona ha sido *acusada* de cometer un delito, nace a partir de allí un derecho a obtener una sentencia que defina su situación “de una vez para siempre” (“Mattei”, consid. 10).
- b) Anular lo actuado y retrotraer el proceso a instancias anteriores a la acusación *si no ha mediado falta de parte del imputado*, importa para éste obligarlo a “volver a soportar las penosas contingencias del juicio criminal” (consid. 15).
- c) Exponer más de una vez a una persona al *riesgo* de recibir una pena por un único hecho, va “en desmedro de uno de los pilares básicos del orde-

namiento penal vinculado con el problema en debate, *cual es el del 'non bis in idem'*" (consid. 15).

En suma, el acusado tiene un derecho constitucional a que su proceso avance. Si por deficiencias en la investigación, por haber quedado sin acusación un hecho que debió ser incluido en ella, por no habersele exhibido a aquél en la indagatoria piezas procesales de importancia, por no hacerle saber allí sus derechos, o por cualquier otra razón no imputable al procesado se ha dado causa a una nulidad, los tribunales están inhibidos de retrotraer el proceso a una etapa ya precluida.

Hacerlo, no es sólo violatorio del derecho a un procedimiento penal rápido —incluido éste en la garantía de la defensa en juicio—, sino además del principio constitucional que prohíbe someter al imputado a un doble juzgamiento por un único hecho.

El principio básico sería entonces que *la acusación* de haber cometido un delito, importa para el acusado el nacimiento de su derecho constitucional a que su proceso avance hasta la sentencia definitiva¹³. Con anterioridad a la acusación, en cambio, ningún impedimento constitucional existiría para que la nulidad funcione como instituto procesal. Para tranquilidad de la mayoría

¹³ En el Derecho estadounidense, la garantía constitucional contra el doble juzgamiento empieza a operar justamente a partir de la acusación penal. Una vez que el imputado ha sido llevado a juicio, éste tiene derecho a que su situación sea resuelta. En el caso de hacerse lugar a una nulidad (*mistrial*), un nuevo juzgamiento del imputado sólo será posible si es él quien ha dado causa a la nulidad en cuestión. Por ejemplo, si en el curso de un juicio el Fiscal hace delante del jurado un comentario impropio (v.gr. lo sospechoso que resulta que el acusado se haya rehusado a declarar), ello puede dar lugar a un planteo de nulidad. La consecuencia de una nulidad tal, no imputable claro está a la defensa, será la imposibilidad de someter al acusado a una

de la Corte en “Weissbrod”, la nulidad podría ser perfectamente invocada por cualquiera de las partes si se advierten vicios esenciales del procedimiento instructorio.

Pero si el vicio instructorio es recién advertido en la oportunidad de sentenciar y el mismo no ha sido causado por el imputado, la garantía contra el doble juzgamiento hará que no sea lícito declarar a esa altura una nulidad.

La adopción de un criterio tal, a mi gusto, tendría el saludable efecto de motivar a fiscales y jueces de instrucción para que, previo a clausurar sumarios y presentar acusaciones, revisen cuidadosamente que no se está ante una indagatoria defectuosa, no han quedado sin investigar hechos importantes, o algún otro vicio sustancial.

7. *ULTIMOS DESARROLLOS*

Con su integración posterior a 1989 la Corte reiteró el rango constitucional de la garantía contra el doble juzgamiento en el caso “Taussig”, *LL*, 1991-E-32. Además, volvió a afirmar —abandonando así el peligroso criterio del caso “Weissbrod”— que lo que esta garantía veda es *el riesgo* a ser condenado dos veces por un solo hecho.

En “Taussig”, un particular había querellado a otro por los delitos de calumnias e injurias. Considerando el tribunal a cargo del proceso que el querellante había abandonado la acción, dispuso el dictado de un sobreseimiento definitivo. La Cámara confirmó. Tiempo des-

nueva imputación penal. Ver estos principios en los casos *Arizona v. Washington*, 434 US 497 y *United States v. Dinitz*, 424 US 600, fallados por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

pués el querellante inició una nueva acción contra el mismo imputado, por los mismos delitos. La resolución que dispuso dar curso a esta segunda querrela fue impugnada por el acusado, quien argumentó que se estaba violando su derecho constitucional a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Los tribunales inferiores desestimaron esa oposición y la cuestión fue llevada ante la Corte.

En un fallo breve la Corte dio la razón al recurrente. Señaló que en este especial caso la decisión de mantener al querrellado sometido a proceso era equiparable a sentencia definitiva, dada la existencia de un gravamen insusceptible de reparación ulterior. El Alto Tribunal señaló que de lo que se trataba era de “lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por esta Corte”.

Luego, con cita de los precedentes analizados previamente, recordó que la prohibición de la doble persecución comprende no sólo la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, “sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho” (consid. 4º)¹⁴.

¹⁴ En apoyo de su decisión la Corte citó los casos “Ganra de Naumow”, “Martínez de Perón” y “Plaza”, todos vistos en los puntos anteriores. Pero además de ello, esa cita incluyó igualmente el precedente de “Mattei”. De acuerdo al desarrollo visto *supra* (punto 6), es posible pensar que la Corte estará dispuesta en lo sucesivo a fijar límites a las potestades anulatorias de los tribunales cuando enfrentan vicios esenciales de procedimiento, con sustento en la garantía en examen.

CAPITULO X

EXCARCELACION Y EXIMICION DE PRISION

Pocas áreas del procedimiento penal vinculadas a garantías constitucionales resultan de más difícil sistematización que la relativa a los institutos de la excarcelación y eximición de prisión. En efecto, según los casos que siguen ilustrarán, lejos ha estado la Corte de tomar una posición constante respecto a si tales institutos deben o no ser incluidos dentro del campo de las garantías constitucionales, y con qué alcance. A continuación ofrezco al lector una primera descripción de casos, resueltos no siempre coherentemente, y una posible interpretación del estado actual de la cuestión, sin duda no excluyente de puntos de vista diferentes.

1. *EL CRITERIO INICIAL*

Según indiqué *supra* (Capítulo II, punto 2) el criterio inicial de la Corte fue, durante mucho tiempo, el de excluir del ámbito de su conocimiento los recursos extraordinarios deducidos en materia de excarcelación¹. La razón principalmente invocada a tal efecto, era la

¹ *Fallos-CSJN*, 234:450; 245:546; 249:85; 254:288; 255:259; 265:330 y muchos otros.

de que tales resoluciones no eran sentencia definitiva, “no importa que se invoque violación a la defensa en juicio o arbitrariedad”.

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 “es materia ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte”². Con otras palabras, que aún cuando se salvara aquel requisito, la cuestión en sí misma carecería de contenido constitucional.

La Corte, sin embargo, no siempre había sostenido esto último.

2. LA “RAIGAMBRE CONSTITUCIONAL” DE ESTOS INSTITUTOS

α) En el caso “Pla”, *Fallos-CSJN*, 281:271 —S—, 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 en casos anteriores. 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, por vía de principio, 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. Así corresponde declararlo “cuando no se dan en el caso cir-

² “Szpitalny”, *Fallos-CSJN*, 287:343 —S—; “Muroquio”, *Fallos-CSJN*, 297:495 —S—.

cunstances de excepción que justifiquen apartarse del criterio señalado". (Énfasis agregado).

b) "Machicote", *Fallos-CSJN*, 300:642, constituyó uno de esos casos de excepción. Allí 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 entonces el pedido de excarcelación formulado por aquél, atento a que la cantidad de hechos imputados superaba el límite permitido por las disposiciones procesales a los fines de la concesión del 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 así que, aun 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 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*³.

³ El Procurador General propició en su dictamen una solución equivalente, en base a fundamentos que la Corte declaró compartir. El requisito de la falta de sentencia definitiva debía ser salvado, a su entender, atento a "la raigambre constitucional del instituto de la excarcelación" reconocida a partir del caso "Todres". Este último caso, según vimos, versó en realidad sobre una excarcelación concedida en segunda instancia y que la Corte revocó, con invocación de un muy

Entrando a analizar el fondo del asunto, la Corte entendió que las disposiciones procesales cuestionadas constituían criterios razonables para establecer en qué casos, y bajo qué circunstancias, pueden los jueces suponer que una persona no ha de eludir la acción de la Justicia. Así, el planteo de inconstitucionalidad fue rechazado⁴.

c) Dentro de esta línea de pronunciamientos, el caso “Instituto Nacional de Reaseguros”, *Fallos-CSJN*, 301:664, merece un análisis especial. 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 nombrado un nuevo juez en lugar de aquél, 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 ésta que fue consentida por el Fiscal. El querellante, quien de acuerdo a las leyes procesales no se hallaba facultado para recurrir, interpuso contra el auto de soltura 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 recurrirla. El querellante se presentó entonces directamente en queja ante la Cámara.

discutible derecho constitucional a arrestar que derivaría del art. 18 de la Carta Magna.

⁴ En un caso posterior, “Forstmann”, *Fallos-CSJN*, 301:904 —S—, la Corte declaró que no bastaba para provocar el control de constitucionalidad, una escueta y genérica impugnación del art. 379 del Cód. de Proc. en materia Penal.

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 la 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 así 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 enfáticamente proclamadas por la Constitución.

La Corte agregó entonces 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. O, 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 señor Procurador General”. (Énfasis agregado).

Tal como veremos seguidamente, resulta sumamente importante determinar cuáles fueron esas garantías constitucionales afectadas. Es claro que al haberse pronunciado la Cámara en este caso sobre cuestiones declaradas irrecurribles, la resolución así dictada lo

fue con *exceso de jurisdicción*. Vale decir, la Cámara no estaba habilitada para revisar la decisión del juez de primera instancia, ya que el recurso del querellante fue declarado, paradójicamente por ella misma, bien denegado.

De tal manera, el vicio en que incurriera la Alzada podría haber dado lugar a un pronunciamiento revocatorio de la Corte basado, exclusivamente, en la llamada “doctrina de la arbitrariedad”. Sin embargo, la Corte no sólo descalificó a ese pronunciamiento por la citada anomalía, sino que además señaló que habían sido afectadas “las garantías constitucionales mencionadas en el dictamen del Procurador”.

En ese dictamen, el Procurador General, había hecho mención de la “raigambre constitucional” que se le ha reconocido al instituto de la excarcelación, nuevamente con cita del caso “Todres”, y también de “Machicote”. Tales precedentes, agregó el Procurador, “permiten entonces aseverar el carácter federal del derecho que se pretende hacer valer en estos autos”.

Ahora bien, una vez reconocida la naturaleza constitucional del derecho invocado —esto es, según palabras del Procurador, el de “gozar de libertad hasta que se dicte la sentencia de condena”— ese dictamen agregó lo siguiente:

...pero, para proceder a la habilitación de la instancia extraordinaria se requeriría además la existencia de una vinculación directa entre el derecho federal invocado y lo que fue materia de decisión en la causa. Y este elemento aparece dado por la clara extralimitación en que incurrió el tribunal “a quo” al resolver una cuestión que se encontraba fuera de los límites de su competencia... En consecuencia, el pronunciamiento que ordena reformar lo decidido por el Inferior vulnera en forma directa garantías consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional.

3. EVOLUCION POSTERIOR

Los precedentes de “Machicote” e “Instituto Nacional de Reaseguros” recién examinados parecieron acordar, sin más, naturaleza federal al derecho de gozar de libertad hasta tanto se dicte una sentencia de condena. Ello era congruente, por lo demás, con la citada “raigambre constitucional” de aquellos institutos, extraída de manera un poco anómala de lo expuesto por la Corte en el caso “Todres”.

Pero lo desconcertante fue que paralelamente con el dictado de esos 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 ello la invocación de garantías constitucionales”. Más desconcertante aún, en otros casos la Corte desestimaba sumariamente recursos traídos ante ella por denegaciones de excarcelación afirmando que “la interpretación de las normas referentes a la excarcelación y eximición de prisión es materia ajena a la jurisdicción extraordinaria de la Corte”⁵.

Más aún, en el caso “Aguilera”, *Fallos-CSJN*, 303:321—S—, 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 liber-

⁵ Cfr. los casos registrados en *Fallos-CSJN*, 287:343; 297:495; 298:360 y 301:223.

*tad hasta que se dicte condena, "tal apelación sólo procede de providencias en las cuales se decide expresamente acerca de alguna cuestión de naturaleza federal", la que no se da en el caso*⁶. (Énfasis agregado).

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, me suscita profundas dudas conceptuales⁷. Para decirlo en pocas palabras, si el derecho a la excarcelación es de naturaleza constitucional y el apelante sostiene que ese derecho le ha sido restringido, creo que la Corte, en lugar de indagar si hay en autos "alguna" cuestión constitucional —que al parecer la hay— 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.

Trataré de ser más claro. Cuando en un juicio se discute una cuestión patrimonial, se sabe que para suscitar la intervención de la Corte Suprema es necesario algo más que simplemente invocar la garantía constitucional de la propiedad. Si ello no fuera así, cualquier proceso de contenido patrimonial, aun el más simple juicio ejecutivo, podría ser llevado en apelación al Alto Tribunal. Lo que es necesario además, según también

⁶ Este principio fue reafirmado posteriormente en los casos "Canelas", *Fallos-CSJN*, 302:865; "Marín", *Fallos-CSJN*, 304:1794.

⁷ De este tema me he ocupado en *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*. Allí intenté rebatir esta dualidad de criterios de la Corte, ofreciendo una posible interpretación de las normas de la ley 48 que regulan la apelación extraordinaria, la cual, tal vez, permitiría salir de este aparente problema conceptual.

se sabe, es que entre el derecho constitucional de propiedad y la pretensión del apelante exista una relación directa e inmediata que justifique la eventual intervención de la Corte.

De la misma manera, debe señalarse que no siempre que el derecho a la libertad durante el proceso penal se ve restringido, existe una relación inmediata entre ese derecho y lo que es materia de litigio. Caso contrario, toda denegatoria de excarcelación podría también ser llevada ante la Corte⁸.

A continuación veremos cómo la Corte, por un lado, ha continuado insistiendo en pronunciamientos más recientes con que la raigambre constitucional de la excarcelación no alcanza para habilitar su intervención, a falta de “alguna” cuestión federal. Por otro lado, el Alto Tribunal ha sentado sí criterios uniformadores en lo que hace a la exigencia de sentencia definitiva. Por último, veremos también, es posible advertir en sus últimos pronunciamientos la aparición de criterios restrictivos de interpretación, que importan acordarle a los tribunales inferiores cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las circunstancias de hecho que autorizan a denegar los beneficios de la excarcelación y eximición de prisión. Ello, con algunas reservas.

⁸ Para un mayor desarrollo al respecto, cfr., Carrió, A., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*. En algunos pocos pronunciamientos la Corte ha enfocado esta cuestión desde la óptica que propugno. En “Instituto Nacional de Reaseguros”, y posteriormente en “Prieto”, *Fallos-CSJN*, 310:2245, el Alto Tribunal hizo alusión a la necesidad de que existiera entre la garantía constitucional invocada por el apelante —la de gozar de libertad mientras dure el proceso— y los agravios traídos contra la resolución denegatoria de la libertad, esa relación directa e inmediata.

4. *ULTIMOS DESARROLLOS*

4.1. *El requisito de la sentencia definitiva*

a) A partir del caso “Massera”, *Fallos-CSJN*, 306:282, la Corte empezó a considerar, al parecer ya de manera uniforme, que una resolución denegatoria de una excarcelación “ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior 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 (ver consid. 2º del fallo)⁹.

b) Igual rango de sentencia definitiva le ha sido acordado a la resolución que deniega una eximición de prisión. Ver así lo resuelto en el caso “Libertino”, *Fallos-CSJN*, 307:1132 —S—¹⁰.

c) Según indiqué en el Cap. II (ver punto 2), la Corte siguió durante mucho tiempo el criterio de que el auto de prisión preventiva no resultaba equiparable a sentencia definitiva, ni aun en los supuestos en que ella se dictara respecto de delitos que no admitían la excarcelación del procesado. Así, por ejemplo, lo había resuelto el Alto Tribunal en “Viola”, *Fallos-CSJN*, 307:1615, criterio que además sirvió de fundamento para desechar ciertos agravios traídos por los recurrentes ya en el mar-

⁹ Para casos posteriores reafirmando este criterio, ver entre otros: *Fallos-CSJN*, 306:1778 —S—; 307:549; 311:1414; 312:185; 312:1904 —S—; *ED*, 124-568; *LL*, 1988-C-492.

¹⁰ Para otro caso de denegatoria de eximición de prisión que la Corte consideró equiparable a sentencia definitiva a los fines de la ley 48, cfr., “Prieto”, *Fallos-CSJN*, 310:2245.

co de una excarcelación denegada, según veremos más adelante.

Este criterio de la Corte era, a mi juicio, pasible de serias críticas¹¹. Es cierto que, ordinariamente, un auto de prisión preventiva no debería ser susceptible de revisión por la vía del recurso de la ley 48 puesto que su objeto —calificar hechos *prima facie* como delictivos— aparece como ajeno a la jurisdicción extraordinaria de la Corte. También es cierto que, de ordinario, 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 sí está dispuesto a reconocerle *status* de sentencia definitiva.

Pero, me parece, el problema se planteaba con aquellos delitos que por su penalidad, o por así disponerlo leyes especiales, no son nunca 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 (piénsese el caso de una prisión preventiva que se apoyara en una confesión compulsiva, o que declarase que es el procesado quien debe probar su inocencia, etc.), parece claro que la Corte no debe inhibirse de conocer los agravios constitucionales del recurrente. Decir que en ese caso la decisión

¹¹ Un completo desarrollo del criterio anterior de la Corte en materia de irrecurribilidad del auto de prisión preventiva puede verse en el trabajo de Pessoa, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, p. 112 y siguientes. El citado autor incluye allí una atinada crítica a los criterios restrictivos entonces imperantes. En igual sentido, cfr. mi trabajo *La libertad durante el proceso penal y la Constitucional Nacional*.

de los tribunales inferiores no le ocasiona al procesado un perjuicio de tardía reparación ulterior implicaba, creo, cerrarle demasiado los ojos a la realidad.

Finalmente, según vimos (ver Cap. II, punto 3), a partir del caso “Gundín”, *JA*, 1991-III-518, la Corte comenzó a considerar como definitivas resoluciones sobre prisión preventiva, dictadas respecto de delitos que no admiten la excarcelación.

4.2. *El rango federal*

Aun sin explicar mayormente cuál sería la cláusula constitucional que le da fundamento, la Corte ha insistido en pronunciamientos más recientes en el “rango federal” de los institutos de la excarcelación y la eximición de prisión.

a) En el caso “Capussi”, *Fallos-CSJN*, 306:1462 la Corte debió pronunciarse sobre la interpretación de un pasaje del Código de Justicia Militar (art. 314 *bis* según una reciente reforma). 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” (ver consid. 7º).

b) Al resolver los casos “Miguel”, *Fallos-CSJN*, 308:1631 y “Stancato”, *Fallos-CSJN*, 310:1835, la Corte hizo especial mención de que “la excarcelación procede co-

mo garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma” (ver en “Stancato”, el consid. 3º; en “Miguel”, el consid. 4º).

En apoyo de esta afirmación la Corte citó una serie de pronunciamientos muy viejos de su repertorio de jurisprudencia (*Fallos-CSJN*, 7:321; 16:88; 54:264 y 64:362), en los que ella había debido decidir la razonabilidad de mantener encarcelado durante el proceso a quien, en caso de recaer condena, no le correspondería una pena de prisión sino el exilio. En esa familia de casos, y con apoyo en la cláusula final del art. 18 de la Constitución que habla del propósito de “seguridad” que deben cumplir las cárceles, la Corte había resuelto que era irrazonable mantener detenido durante el juicio a aquél a quien no le iba a corresponder eventualmente una pena de prisión. Dicho objetivo de “seguridad”, según el Alto Tribunal, no se veía cumplido con semejante encarcelamiento¹².

c) Pero a la par que en estos dos últimos pronunciamientos la Corte afirmó el rango federal de los institutos de la excarcelación y eximición de prisión, rápidamente señaló que:

¹² Resulta realmente extraño que la Corte haya invocado en apoyo del “rango constitucional” de la excarcelación, una familia de casos que muy poco tienen que ver con la situación de quienes hoy se ven enfrentados a un encarcelamiento durante el proceso. Aquellos casos sobre exilio lidiaron con una particularísima situación de hecho —mantener preso a quien no podría jamás ser enviado a prisión de recaer condena— y la lectura de esos precedentes muestra que la Corte fue muy cautelosa en limitar su afirmación de que “la excarcelación procede como garantía constitucional” sólo para esa categoría de casos. Para un desarrollo crítico al respecto, cfr., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, p. 19 y siguientes.

...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. (Ver los casos “Stancato” y “Miguel” citados supra, consid. 4º).

Este criterio encuentra su génesis en los principios que expuso en su oportunidad la Corte en el caso “Todres” en el que, según vimos (ver Cap. IV, punto 4, b), pareció consagrarse un derecho constitucional al “arresto”, que surgiría del art. 18 de la Constitución Nacional.

Nelson R. Pessoa, en su trabajo ya citado (ver *supra*, nota 11), señala con acierto que la Corte de “Todres” habló en realidad de la “raigambre constitucional” del auto de prisión preventiva, sin pretender asignarle categoría de “garantía constitucional”¹³. En esa misma línea, sostiene dicho autor 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 en 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, etcétera”¹⁴.

Desde ya el planteo de Pessoa tiene aristas muy atendibles. Nadie duda de que el Estado tiene la potestad o

¹³ Pessoa, *Fundamentos constitucionales de la extensión de prisión y de la excarcelación*, p. 81.

¹⁴ Pessoa, *Fundamentos constitucionales de la extensión de prisión y de la excarcelación*, ps. 111-112.

atribución de arrestar a quien sorprenda por ejemplo cometiendo un delito, atribución que no parece estar en pugna con nuestra Constitución. Para decirlo más fácil, a nadie en su sano juicio se le ocurriría sostener que sea inconstitucional conferir al Estado esa potestad.

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, claro está, 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” (art. 14, inc. 3º, ley 48).

Dada la existencia de esta norma, que reclama para acceder a la Corte la existencia de una resolución contraria al derecho, privilegio o título constitucional invocado por el recurrente, fuerza es concluir que 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 denegatoria 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.

Pero si en cambio estamos ante una excarcelación concedida, mi impresión es que no es correcto asignarle a la atribución estatal de arrestar (que nadie duda existe), el rango de “derecho”, “título” o “privilegio” constitu-

cional, respecto del cual habría recaído la “resolución contraria” que exige la ley¹⁵.

4.3. *¿Qué les está vedado a los tribunales inferiores?*

a) *Invocaciones genéricas*

de que se intentará eludir la acción de la Justicia

En el caso “Cacciatore”, *Fallos-CSJN*, 307:549, la Corte tuvo oportunidad de señalarle algunos límites a los tribunales inferiores en sus facultades de denegar pedidos de excarcelación. Cacciatore, según se recordará, se encontraba procesado en relación con una investigación por el manejo de fondos públicos (la causa del Parque Interama). La calificación legal había sido la de concurso real entre los delitos de los arts. 174, inc. 5º y 277 del Cód. Penal, los que, por su penalidad, permitían su encuadramiento en la primera parte del entonces vigente art. 379, inc. 1º, Cód. de Proc. en materia Penal. Esto es, la posibilidad de acceder a la excarcelación cuando la de-

¹⁵ La forma en que cláusulas legales equivalentes a las nuestras han sido interpretadas en los Estados Unidos, puede brindar una herramienta útil para el esclarecimiento de esta cuestión. Es sabido que la ley 48 se inspiró en la *Judiciary Act* dictada por el Congreso estadounidense en 1879. La Sección 25 de ella es prácticamente idéntica al art. 14 de nuestra ley 48. Ahora bien, durante la vigencia de esa norma en los Estados Unidos la revisión de sentencias dictadas por los tribunales estatales sólo era posible si un derecho federal había sido denegado. La jurisdicción de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue finalmente extendida al sancionarse por el Congreso la Sección 1257, Título 28 del U.S. Code. A partir de entonces la Corte federal puede intervenir también en supuestos en que un tribunal estatal *afirma*, en lugar de rechazar, un derecho de rango constitucional o federal. El deseo de obtener uniformidad en la interpretación de la ley federal constituyó el fundamento de ese cambio legislativo. Para un desarrollo de estas cuestiones puede verse Gunther, *Constitutional Law*.

tención o prisión preventiva se decrete 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 esa denegatoria la defensa de Cacciatore interpuso recurso extraordinario.

La Corte lo declaró procedente. Señaló en tal sentido que puesto 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 Cód. de Proc. en materia Penal. Es decir, “cuando la objetiva valoración de las características del hecho y de las condiciones personales del imputado permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la Justicia”.

En el caso de autos, hizo notar la Corte, 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 por parte de los tribunales inferiores el más mínimo tratamiento. El Alto Tribunal concluyó entonces que:

...no puede estimarse razón bastante para desechar las aludidas defensas el impreciso contenido de la frase “cualquiera sean las condiciones personales del procesado”. Frente a esta omisión de tratamiento la mera inferencia de que se intentará eludir la acción de la Justicia por la gravedad de la pena que eventualmente podría recaer, ...sin

referirse a las características del hecho, no constituye fundamento suficiente para sustentar la decisión denegatoria.

La Corte en síntesis hizo lugar al recurso de la defensa de Cacciatore, aclarando que lo dicho no importaba abrir juicio sobre la procedencia o improcedencia del beneficio requerido¹⁶.

Posteriormente, la Corte distinguió el caso “Lizarraga”, *Fallos-CSJN*, 311:1414, donde por mayoría rechazó el recurso extraordinario interpuesto contra una decisión que no había hecho lugar a la excarcelación del procesado.

En ese caso la Cámara Federal interviniente había también invocado el art. 380 del entonces vigente Código de Procedimientos en materia Penal, sosteniendo que las condiciones personales del imputado hacían presumir que intentaría eludir la acción de la Justicia. El tribunal mencionó así la posibilidad de que el encausado fuera el organizador de las maniobras delictivas, que habían sido calificadas como constitutivas de contrabando agravado, en concurso real con defraudación y falsedad ideológica.

Llegado el caso a la Corte, la mayoría entendió que la afirmación de la Alzada en el sentido de que en caso de recaer sentencia condenatoria ella sería de cumplimiento efectivo, no aparecía como irrazonada ni infundada. La Corte tomó en cuenta además la gravedad de los hechos según su calificación en la prisión preventiva, así como la circunstancia —puntualizada en la sen-

¹⁶ Para casos posteriores en que la Corte, nuevamente, dejó sin efecto fallos de Cámara que denegaban una excarcelación afirmando genéricamente que ante las circunstancias del hecho la eventual condena no sería de ejecución condicional, ver “Gómez”, *Fallos-CSJN*, 311:652 y “Losasso”, *Fallos-CSJN*, 312:1904.

tencia apelada— de que el procesado se hubiese mantenido prófugo durante varios años.

En su disidencia los doctores Petracchi y Bacqué entendieron en cambio que las afirmaciones de la Cámara no encontraban adecuado fundamento en las constancias de la causa, apareciendo por ende como meras afirmaciones dogmáticas. Agregaron que la resolución recurrida no cumplía con el requisito procesal de ser una “objetiva valoración” de las características del hecho y de las condiciones personales del imputado, enfatizando por último el criterio estricto que debe emplearse en materia de restricciones a las garantías de los procesados en juicio criminal.

b) *Menciones genéricas sobre capacidad económica o conexiones internacionales*

En “Bonsoir”, *Fallos-CSJN*, 312:185, 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 permitía el dictado de una condena de ejecución condicional, la objetiva valoración 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 el voto de estos dos últimos en “Lizarraga”, hizo hincapié en la especial fundamentación que exige una denegatoria de excarcelación, cuan-

do la circunstancia obstativa es la presunción de que su beneficiario intentará eludir la acción de la Justicia.

La Corte dijo así que la mención acerca de las alegadas vinculaciones a organizaciones con alcances internacionales aparecía como dogmática, y con una decisiva carencia de fundamentación en las constancias de las causa. Además, afirmó que la capacidad económica no era por sí misma demostrativa de una intención de sustraerse a la Justicia. Sobre la base de estos fundamentos el fallo fue revocado.

4.4. *¿Qué cosas sí podrían evaluar los tribunales inferiores?*

a) *El caso “Stancato”*

En el caso “Stancato” ya visto (*Fallos-CSJN*, 310:1835), la Corte debió pronunciarse sobre el pedido de excarcelación del procesado. Este, recuérdase, había sido encarcelado por maniobras cometidas al frente del Banco Alas, las que se habían traducido en la obtención de créditos a la prefinanciación 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 Cód. Penal 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. Esta descripción de los hechos, indicó el Alto Tribunal, había sido ya tomada en cuenta en la resolución denegatoria de la excarcelación, donde se había aludido a “la repetición de las maniobras, las importantes consecuencias económicas en perjuicio del Estado y la perniciosa incidencia social de los hechos”. Sobre esa base, la Corte concluyó que:

...el art. 41 del Cód. Penal establece, entre otros criterios para la graduación de la pena el de la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado, y el recurrente no demuestra que la valoración efectuada en la sentencia se aparte de esas reglas.

Lo que la Corte ha venido a decir en “Stancato”, en pocas palabras, es lo siguiente. En los casos de pluralidad de delitos imputados —donde para la ley procesal la solución 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 Cód. Penal que regula precisamente el instituto de la condena condicional, sino además las del art. 41 del mismo Código que, es sabido, determina qué cosas deben tener en cuenta los jueces para individualizar la pena de un condenado. Entre ellas, la naturaleza de la acción y de 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 es procedente¹⁷.

Admito que estamos ante una argumentación persuasiva. Pero francamente creo que ella olvida la situación jurídica de quien reclama un beneficio que, para la misma Corte, tiene entidad constitucional, a la par que aplica disposiciones que, me parece, existen en el Código Penal para cubrir hipótesis diferentes. Trataré de explicar a qué me refiero.

En “Alurralde”, *Fallos-CSJN*, 54:264, (uno de los casos sobre exilio a que aludí anteriormente), la Corte había señalado que en materia de excarcelación los jueces debían tener en cuenta sólo el monto de la pena, y no la naturaleza y gravedad del delito, ni tampoco las excepciones o defensas opuestas por el procesado durante el sumario (ver consids. 3º y 4º). Es que, como lo hizo notar también la Corte en el caso “Machicote”, los criterios de la legislación procesal que determinan en qué casos procede la excarcelación de un imputado, constituyen en realidad pautas objetivas para establecer cuándo es dable presumir que una persona habrá de eludir la acción de la Justicia. Y en este punto el legislador procesal parece haber razonado de esta manera. Los procesados por delitos que, por su penalidad, no admiten condena condicional, se presume que se sentirán muy tentados a eludir la acción de la Justicia, razón por la cual su excarcelación no es procedente.

Ahora bien, una cuestión más compleja se plantea cuando los delitos imputados, por su penalidad, admiten teóricamente la condena condicional. En ese caso

¹⁷ Para un ejemplo posterior de la adopción de este criterio, ver el dictamen del Procurador General recaído en “Gómez”, citado en nota 16.

es el juez quien al momento de pronunciarse sobre el pedido de excarcelación debe, por así decirlo, determinar si por las circunstancias del hecho y las características personales del procesado, esa condena de ejecución condicional aparece como posible¹⁸. Y para ello, por lo menos antes de la aparición de “Stancato” los jueces ponían la mira en el art. 26 del Cód. Penal, que regula justamente el instituto de la condena condicional. Según esa norma, la personalidad del condenado y la naturaleza del hecho (en un lenguaje similar al de la legislación procesal), son datos que el juez debe tomar en función de *la conveniencia o inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad*.

Pero aparentemente ahora, y por imperio de “Stancato”, los jueces no sólo deben atender a si es dable suponer que el procesado pretenderá eludir la acción de la Justicia, o si la gravedad del hecho torna conveniente aplicar efectivamente la privación de libertad (criterios por así decir “tradicionales”). Ahora los jueces están facultados para tomar en cuenta las pautas del art. 41 del Cód. Penal relativas a las personas *ya condenadas* por un delito, entre ellas la extensión de daño causado.

Al margen de que parece lógicamente criticable hablar de un “daño causado” por un delito aún no comprobado, creo que los jueces deberían ser muy prudentes en aplicar, respecto de personas jurídicamente inocentes, pautas que nacieron para individualizar las penas de los delitos ya juzgados. Entiéndaseme bien. No ten-

¹⁸ Tanto el anterior Código de Procedimientos en materia Penal (art. 379, inc. 1^º, parte 2^a) como el vigente, supeditan a la posibilidad de obtener una condena de ejecución condicional la concesión de una excarcelación, cuando el delito imputado tiene prevista una pena máxima superior a ocho años. En el Código vigente según ley 23.984, ver el juego de los arts. 316 y 317, inc. 1^º.

go dudas de que ante hechos graves los jueces deben aplicar condenas ejemplares. Tampoco dudo de que si el juez tiene fundadas razones para sospechar que el procesado ha de fugarse, debe “asegurar” su presencia en los tribunales. Pero de allí a que puedan los jueces, con libertad, denegar excarcelaciones de personas sólo sobre la sospecha de que se han causado graves daños, hay un paso más largo. Comprobar la existencia de ese grave daño debe ser la consecuencia del proceso penal, no su presupuesto.

b) *Casos posteriores*

En el caso “Losasso”, *Fallos-CSJN*, 312:1904 —S—, la Corte hizo lugar a un recurso extraordinario sobre la base de que el auto denegatorio de una excarcelación había incurrido en fórmulas genéricas relativas a la personalidad moral del procesado y a la presunta pena a recaer.

Pero al mismo tiempo, desechó el agravio relativo a la interpretación que se había hecho sobre la eventual inaplicabilidad de una condena condicional, en los términos del art. 26 del Cód. Penal. Para ello, la Corte señaló que dicho agravio remitía “al examen de cuestiones de hecho y derecho común y procesal ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48, que han sido resueltas con fundamentos suficientes que bastan para su sustento” (consid. 5º).

Posteriormente, en el caso “Rodríguez Landívar”, *JA*, 1991-IV-155, la Corte sentó criterios de importancia acerca de cómo interpretar las normas procesales relativas al derecho a la excarcelación¹⁹.

¹⁹ Los principios expuestos por la Corte mantienen trascendencia, atento a la gran similitud entre las normas sobre excarcelación conte-

En este caso la Cámara de Apelaciones actuante había denegado la excarcelación del procesado, quien venía sufriendo detención preventiva por los delitos de asociación ilícita, violación de correspondencia, estafas reiteradas y adulteración de instrumento público. El pedido de excarcelación, según lo autorizaba el régimen procesal, se fundó en que habían transcurrido ya dos años desde la fecha de la detención. La resolución denegatoria de la excarcelación tomó en cuenta por un lado que el plazo de dos años mencionado por las normas procesales no debía operar de manera automática. Además de ello, hizo mérito de las circunstancias personales del detenido, las características del proceso y la gravedad de los delitos investigados.

Llegado el caso a la Corte, ésta hizo notar que:

...la expresión "podrá" que precede a los distintos supuestos liberatorios contenidos en el art. 379 Cód. de Proc. en materia Penal no supone dejar al arbitrio del juez la concesión del beneficio, pues interpretar lo contrario significaría cruzar el límite de razonabilidad impuesto por la garantía constitucional involucrada. La ley sólo autoriza al juez a denegar el beneficio, no obstante verificarse alguna de las hipótesis del art. 379, en el caso estrictamente delimitado por el art. 380 del mismo Código. Por lo tanto, en el caso de autos, cabe suponer que el "a quo" ha considerado, implícitamente, que se ha producido ese caso de excepción.

Sentado lo anterior, la Corte analizó entonces si concurrían en el caso los presupuestos del entonces vigente art. 380 Cód. Proc. en materia Penal. Esto es, que la ob-

nidas en el anterior Código de Procedimientos en materia Penal y las del Código actual. Así los supuestos sobre excarcelación del anterior art. 379 aparecen en lo sustancial reproducidos en el art. 317 del Código vigente, y las circunstancias obstativas del anterior art. 380 son casi idénticas a las del actual art. 319.

jetiva valoración de las características del hecho y de las condiciones personales del imputado autoricen a presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la Justicia. La Corte concluyó entonces que la resolución denegatoria de la excarcelación no había cumplido con la objetiva valoración requerida, y tampoco se consignaban los motivos por los que podía presumirse un intento futuro de eludir la acción de la Justicia.

Por considerar que la resolución recurrida no cumplía en consecuencia con el requisito de debida fundamentación, ella fue dejada sin efecto.

4.5. Conclusiones

Los casos analizados previamente permiten arrojar a mi entender las siguientes conclusiones.

- a) Para denegar excarcelaciones o exenciones de prisión, no es lícito 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.
- b) Tampoco son lícitas 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 (“Losasso”).
- c) Dentro de las pautas relativas a si el solicitante de una excarcelación podrá eventualmente beneficiarse con una condena condicional, es al parecer

lícito tomar en cuenta las que surgen del art. 41 del Cód. Penal, aun cuando ellas tengan que ver con criterios objetivos que rigen para personas ya condenadas (“Stancato”). Las críticas que este criterio me suscita las he expuesto ya suficientemente.

- d) Por último, si se da alguno de los supuestos liberatorios que enumera la legislación procesal (en el régimen anterior para la Nación, los del art. 379 Cód. de Proc. en materia Penal y en el actual, los del art. 317), los jueces no tienen a su arbitrio la potestad para denegar la excarcelación. Su negativa, sólo será posible si se comprueba que existen razones fundadas para pensar que la concesión de la excarcelación derivará en que su beneficiario intente eludir la acción de la justicia (“Rodríguez Landívar”).

4.6. *El transcurso del tiempo y el Pacto de San José de Costa Rica*

En el caso “Firmenich”, *Fallos-CSJN*, 310:1476, la Corte se pronunció también sobre una cuestión de importancia. En el marco del proceso que se le instruía a aquél por diversos delitos y que, según se recuerda, motivaron su extradición desde el Brasil, la defensa de Firmenich hizo un pedido de excarcelación. Lo fundó en que se encontraba ya cumplido el término de dos años al que se refiere el art. 379, inc. 6º del Cód. de Proc. en materia Penal, 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 el proceso”. Los tribunales de grado denegaron la petición.

Invocaron para ello las prescripciones del entonces vigente art. 380 del Cód. de Proc. 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, con cita de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que habían debido interpretar una cláusula análoga de la Convención para el viejo continente, señaló que:

...está reconocido por todos la imposibilidad de traducir el concepto “plazo razonable” en un número fijo de días, semanas, de 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 —aunque por los términos en que se concediera su extradición la pena debía limitarse a treinta años— con lo que la resolución denegatoria se ajustaba a los requisitos del art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero al mismo tiempo, en el caso “López Rega”, *Fallos-CSJN*, 312:772, la Corte señaló que una denegatoria de excarcelación respecto de quien había invocado dicho art. 379, inc. 6º del Cód. Proc. en materia Penal (el transcurso de más de dos años de detención sin condena), requiere una adecuada fundamentación de las circunstancias concretas que impiden su aplicación.

4.7. Criterios restrictivos

Según veremos a continuación, y quizás como una suerte de reacción ante diversos planteos que fueron traídos a su conocimiento, la Corte hizo notar que sólo en muy excepcionales circunstancias estaba ella dispuesta a considerar los agravios de aquellos a quienes se les deniega un pedido de excarcelación o eximición de prisión.

a) En “Miguel”, *Fallos-CSJN*, 308:1631, el Alto Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 380 del Cód. de Proc. en materia Penal ya visto anteriormente. En un fallo muy breve la Corte señaló que el análisis de la razonabilidad de esa norma, a los fines de su impugnación como inconstitucional, dependía de que ella se adecuase al fin perseguido por la reglamentación, la cual no debía adolecer de iniquidad manifiesta.

Bajo esta óptica, concluyó, “las facultades que acuerda a los jueces el mencionado art. 380, Cód. de Proc. en materia Penal, para establecer en qué circunstancias la libertad personal del procesado debe ceder ante el interés general, en tanto establece un sistema basado en pautas objetivas de valoración, no aparecen como irrazonables en función del referido resguardo de la sociedad”.

b) En el caso “Agosti”, *Fallos-CSJN*, 311:105, la Corte despachó también sumariamente el pedido del procesado de que se hiciese lugar a su excarcelación. Dijo el Alto Tribunal que no observaba que el fallo denegatorio de la libertad hubiese realizado una interpretación irrazonable o arbitraria de las normas procesales aplicables. A ello agregó que, según lo tenía establecido:

...la admisión del recurso extraordinario contra decisiones que deniegan la libertad provisoria debe basarse en cir-

cunstances excepcionales como sería la existencia de vicios sumamente graves del pronunciamiento denegatorio.

En algunos casos anteriores ya citados (“Firmenich” y “Gómez”) la Corte había hecho mención de esta fórmula que de alguna manera parece haber venido a acotar aún más el campo de acción del Alto Tribunal en esta materia. Así, por ejemplo, en “Gómez” se hizo notar que para habilitar la instancia extraordinaria frente a un auto que deniega la excarcelación, “es menester que se discuta la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de aquélla o que medien graves defectos del pronunciamiento denegatorio que configuren una lesión a principios constitucionales” (ver consid. 4º).

c) Otro criterio restrictivo de significación aparece en el caso “Manubens Calvet”, *Fallos-CSJN*, 311:667. Allí la procesada se encontraba con prisión preventiva dictada por estafas reiteradas, derivadas de sus diversas presentaciones en un juicio sucesorio, cada una de las cuales, según la calificación hecha por los tribunales de grado, era constitutiva de una defraudación autónoma. Sobre la base de esa pluralidad delictiva se le denegó la excarcelación.

Tanto el auto de prisión preventiva como la denegatoria de la excarcelación fueron apelados ante la Corte. Al parecer, sólo en la apelación contra la prisión preventiva —recurso que de todas formas fue concedido por la Alzada— la procesada desarrolló de manera adecuada su agravio relativo a la errónea calificación de los hechos como “reiterados”. En la denegatoria de la excarcelación, en cambio, aquélla se concentró en analizar la validez de ciertos documentos traídos al proceso y la incidencia en la causa de una sentencia liberatoria dictada por un tribunal extranjero.

En su dictamen el Procurador Fiscal actuante, con criterio amplio, señaló que desde el momento en que ambos recursos de la apelante estaban a decisión de la Corte, y puesto que a su juicio era evidente que la Cámara había considerado como plurales hechos que respondían a una única conducta delictiva, el recurso traído contra la denegatoria de la excarcelación era procedente. El Procurador Fiscal actuante señaló que en la medida en que aquella denegatoria se basaba en una calificación legal hecha en la resolución de prisión preventiva, lógico era admitir como conducentes para la solución del recurso contra la excarcelación, los agravios desarrollados en el incidente de prisión preventiva.

La Corte no estuvo de acuerdo. Por un lado, consideró que ciertos agravios articulados contra la denegatoria de la excarcelación (la validez de los documentos traídos al proceso, el valor de la sentencia extranjera) se dirigían en realidad a cuestionar el auto de prisión preventiva, la cual —señaló— no constituía sentencia definitiva ni era equiparable a ella. En base a eso, la Corte consideró que se hallaba inhibida para tratar tales agravios relativos a “cuestiones decididas por autos no definitivos”. Dichas cuestiones, agregó, “son susceptibles de conocimiento... en ocasión del recurso extraordinario que, en su caso, quepa deducir contra la sentencia final de la causa” (ver consid. 2º).

Respecto de los restantes agravios —aquellos que el Procurador Fiscal había encontrado atendibles como el de la errónea reiteración delictual— la Corte señaló que no habían sido sustentados debidamente. Ello, puesto que tales agravios habían sido dirigidos contra la prisión preventiva, lo cual privaba de autonomía al recurso deducido contra la denegatoria de la excarcelación.

Al margen de estas cuestiones procesales sobre autonomía y fundamentación, este fallo de la Corte deja un muy relevante mensaje. En el marco de una denegatoria de excarcelación los recurrentes no pueden —no deben— articular agravios que sean más bien materia del cuestionamiento de la prisión preventiva. Si lo hacen, tales agravios serán sumariamente desechados por aplicación, más o menos, del siguiente silogismo. El agravio “X” debió haber sido dirigido contra la prisión preventiva. Esta, como regla general, no es sentencia definitiva. Por consiguiente, el agravio “X” deberá ser reproducido por el apelante en ocasión del recurso extraordinario que quepa deducir, en su caso, contra la sentencia final de la causa.

No es fácil predecir si este criterio de “Manubens Calvet” se seguirá repitiendo en el futuro²⁰. Lo que sí creo es que el mismo se apoya en una distinción —lo que es propio de la excarcelación y lo que es propio de la prisión preventiva— que en la realidad aparece muchas veces desdibujada. Es que, como ocurrió en este caso y como es frecuente que ocurra, las denegatorias de excarcelaciones suelen apoyarse en calificaciones legales o en la caracterización de hechos llevados a cabo precisamente en el auto de prisión preventiva. De tal forma, nunca será tarea simple atacar una resolución sin que ello implique no criticar la otra.

²⁰ En los casos “Stancato” y “Prieto” (cfr. *supra* texto y nota 8), la Corte señaló igualmente que los agravios vinculados a la calificación legal de los hechos imputados constituían materia ajena al recurso extraordinario. En igual sentido ver “Gómez”, *supra* nota 16, donde la Corte dijo que era ajeno a la instancia extraordinaria, determinar si subsisten las circunstancias que dieron fundamento al auto de prisión preventiva (ver consid. 5º).

CAPITULO XI

OTRAS DERIVACIONES DEL DERECHO DE DEFENSA

1. **PRESUNCION DE INOCENCIA**

Como otra derivación de la garantía de la defensa en juicio contenida en el art. 18 de la Constitución, puede citarse el principio por el cual es la parte acusadora la que tiene a su cargo la demostración de la culpabilidad del imputado, y no éste la de su inocencia.

1.1. *El principio general*

a) El mismo aparece afirmado en el caso “Destilerías y Viñedos El Globo”, *Fallos-CSJN*, 275:9. Allí esta empresa había sido sometida a proceso por presunta violación a una ley recientemente promulgada, que imponía restricciones a la venta del vino. Durante la tramitación de la causa la empresa alegó que las ventas en cuestión habían ocurrido previo al dictado de la ley, de manera que la misma no podía ser aplicada. El tribunal de la causa desestimó esta defensa, manifestando que correspondía a la infractora demostrar la veracidad de su alegación, y que ante la falta de prueba respecto de la fecha de las ventas cuestionadas, éstas debían presumirse como hechas en violación a la ley.

La Corte revocó. Luego de reseñar los antecedentes de la causa, manifestó que:

...en tales condiciones, lo resuelto en el fallo importa violación a la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional pues invierte la carga de la prueba y la exige al imputado, sin fundamento legal que autorice tal criterio¹.

b) El rango constitucional de esta garantía fue luego reafirmado en “Raia”, *Fallos-CSJN*, 292:561. La imputada había sido absuelta en primera instancia del delito de bigamia por el que se la acusara. La Cámara revocó esa absolución, diciendo que correspondía a la acusada probar la inexistencia del primer vínculo al momento de contraer su segundo matrimonio.

Interpuesto recurso extraordinario, la Corte lo declaró procedente. Con invocación de “Destilerías y Viñedos El Globo” el Alto Tribunal manifestó que lo resuelto invertía injustificadamente la carga de la prueba, contradiciendo la norma expresa del art. 468 del Cód. Proc. Penal².

c) En “Acosta”, *Fallos-CSJN*, 295:782, la Corte tuvo nuevamente oportunidad de aplicar este criterio. Luego

¹ En “Fiscal c. Drago”, *Fallos-CSJN*, 303:1065 la Corte confirmó una condena impuesta por circulación ilegal de alcohol. La situación de “El Globo” fue distinguida, ya que aquí los procesados habían sido descubiertos en posesión de una partida de alcohol carente de los instrumentos que la identificaran como legítima. La Corte manifestó que la garantía en examen no resultaba violada si “ante la comprobación objetiva de una infracción, se requiere que quien invoca la concurrencia de una causal de excepción... a la sanción penal, la demuestre”. Para casos posteriores reafirmando este criterio ver “Paiva”, *Fallos-CSJN*, 306:980, e “Industrias Delta”, *Fallos-CSJN*, 306:1347.

² La Corte citó además, extrañamente, el caso registrado en *Fallos-CSJN*, 288:178. Si bien el mismo versó también sobre un tema de bigamia, ello no fue en el marco de una causa penal sino de derecho previsional. La mención del art. 468 se refirió, claro está, al régimen derogado. En el actual, el principio de la “presunción de inocencia de que todo imputado goza” aparece expresado en el art. 1º.

de un proceso por contrabando, uno de los imputados había sido absuelto en primera instancia por considerarse dudosa su participación en el hecho investigado.

La Cámara revocó la absolució, manifestando que la defensa “no había demostrado su falta de responsabilidad en el evento”, y que en delitos de esta naturaleza “el inculpaado debe demostrar fehacientemente su inocencia”.

La Corte invalidó ese pronunciamiento. Se remitió así a los principios de “El Globo” y “Raia”, agregando que la resolución de la Alzada era violatoria:

...del principio insito en el art. 18 de la Constitución Nacional, con arreglo al cual nadie puede ser penado sin... que sea declarado culpable de un hecho delictuoso, culpabilidad que debe ser establecida con arreglo a las pruebas producidas y apreciadas en la forma que las leyes prescriben.

d) Más recientemente, en el caso “Silva Saldívar”, *Fallos-CSJN*, 311:617, la Corte se pronunció otra vez sobre los alcances de esta garantía. El procesado había sido detenido por personal de la Administración Nacional de Aduanas en un paso fronterizo, en posesión de tres cigarrillos de marihuana. Fue condenado en las instancias inferiores por el delito de introducción de estupefacientes. Su defensa acerca de que la droga incautada era para su consumo personal fue descartada. Los jueces de la causa consideraron que se estaba ante una acción de tráfico de estupefacientes, y que correspondía al procesado demostrar que lo ingresado era para consumo propio. El caso fue llevado a la Corte, por entenderse que la exigencia puesta en cabeza del procesado constituía una inversión inadmisibles de la carga de la prueba.

La Corte hizo lugar al planteo del apelante, manifestando que:

...si se considera a la introducción de estupefacientes una acción de tráfico, es el representante del Ministerio Fiscal a quien incumbe acreditar esa finalidad, sin que quepa transferir al acusado la carga de probar una distinta, máxime si se tiene en cuenta que, como en el caso ocurre, aquélla no puede ser inferida razonablemente de la cantidad incautada ni de los dichos del procesado. En tales condiciones, esa exigencia del fallo es violatoria de la garantía de la defensa en juicio.

1.2. Limitaciones y principios complementarios

Complementando el criterio sentado en los casos recién analizados, la Corte ha enunciado algunas limitaciones al mismo. Así:

α) En el caso “Bilsky”, *Fallos-CSJN*, 254:301, se entendió que la disposición aduanera que declara como constitutiva de contrabando la tenencia injustificada de productos extranjeros, no resulta violatoria de la garantía contenida en el art. 18 de la Constitución. Ello, agregó la Corte, en tanto se le brinde al interesado adecuada oportunidad de audiencia y prueba.

Posteriormente, en el caso “Pereda”, *Fallos-CSJN*, 305:1299, la Corte aclaró los alcances de la referida presunción. Pereda había sido sometido a proceso por el delito de encubrimiento de contrabando. La prueba de cargo estaba constituida por la mercadería que le había sido secuestrada al procesado. En las instancias inferiores se llegó a una absolucón. La Cámara actuante manifestó en tal sentido que aun cuando existía un “profundo estado de sospecha acerca de la existencia anterior de un delito de contrabando”, no estaba en condiciones de afirmar categóricamente que la mercadería

secuestrada hubiese sido ilegítimamente introducida al país. La Aduana apeló ante la Corte. En su recurso, sostuvo que la Alzada había omitido considerar la disposición del art. 198 de la Ley de Aduana (t.o. 1962) que permitía presumir que la mercadería secuestrada al procesado era producto de un contrabando³.

La Corte confirmó. Si bien recordó su doctrina expuesta en “Bilsky”, acerca de la presunción creada por la tenencia injustificada de productos extranjeros, aclaró que “esa presunción sólo ha sido establecida por el legislador para las infracciones previstas en el art. 198 de la norma mencionada”. Ello es así, aclaró, puesto que la sanción derivada de la infracción en cuestión no está supeditada a la comprobación del acto de contrabando, pudiendo su realización apoyarse en presunciones. Pero tal presunción, concluyó el Alto Tribunal, “no puede extenderse con igual carácter y fuerza probatoria al campo de los delitos aduaneros... (Estos) son diferenciables de la infracción consistente en la tenencia ilegítima de mercaderías que contempla el art. 198, no tratándose de infracciones que se excluyan entre sí sino susceptibles de ser sometidas al conocimiento de distintas jurisdicciones”.

³ El referido art. 198 de la Ley de Aduana prescribía en síntesis lo siguiente. Toda persona que por cualquier título tuviese en su poder mercaderías extranjeras con fines de comercio o industrialización debía probar ante la autoridad aduanera la legitimidad de la introducción de tales mercaderías. A falta de esa prueba, la autoridad se hallaba facultada para disponer el comiso y la aplicación de una multa. Tales sanciones, según el régimen de aquella norma, eran independientes de las penalidades que pudieran corresponder por el delito de contrabando aun cuando, claro está, se apoyaban en la presunción de que esa tenencia injustificada reconocía su origen en un contrabando. El actual Código Aduanero (ley 22.415) ha consagrado un sistema equivalente, distinguiendo las infracciones derivadas de tenencia injustificada de mercadería extranjera por un lado (art. 985 y ss.), de las hipótesis delictuales de contrabando, por otro (art. 862 y siguientes).

b) En “Repetto”, *Fallos-CSJN*, 301:493, fue cuestionada la validez constitucional de una disposición en materia de faltas, según la cual el acta de constatación policial de una infracción hace fe de las afirmaciones en ella contenidas, y puede invocarse por el juez como prueba a falta de elementos que la desvirtúen.

La Corte, remitiéndose al dictamen del Procurador General, sostuvo la validez de la ley. Se basó para ello en que por un lado se permitía al imputado la producción de prueba en contrario de lo afirmado en el acta, y por otro que el juez no estaba obligado a considerar a dicha acta como plena prueba. Por último, sostuvo que en materia contravencional era razonable que el legislador hubiese adoptado un sistema probatorio menos formal que el que rige respecto de los delitos.

2. *EL DERECHO A UN PRONUNCIAMIENTO PENAL RAPIDO*

He de analizar ahora, como otra derivación de la garantía de la defensa en juicio, un principio que ha dado lugar a algunos pronunciamientos saludables de la Corte en los últimos años. El mismo se vincula con una característica de nuestros procedimientos de ningún modo infrecuente: la de su llamativa morosidad. Según se verá, sin embargo, también en esta área lo que habría surgido como una garantía estructurada a favor de los imputados, ha sido aplicada a otras situaciones en las que éstos no han sido precisamente sus beneficiarios.

2.1. *El principio general y los casos sobre nulidades*

a) *El caso “Mattei”*

“Mattei”, *Fallos-CSJN*, 272:188, puede ser considerado como el *leading case*. Mattei había sido procesado

por el delito de contrabando y, luego de un proceso que duró más de cuatro años, absuelto en primera instancia. El Fiscal apeló ese pronunciamiento y los autos fueron elevados a la Cámara. Allí el tribunal de segunda instancia, de oficio, decretó la nulidad de todas las actuaciones cumplidas desde el cierre del sumario, sobre la base de que el Juez de Instrucción no había agotado la investigación. La defensa de Mattei interpuso contra esa resolución recurso extraordinario, alegando violación de la garantía de la defensa.

La Corte hizo lugar al recurso. Empezó señalando que si bien las decisiones recaídas en materia de nulidades no constituían sentencia definitiva a los fines de la instancia extraordinaria, cabía hacer excepción a ese principio en situaciones en que, como en este caso, la resolución apelada podía “llegar a frustrar el derecho federal invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior”.

Con respecto a la naturaleza de ese “derecho federal”, la Corte señaló que “se planteaba aquí el problema de si, substanciando un proceso en la forma que indica la ley, el tribunal *a quo* ha podido invalidar todo lo actuado, no por omisión o vicio de formas esenciales del juicio —desde que se instruyó sumario, hubo acusación, defensa y oportunidad de producir pruebas de cargo y descargo— sino con el exclusivo fundamento de que el inferior no realizó durante la instrucción diversas diligencias...”.

El Alto Tribunal respondió a ese interrogante diciendo que:

...tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento... en la necesidad de lograr una administración de Justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y esto es esencial atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al impera-

tivo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal. ...Puesto que la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado, no cabe admitir que la posible deficiencia de la prueba de cargo constituya causal de nulidad de lo regularmente actuado dentro del juicio, sobre todo si se tiene presente que el Estado cuenta a través de órganos específicamente instituidos al efecto —en particular el Juez de Instrucción y el Fiscal— con todos los medios conducentes para aportar los elementos de juicio que estime útiles en abono de la procedencia de su pretensión punitiva. ...Que, en suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener... un pronunciamiento que... ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

En virtud de todo ello, la Corte concluyó que ese derecho a “un juicio razonablemente rápido” había sido transgredido.

b) *Otros casos sobre nulidades*

Con invocación de estos principios fue resuelto posteriormente el caso “Aguilar S.A.”, *Fallos-CSJN*, 298:50. Allí esta sociedad había sido absuelta en primera instancia del delito de contrabando que se le imputara. El Fiscal apeló. La Cámara, de oficio, decretó la nulidad de la sentencia porque no había habido pronunciamiento sobre las costas. La defensa interpuso recurso extraordinario.

La Corte, al igual que en “Mattei”, comenzó afirmando su doctrina según la cual las resoluciones en materia de nulidades procesales son ajenas a la instancia extraordinaria. Pero también como en “Mattei”, y con invocación de ese precedente, señaló que debían considerarse como equiparables a sentencia definitiva:

...los pronunciamientos que por su índole y consecuencias pueden llegar a frustrar el derecho federal invocado acarreamos perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior, especialmente en las causas de naturaleza criminal en que está en juego el derecho del imputado a obtener una decisión que ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad, consecuencia del enjuiciamiento penal.

Entrando ya en el fondo del problema, la Corte entendió que “no cabía admitir que la omisión parcial en que incurrió el Juzgado constituya causal de nulidad total del pronunciamiento”. Ello, con apoyo en “la garantía del debido proceso legal que ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado”. Por tales razones, el recurso extraordinario fue declarado procedente, revocándose el fallo de Cámara impugnado.

c) *El caso “Mozzatti” y un remedio extremo*

Con apoyo en la doctrina emanada de “Mattei”, la Corte dio en “Mozzatti”, *Fallos-CSJN*, 300:1102, un paso más adelante en la afirmación del derecho a obtener un pronunciamiento razonablemente rápido.

En un proceso penal instruido contra Mozzatti y otro por el delito de defraudación, los autos llegaron a la Corte por vía de un recurso extraordinario interpuesto por la defensa, contra una resolución anulatoria de todo lo actuado desde la muerte del querellante. Al tomar cono-

cimiento del expediente el Alto Tribunal advirtió que, en virtud de las innumerables contingencias que había tenido el proceso, éste llevaba más de un cuarto de siglo de sustanciación. La Corte señaló que esa sola circunstancia constituía “una tergiversación —aunque inculpa-ble— de todo lo instituido por la Constitución Nacional, en punto... a las declaraciones y garantías concernientes a la administración de Justicia”. Así, agregó que:

...han resultado agraviados hasta su práctica aniquilación, el enfático propósito de afianzar la justicia expuesto en el Preámbulo, y los mandatos... que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5º, 18 y 33). Ello así, toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial.

De tal manera, y con invocación de la doctrina sentada en “Mattei”, la Corte en su calidad de “poder supremo en resguardo de la Constitución” declaró la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva y la extinción, por prescripción, de la acción penal deducida en los autos⁴.

d) Casos complementarios

Otro caso muy similar a “Mattei” es “Casiraghi”, *Fallos-CSJN*, 306:1705. Allí la Corte dejó sin efecto una resolución de Cámara que declaraba la nulidad de la sentencia de primera instancia y de todo lo actuado en el proceso hasta la clausura del sumario, porque se ha-

⁴ Este criterio de la Corte de declarar la prescripción de la acción penal en procedimientos que amenazan eternizarse, fue luego reafirmado en “Baliarda”, *Fallos-CSJN*, 301:197 —S—.

bía omitido indagar al procesado sobre un determinado hecho.

Con cita de “Mattei”, la Corte indicó que la progresividad de las etapas del juicio penal impedía retrotraerse a actos precluidos, señalando además que no era cierto que la indagatoria del procesado no hubiese abarcado los hechos puntualizados por la Cámara. El Alto Tribunal concluyó que se estaba ante un proceso cumplido con las formalidades establecidas por la ley, y que la decisión de Cámara que declaraba la nulidad de todo lo actuado era violatoria de la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Para concluir, en el caso “Bartra Rojas”, *Fallos-CSJN*, 305:913, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario del procesado interpuesto contra la resolución del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, que había anulado una sentencia absolutoria dictada respecto de aquél. Este pronunciamiento anulatorio se fundó en que la sentencia favorable a Bartra Rojas no había enunciado debidamente el hecho imputado.

Con remisión al dictamen del Procurador, la Corte entendió que el fallo anulatorio en cuestión se basaba en consideraciones rituales insuficientes, que implicaban dejar sin efecto el resultado de cuatro años de tramitación de un juicio criminal. El Alto Tribunal indicó además que no se entendía cuál era el interés del Ministerio Público en superar la supuesta vaguedad adjudicada a la sentencia absolutoria dictada inicialmente. En apoyo de su decisión la Corte invocó la doctrina de “Mattei”, señalando que la garantía allí reconocida determinaba que no fuese posible, “sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, anular un juicio en el que se han cumplido las formas esenciales del procedimiento”.

2.2. *La prescripción como vía para obtener un pronunciamiento rápido*

a) Dentro de la línea de pronunciamientos relativos a la garantía en examen, debe incluirse el recaído en el caso “Y.P.F.”, *Fallos-CSJN*, 306:1688. Allí se trató de una causa que llevaba catorce años de tramitación. Diversas personas habían estado detenidas siendo luego excarceladas, en el marco de un proceso donde se investigaban presuntas defraudaciones en perjuicio de la empresa estatal. Estando ya la causa en plenario, dos de los procesados plantearon un incidente de prescripción. El mismo fue desestimado en ambas instancias. La Cámara actuante sostuvo que puesto que se trataba de una excepción opuesta luego de contestada la acusación, ella debía ser tratada en la oportunidad de dictar sentencia. Hacerlo en forma previa, entendió la Alzada, equivaldría a un indebido prejuzgamiento.

Llegado el caso a la Corte, ésta revocó. Con cita de “Mattei”, “Aguilera” y “Mozzatti”, el Alto Tribunal recordó que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluía el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal. Agregó entonces que dada la dilatada sustanciación de la causa, las personas sometidas a ella habían visto restringida su libertad no sólo por el lapso en que estuvieron detenidas, sino además por las condiciones impuestas por la excarcelación. La Corte habló también de la afectación a su patrimonio, producto de las medidas de cautela real dictadas respecto de aquéllas. Sobre esa base concluyó que:

...de prosperar la excepción de prescripción interpuesta, esta incidencia constituirá un medio conducente para salva-

guardar las garantías constitucionales invocadas y poner fin al estado de incertidumbre señalado... la resolución de la Cámara que no se consideró habilitada para decidir el tema... bajo excusa de incurrir en prejujuamiento aparece basada en un excesivo apego ritual que no condice con la necesidad de tutela ya destacada... máxime cuando se alega que la prescripción ha operado diez años después de contestada la requisitoria fiscal, y no puede predecirse un inminente pronunciamiento en cuanto al fondo del pleito.

b) En casos posteriores, la Corte ratificó que la vía de la prescripción podía ser la adecuada para asegurar el derecho a un procedimiento penal rápido.

Ver así “Sudamericana de Intercambio S.A. c. Administración General de Puertos”, *Fallos-CSJN*, 312:2075 sobre repetición de una multa. Allí la autoridad aduanera había declarado la extinción de la acción por prescripción en un proceso por presunta falsa manifestación. Llegado el caso a la Corte, ésta entendió que la decisión aduanera que declarara definitivamente extinguida la pretensión punitiva estatal, tenía el mismo fundamento garantizador que sirvió de base a los precedentes de “Mozzatti” y “Mattei”.

Más recientemente, en el caso “Cortegozo”, resuelto el 16/6/93, *LL*, fallo nº 91.774, la Corte revocó una resolución de la Cámara que había rechazado un pedido de prescripción y el recurso extraordinario interpuesto contra esa denegatoria, sobre la base de que la resolución denegatoria no constituía sentencia definitiva.

Con invocación de los principios analizados precedentemente, la Corte tomó en cuenta que se estaba ante un proceso que llevaba ya quince años de tramitación, sin que se hubiese fijado aún la fecha para la audiencia de debate. El Alto Tribunal dijo entonces que la decisión en recurso implicaba un exceso de rigor formal.

2.3. *Limitaciones a los principios precedentes.* *Nulidades por vicios esenciales*

Al igual que en el campo de otras garantías constitucionales ya examinadas, la Corte no ha sido demasiado precisa en determinar en qué casos corresponde apartarse de las reglas que ella misma enuncia, y por qué razones.

a) En “Villada de García”, *Fallos-CSJN*, 294:131, una situación vinculada a la garantía en examen llegó a conocimiento del Alto Tribunal, procediendo éste a realizar algunas observaciones no fácilmente conciliables con el criterio expuesto en los casos anteriores.

Villada de García y otros habían sido procesados por el delito de estafa. Luego de un largo sumario, el mismo concluyó con un sobreseimiento decretado en segunda instancia⁵. La resolución de Cámara se basó en que no existían indicios de responsabilidad de los imputados, y en el “largo tiempo transcurrido con el proceso en etapa sumarial”. La parte acusadora interpuso contra esa decisión recurso extraordinario, basado en la doctrina de la arbitrariedad.

La Corte hizo lugar al recurso. Señaló así que existían diversos indicios que no habían sido adecuadamente investigados, de manera tal que la afirmación de la Alzada en sentido contrario no resultaba una derivación razonada de las circunstancias probadas en la causa. Además, en refuerzo de su decisión el Alto Tribunal agregó que:

⁵ De la lectura del fallo no surge con claridad si la Cámara confirmó un sobreseimiento de primera instancia, o si el mismo fue dictado directamente por ella.

...si la investigación de los delitos presuntamente cometidos se ha desarrollado en forma morosa, no parece solución acorde con un correcto y eficiente servicio de justicia dictar un sobreseimiento definitivo en la causa, sino por el contrario, es menester tomar las medidas conducentes para acelerar los trámites y llegar así a determinar con certeza la verdad.

b) En “Berel Todres”, *Fallos-CSJN*, 302:1333, la Corte señaló una limitación razonable a los principios sentados en “Mattei” y “Mozzatti”. Así, dijo que la exigencia de celeridad en los procedimientos criminales que derivan de las garantías de la defensa en juicio y del debido proceso es sólo aquella que sea posible y razonable. De tal manera, la doctrina emanada de aquellos precedentes no ampara los casos en que la morosidad se debe “a la deducción por las partes de recursos manifiestamente inoficiosos”.

Además, la Corte manifestó que el pronunciamiento apelado —una resolución dictada en un incidente de prescripción— no constituía sentencia definitiva, “requisito que no se suple por la invocación de cláusulas constitucionales”⁶.

c) La Corte ha señalado también que la doctrina emanada de “Mattei” tampoco se aplica en los casos en que los jueces de la causa se han hecho cargo del problema de la morosidad, “haciendo mención de que la investigación se ha demorado en exceso, y poniendo así especial énfasis en la culminación de aquella en un sentido o en otro” (“Malaguarnera”, *Fallos-CSJN*, 304: 1792 —S—).

⁶ Esta afirmación ha sido contradicha, según hemos visto, en numerosos pronunciamientos dictados por el mismo Alto Tribunal.

d) La Corte ha declarado que “Mattei” y su progenie no se aplican en los casos en que sí hubiesen existido violaciones a formas esenciales de procedimiento.

En el caso “García”, *Fallos-CSJN*, 305:1701, el tribunal de segunda instancia, en oportunidad de pronunciarse sobre la sentencia condenatoria dictada, había procedido también a anular todo lo actuado desde la acusación del procesado. Ello, sobre la base de que dicha acusación era por un hecho por el que el procesado no fuera indagado, y porque la condena dictada, además, era por hechos distintos de aquellos sobre los que se había formulado acusación. La defensa del procesado, considerando que el pase de las actuaciones nuevamente a la justicia de instrucción era violatorio de su derecho a obtener un pronunciamiento rápido, interpuso recurso extraordinario.

La Corte desestimó el recurso. Entendió que en este caso, y a diferencia de “Mattei”, “las nulidades decretadas por la Cámara respondían justamente a la inobservancia de formas sustanciales del juicio, por inexistencia de correlación entre la sentencia y la acusación, y entre ésta y el hecho por el cual se indagara al procesado”.

Con similar alcance la Corte resolvió posteriormente el caso “Frades”, *Fallos-CSJN*, 312:2434, *LL*, 1990-C-300, (con nota de Carlos Borinsky). En este caso, tanto en primera instancia como en la Cámara se había decretado la nulidad de la acusación fiscal, por considerarse que ésta omitía un relato claro y preciso del hecho considerado como delictivo.

Ante ese vicio, los tribunales de grado entendieron que no cabía retrotraer la causa a una etapa ya precluida, y con invocación de la doctrina de “Mattei”, ordenaron la absolución del procesado. Contra esa decisión interpuso el Fiscal de Cámara recurso extraordinario.

La Corte revocó. Señaló que en este caso se estaba haciendo una indebida aplicación de sus precedentes. Remitió así a lo resuelto por ella en el caso “García”, señalando que los precedentes citados por la Cámara en realidad cubren:

...aquellas hipótesis en que, habiendo sido observadas las formas sustanciales del juicio, se decretó la invalidación de las actuaciones sobre la base de consideraciones rituales insuficientes... En cambio, esos mismos precedentes no podían regir los supuestos en que las nulidades dispuestas respondieran a la inobservancia de las formas sustanciales del juicio. (Consid. 4º).

Luego de ello, la Corte indicó que aquí sí había existido violación a esas formas sustanciales, desde el momento en que la acusación no contenía un relato claro y preciso del hecho *prima facie* típico. La Corte analizó por último los plazos transcurridos desde el inicio de la causa hasta la resolución objeto de recurso, haciendo notar que las restricciones a los derechos de los imputados no excedían de las que regularmente importa el enjuiciamiento penal.

e) Por último, la Corte ha declarado que la restricción a la libertad personal que deriva del enjuiciamiento penal no es violatoria de garantía alguna, en los supuestos en que se está frente a un trámite llevado en legal forma.

Ver así lo resuelto en “Almada”, *Fallos-CSJN*, 306:2066, que trató de la revocatoria de un sobreseimiento provisional, y “Bolo”, *Fallos-CSJN*, 307:1030, donde la Justicia en lo Penal Económico había declarado su incompetencia remitiendo las actuaciones a la Administración Nacional de Aduanas, por entenderse que el

hecho investigado no era constitutivo de contrabando sino de una infracción aduanera.

En ambos casos, la Corte rechazó los recursos extraordinarios que se le interpusieron, sobre la base de que no se advertía que el procedimiento que se le había seguido a los imputados excediera de un regular trámite legal.

2.4. *Crítica de los criterios precedentes*

El criterio que surge de los casos anteriores parece ser el siguiente. Detectada la inobservancia de una forma esencial del procedimiento, los tribunales están facultados para anular lo actuado e incluso para retrotraer el proceso a etapas ya precluidas. Por ejemplo, en oportunidad de conocer de una sentencia definitiva la Cámara de Apelaciones puede anular todo lo actuado desde la indagatoria del imputado, si éste no ha sido interrogado sobre hechos incluidos luego en la acusación fiscal. El límite a esa potestad, es tan solo que no se esté frente a “excesivos rigorismos”, “consideraciones rituales insuficientes”, o a “procesos de excesiva duración”.

En un trabajo previo tuve oportunidad de analizar algunas de las consecuencias que se desprenden del referido criterio⁷.

La síntesis de ese trabajo es que considero que extender las facultades anulatorias de los tribunales a los casos en que no ha existido culpa del procesado, no parece demasiado en línea con los fundamentos de la Corte en “Mattei”.

⁷ Ver *Nulidad, proceso penal y doble juzgamiento. (Repensando el caso Mattei)*, LL, 1990-D-479, y el análisis allí incluido acerca del impacto de las declaraciones de nulidad durante el proceso sobre la garantía contra el doble juzgamiento.

En efecto, la Corte de “Mattei” hizo especial mención de que “la garantía del debido proceso ha sido arbitrada fundamentalmente a favor del acusado”. En tal sentido agregó que cuando la omisión de reunir pruebas es imputable “a los encargados de producirlas pero no por cierto al encausado”, su derecho a un juicio razonablemente rápido se vería frustrado cuando, “sin falta de su parte se lo obliga a volver a soportar las penosas contingencias propias de un juicio criminal” (ver estas citas en el consid. 15 del fallo recaído en “Mattei”).

Un imputado tiene, a mi entender, un derecho constitucional a que su proceso avance. Si por deficiencias en la investigación, por haber quedado sin acusación un hecho que debió ser incluido en ella, por no habersele exhibido a aquél en la indagatoria piezas procesales de importancia o por cualquier otra razón no imputable al procesado se ha dado causa a una nulidad, los tribunales deberían estar inhibidos de retrotraer el proceso a una etapa ya precluida. Si lo hacen, la garantía del debido proceso legal que incluye el derecho del procesado a que se ponga fin al estado de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal, habrá sido transgredida.

Y si un tribunal al momento de sentenciar advierte la existencia de un vicio esencial no imputable al procesado, supongo que dicho tribunal no tendrá más remedio que pronunciarse con lo que tiene. La libertad para condenar o absolver estará en función del análisis de cada vicio en particular.

Así, si se está simplemente ante una indagatoria defectuosa, pero que no le ha impedido al imputado defenderse o comprender los cargos en su contra, ningún obstáculo existiría a que el tribunal dicte sentencia absolutoria o condenatoria, según el caso. Si, en cambio,

el imputado ha sido acusado por un hecho no incluido en la indagatoria, o ésta ha sido llevada a cabo de manera de impedirle al imputado tomar conciencia de los hechos que se le atribuyen, o no le han sido exhibidos efectos esenciales, la garantía de la defensa en juicio impedirá el dictado de una sentencia condenatoria. Aunque no nos guste, la única opción disponible será la absolución del imputado. La garantía del debido proceso, si significa algo, significa justamente que nadie puede ser condenado sino en función de un proceso llevado en legal forma.

Por último, si al sentenciar el tribunal advierte que quedó sin acusación un hecho que debió ser materia de ella, tampoco será lícito condenar al imputado en esas condiciones. La garantía de la defensa en juicio protegerá a éste contra la posibilidad de que se lo condene por un hecho sobre el que no se le dio adecuada oportunidad de defenderse⁸.

2.5. *Expansión de la garantía*

De la misma forma que ocurre con otras garantías, el derecho a obtener un pronunciamiento penal rápido que haga cesar así el estado de sospecha que pesa sobre un individuo, no habría sido estructurado sólo en beneficio de este último.

En “Pileckas”, *Fallos-CSJN*, 297:486, una persona procesada por infracción al art. 302 del Cód. Penal había sido condenada en primera instancia en tres oportu-

⁸ Carlos Borinsky, en su valioso trabajo *El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal*, LL, 1990-C-300, llega a conclusiones similares a las sugeridas en el texto. En ese trabajo el lector encontrará una prolija recopilación de los fallos de la Corte sobre este tema.

tunidades. En cada una de ellas Pileckas había apelado la sentencia condenatoria procediendo la Cámara a decretar la nulidad de la misma por un problema de calificación de los hechos. Contra la tercera resolución de Cámara anulatoria en tales términos, el Fiscal interpuso recurso extraordinario.

La Corte hizo lugar al recurso. Invocó para ello la doctrina de “Mattei” señalando que “sin duda esa es la situación que se plantea en el *sub lite* donde la incertidumbre y la restricción de la libertad a que se refería esta Corte en el caso de Angel Mattei no han sido dilucidadas en el de Ernesto Antonio Pileckas”. En razón de ello, y presumiblemente para eliminarle a este último tal estado de incertidumbre, la Corte encontró como ajustada a derecho la última sentencia dictada en primera instancia, por lo que decidió decretarla firme y condenar así a Pileckas a una pena de prisión.

Recuérdese que en “Mattei” la Corte había afirmado que el derecho a obtener un pronunciamiento penal rápido tenía su origen en la garantía del debido proceso legal, la que “ha sido arbitrada fundamentalmente en favor del acusado”. Pienso que al defensor de Pileckas le debe haber sido sumamente difícil hacerle entender a su cliente cómo fue que la Corte lo condenó, precisamente, por invocación de ese precedente⁹.

⁹ Para otros ejemplos de recursos interpuestos por el Fiscal y admitidos por la Corte en los términos de “Mattei”, ver “Klosowsky”, *Fallos-CSJN*, 298:312; y “Oñate”, *Fallos-CSJN*, 300:226.

EPILOGO

Creo no haber ocultado, a lo largo de este libro, mi insatisfacción por la forma en que son interpretadas por nuestros tribunales algunas de las garantías que la Constitución otorga a quienes se hallan sometidos a un proceso penal. Esa insatisfacción se hace particularmente aguda en el campo de la detención de personas, allanamiento de domicilios, interrogatorios policiales y del derecho a contar con adecuado asesoramiento legal. Desde ya soy consciente de que:

1. Algunos, por razones sin duda valederas, habrán de discrepar con lo que he indicado como aspectos negativos de nuestros procedimientos.
2. Es rigurosamente cierto que el problema de la criminalidad requiere soluciones rápidas y efectivas, y, por supuesto, toda persona culpable de un delito merece ser castigada.

Sin embargo, adhiero firmemente al criterio de que valores como los establecidos en la sección de Declaraciones, Derechos y Garantías de la Constitución Nacional deben ser respetados en forma prioritaria. De lo

contrario, en aras de combatir aquel problema habremos de convertir a nuestro país, tal vez, en un lugar con bajo índice de criminalidad, pero a costa de hallarnos todos los habitantes —criminales o no— a merced de la arbitrariedad, la fuerza y la opresión. Esto último representa, y aquí no creo discrepar con ninguno, un precio excesivamente alto a pagar por ello.

Las garantías que he examinado en este trabajo están allí, aguardando, en el texto de la Constitución. Es sólo cuestión de aplicarlas.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- Beccaría, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Helias-ta, Buenos Aires, 1978.
- Bertolino, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- Proceso penal y servicio de la justicia*, Platense, La Plata, 1992.
- Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. II.
- Borinsky, Carlos, *Derecho Penal y política judicial*, LL, 1989-C-535.
- El derecho constitucional a una pronta conclusión del proceso penal*, LL, 1990-C-300.
- Brosi, "A cross-city comparison of felony case processing", citado por Kamisar, La Fave e Israel en *Modern criminal procedure*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1980.
- Cafetzóglus, Alberto N., *Delito y confesión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.
- Cafferata Nores, José, *El imputado*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1982.
- Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1983.
- Carrió, Alejandro D., *Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra*, LL, 1993-C-752.

- ¿Derecho constitucional a la intimidad más allá del domicilio y los papeles privados?, *JA*, 1991-III-6.
- El enjuiciamiento penal en la Argentina y los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990.
- Justicia criminal*, Lerner, Buenos Aires, 1986.
- La incomunicación y la confesión a la luz del nuevo Código Procesal Penal. Otra cara de un análisis*, *LL*, 1992-A-887.
- La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1988.
- Nulidad, proceso penal y doble juzgamiento. (Repensando el caso Mattei)*, *LL*, 1990-D-479.
- Carrió, Genaro R., *La Corte Suprema y las garantías constitucionales del imputado*, en "Revista Nuevo Pensamiento Penal", 1977, año 6, nros. 13 y 14.
- La garantía de la defensa en juicio durante la instrucción del sumario*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, abr.-jun., nº 2.
- D'Albora, Francisco, *Apostillas sobre el recurso extraordinario en el proceso penal*, *LL*, 1987-C-786.
- Defensa técnica y nulidad absoluta*, *LL*, 1987-D-477.
- Damaska, Mirjan, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, 121 U. Pa. L. Rev. 506 (1973).
- Structures of authority and comparative criminal proceedings*, 84 Yale Law Review, 480 (1975).
- De la Rúa, Fernando, *Un fallo sobre la confesión y la tortura*, *LL*, 1982-D-225.
- Domínguez, Federico - Virgolini, Julio - Annicchiarico, Ciro, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Némesis, Buenos Aires, 1984.
- Dworkin, Gerald, *Entrapment and the creation of crime*, 4 L. and Phil. 17, 1985.
- Garay, Alberto, *El domicilio no es inviolable, salvo en casos excepcionales*, *JA*, 1992-IV-105.
- García, Luis M. - Rojas, Ricardo, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en "Doctrina Penal", 1991, ene.-jun., año 14, nº 53/54.

- González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional*, Kraft, Buenos Aires.
- *Derecho constitucional*, Lajouanne, Buenos Aires, 1931, t. II.
- González Novillo, Jorge - Figueroa, Federico, *El recurso extraordinario en materia penal*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1982.
- Guariglia, Fabricio, "Las prohibiciones probatorias", en *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, compilación a cargo de Julio Maier, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- Gullico, Hernán, *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, en "Doctrina Penal", 1989, n° 45, p. 118.
- Gunther, Gerald, *Constitutional Law*, 10ª ed., Foundation Press, Mineola, New York, 1980.
- Kamisar, Yale, "Equal justice in the gatehouses and mansions of american criminal procedure", en *Criminal justice in our time*, A. Howard, 1965.
- *Remembering the old world of criminal procedure: a reply to Professor Grano*, en "Journal of Law Reform", 1990, vol. 23:4.
- Levene, Ricardo (h), *El delito de falso testimonio*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1978.
- Maier, Julio B. J., *Cuestiones sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981.
- *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *Inviolabilidad de domicilio*, en "Doctrina Penal", 1985, año 8, p. 55.
- Morello, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1989.
- Munilla Lacasa, Hernán, *Algunos comentarios acerca de la in-comunicación y la confesión a la luz del nuevo Código Procesal en Materia Penal*, LL, 1991-E-1207.
- Pessoa, Nelson, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- Ríos, Ramón T., *Las declaraciones del imputado y su valor probatorio*, JA, 1982-IV-686.
- Sagües, Néstor P., *Habeas corpus*, La Ley, Buenos Aires, 1981.

- Sandro, Jorge A., *Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal*, en "Doctrina Penal", 1992, año 15.
- Spolansky, Norberto E., *Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad*, LL, 140-701.
- Tomlinson, Edward, *Non adversarial justice, the french experience*, 42 Maryland Law Review, 131, 1983.
- Tribe, Lawrence, *Constitutional choices*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- Vázquez Rossi, Jorge, *El proceso penal*, Universidad, Buenos Aires, 1986.
- Weinreb, Lloyd, *Denial of justice*, Free Press, New York, 1977.
- Whelan, Maura, *A proposal to replace the entrapment defense with a reasonable-suspicion requirement*, 133 U. Pa. L. Rev. 1193, 1985.
- Whitebread, Charles - Slobogin, Christopher, *Criminal procedure, an analysis of cases and concepts*, 3^a ed., University Textbooks Series, Westbury, New York, 1993.
- Zaffaroni, Eugenio R., *La excarcelación y el delito de contrabando agravado*, en "Doctrina Penal", 1985, año 8, p. 285.

INDICE TEMATICO

A

Abogado defensor: (ver: *Garantía constitucional de contar con un abogado defensor*).

ABSCAM: 83, 84.

Acta de secuestro:

— Impugnación: 204 y siguientes.

Administración Nacional de

Aduanas: 383, 439, 440, 453.

Agentes encubiertos: 79 y siguientes.

Allanamiento de domicilio: (ver: *Garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio*).

Arbitrariedad:

— Doctrina de la: 50, 136, 289, 290, 328, 380, 404, 408, 450.

Arresto: 67, 69, 107 y ss., 126, 130, 137 y ss., 284, 416.

B

Bigamia: 438.

Buena administración de justicia: 293, 295.

C

Cambios de calificación: 66, 101 y siguientes.

Careo de testigos: 57.

Código de Justicia Militar: 127, 280, 281, 368, 370.

— Art. 237: 280.

— Art. 314 bis: 414.

— Art. 445 bis: 127.

Código Penal:

— Art. 14: 387, 388 y siguientes.

— Art. 19 bis: 94.

— Art. 26: 422, 423, 424, 425, 426.

— Art. 40: 389.

— Art. 41: 294, 389, 423, 425.

— Art. 45: 83.

— Art. 166: 72.

— Art. 174: 418.

— Art. 175: 83.

— Art. 277: 168.

— Art. 302: 456.

Código de Procedimientos en

Materia Penal (ley 2372): 32.

— Art. 4º: 108, 142, 143, 284, 347, 348.

— Art. 6º: 139.

— Art. 7º: 380, 381.

— Art. 30: 53.

— Art. 180: 41, 49.

— Art. 184: 143, 284.

— Art. 188: 108, 216, 221, 240, 262.

— Art. 189: 108, 216, 221, 240, 244, 245.

- Art. 237: 348.
- Art. 239: 278.
- Art. 265: 76.
- Art. 316: 298, 302, 373.
- Art. 379: 406, 418, 425, 427, 429, 430.
- Art. 380: 419, 420, 427, 430, 431.
- Art. 400: 247.
- Art. 403: 222.
- Art. 468: 438.
- Art. 509: 189.
- Art. 512: 189.
- Art. 585: 120.
- Art. 587: 58, 119, 120, 121, 122, 124.
- Art. 590: 120.
- Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984):
 - Art. 1º: 380, 438.
 - Art. 78: 348.
 - Art. 104: 301.
 - Art. 172: 189.
 - Art. 184: 300, 312, 353.
 - Art. 197: 301, 346, 353, 357.
 - Art. 205: 346, 353.
 - Art. 224: 108, 222, 228, 240, 249, 262.
 - Art. 225: 247.
 - Art. 227: 108, 240, 244.
 - Art. 272: 76.
 - Art. 284: 108.
 - Art. 286: 284.
 - Art. 294: 353.
 - Art. 295: 301.
 - Art. 296: 301.
 - Art. 298: 278, 301.
 - Art. 306: 139.
 - Art. 316: 425.
 - Art. 317: 425, 427, 429.
 - Art. 319: 429.
 - Art. 538: 121.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 368.
- Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas: 44, 100, 367, 368, 369.
- Constitución Nacional:
 - Prámbulo: 447.
 - Principios de separación de poderes: 120.
 - Art. 5º: 446.
 - Art. 18: 35, 46, 54, 57, 59, 65, 67, 73, 77, 88, 93, 95, 98, 100, 104, 107, 120, 137, 138, 139, 191, 197, 201, 203, 205, 212, 214, 221, 223, 227, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 273, 274, 280, 288, 291, 292, 295, 300, 319, 322, 327, 328, 330, 331, 342, 343, 355, 358, 361, 364, 369, 374, 379, 408, 415, 416, 437, 438, 439, 440, 444, 446.
 - Art. 23: 350, 351.
 - Art. 28: 207.
 - Art. 33: 266, 267, 322, 369.
- Convención Americana de Derechos Humanos: 429, 430.
- Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares: 80.
- Corte Suprema como custodio de las garantías individuales: 39, 446.
- Cuestión abstracta: 126, 132.
- Cuestión federal: 51 y ss., 95, 129, 203.
- Allanamientos ilegítimos: 199, 200, 201, 203, 204, 207 y siguientes.
- Derecho a contar con un abogado defensor: 337 y siguientes.
- Excarcelación y eximición de prisión: 404 y siguientes.
- Garantía contra el doble juzgamiento: 379, 380 y siguientes.
- Interrogatorios policiales: 287 y siguientes.

- Cuestiones procesales o de hecho:
- Allanamientos ilegítimos: 203 y siguientes.
 - Garantía contra el doble juzgamiento: 379 y siguientes.
 - Derecho común: 40, 48 y ss., 56, 57, 71, 94, 95, 96, 97, 137, 203 y ss., 287 y ss., 331, 335, 338, 340, 360, 361, 443, 445.
- Cuestión procesal v. cuestión federal: 48 y ss., 137, 204, 205, 207.

D

- Debido proceso: (ver: *Garantía constitucional de la defensa en juicio*).
- Declaración contra uno mismo: (ver: *Garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra uno mismo*).
- Declaraciones espontáneas: (ver: *Interrogatorios policiales*).
- Declaración indagatoria: 42, 70, 125, 139, 279, 282, 283, 353.
- Exigencia de juramento: 274 y siguientes.
 - Comentario sobre la negativa a prestar declaración: 277.
- Decreto ley 333/58: 130 y siguientes.
- Decreto ley 1285/58: 75.
- Defensor no letrado: 56, 344, 345, 375, 376.
- Defensor oficial: 86, 328 y ss., 359, 361 y siguientes.
- Deficiencias sumariales "salvadas" con la tramitación regular de etapas posteriores: 56, 57, 58, 290, 291, 345, 346, 349 y ss., 375.
- Delegación de facultades:
- Instructorias: 66, 71.
 - Legislativas: 121.

- Judiciales: 121.
- Derecho de defensa: (ver: *Garantía constitucional de la defensa en juicio*).
- Detención de personas: 107 y ss., 134, 138, 139.
- Habeas corpus: 131, 132.
 - Impugnación por la vía del recurso extraordinario: 115 y ss., 136 y siguientes.
 - Exclusión de la prueba obtenida en una detención ilegal: 138 y siguientes.
 - Detención por averiguación de antecedentes: 130 y siguientes.
 - Detención ilegal: 138 y siguientes.
- Dirección General Impositiva:
- Cumplimiento de órdenes de allanamiento: 202 y siguientes.
 - Interposición de recurso extraordinario: 203.

E

- Escrito de defensa presentado fuera de término: 62, 340.
- Estado de sitio: 109, 349, 350 y siguientes.
- Etapas del procedimiento penal: 52, 57, 58, 59, 104, 137, 328, 345, 349, 443, 447.
- Excarcelación y eximición de prisión: 42, 60, 61, 137, 403 y siguientes.
- Impugnación de disposiciones procesales: 404, 405.
 - Naturaleza federal de estos institutos: 137, 138, 404 y ss., 412 y siguientes.
 - Requisito de sentencia definitiva: 403 y siguientes.
 - Facultades de los tribunales inferiores: 418 y siguientes.

- Posibilidad de condena de ejecución condicional: 422 y siguientes.
 - Transcurso del tiempo: 427, 429, 430.
 - Impugnación por la vía del recurso extraordinario: 403 y siguientes.
- Excesos rituales: 328, 338, 349.
- Excepción de cosa juzgada: 380, 381, 384.
- Excepción de falta de acción: 199.
- Exclusión de prueba obtenida ilegalmente: 151 y ss., 242.
- Fundamentos de la regla de exclusión: 151 y siguientes.
 - Alcances de la regla de exclusión: 162 y siguientes.
 - Su invocación por terceros: 169 y siguientes.
 - Excepciones a la regla de exclusión: 174 y siguientes.
 - Fundamentación normativa de la exclusión de prueba y oportunidad para su discusión: 189 y siguientes.
 - Obiter dictum: 185 y siguientes.
- Expresión por agravios:
- Consecuencias de su falta de presentación: 90, 91.
 - Presentación fuera de término: 62.

F

- Fiscal de Cámara: 85 y siguientes.
- Que no mantiene el recurso: 86 y siguientes.
 - Que solicita extensión de una condena sin recurso que lo autorice: 89.
 - Que mantiene el recurso pero está de acuerdo con la absolución: 90, 91.

- Que no presenta expresión de agravios: 91.
- Que apela por considerar excesiva la pena impuesta: 92.
- Que consiente la sentencia: 95, 96, 97.

- Fruto del árbol venenoso: (ver: *Exclusión de prueba obtenida ilegalmente*).
- Doctrina del: 209 y siguientes.

G

- Garantía constitucional contra el doble juzgamiento:
- Rango constitucional: 379 y siguientes.
 - Excepción de litispendencia: 379.
 - Excepción de cosa juzgada: 380, 381, 384.
 - Coexistencia de sumario administrativo y causa judicial: 383, 384.
 - Juzgamiento de delitos aduaneros: 383, 384.
 - Juzgamiento por separado de un hecho único: 386.
 - Y reformatio in pejus: 385.
 - Negación de la libertad condicional al reincidente: 387 y siguientes.
 - Resoluciones anulatorias de segunda instancia: 390 y siguientes.
- Garantía constitucional de contar con un abogado defensor:
- Rango constitucional: 327, 328, 336 y siguientes.
 - Principios generales: 327 y siguientes.
 - Defensor en sede judicial: 344 y siguientes.
 - Imposición de asistencia letrada: 328, 329.

- Nombramiento por el tribunal de segunda instancia: 329, 330, 331.
 - En la instancia extraordinaria: 332, 333, 334.
 - Nombramiento una vez concluida la indagatoria: 335, 336.
 - Apartamiento sin motivo del defensor particular: 337.
 - En proceso contravencional: 338, 339.
 - Ante los tribunales militares: 111, 343, 344.
 - En las dependencias policiales: 297, 344, 345.
 - Renuncia a la defensa letrada: 330.
 - Restricciones a la libre comunicación con el defensor: 345, 346, 349, 350, 351.
 - Distancia del establecimiento carcelario: 350, 351.
 - Efectiva asistencia legal: 354, 355, 359 y siguientes.
 - Casos de defensa inefectiva: 360 y siguientes.
 - Negligencia del defensor: 362 y siguientes.
 - Procesados con intereses contrapuestos representados por defensor único: 374, 375.
 - Notificaciones: 341, 342, 360, 362.
 - Divergencias entre abogado y cliente: 366 y siguientes.
- Garantía constitucional de la defensa en juicio: 35, 42, 43, 47, 50, 52, 54, 65 y ss., 103, 104, 209, 225, 327, 331, 334, 339, 343, 345, 346, 349, 351, 360, 363, 369, 370, 392, 395, 404, 438, 440, 442, 444, 446, 448, 451, 456, 457.
- Cosa juzgada: 379 y siguientes.
 - Debido proceso: 59, 67, 171, 172, 209, 279, 324, 369, 444, 445, 446, 451, 456, 457.
 - Oportunidad de ser oído y de producir prueba: 49, 65 y ss., 363, 364, 443.
 - Entorpecimiento de la garantía: 70 y siguientes.
 - Garantía arbitrada fundamentalmente en favor del acusado: 58, 59, 60, 61, 444, 445, 446, 457.
- Garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio y papeles privados:
- Principios generales: 197 y siguientes.
 - Existencia de una cuestión federal: 198 y ss., 203, 204, 205.
 - Consecuencias de un allanamiento ilegítimo: (ver: *Exclusión de prueba obtenida ilegalmente*): 80, 141, 203 y ss., 293.
 - Consentimiento para ingresar a un domicilio: 80, 211 y ss., 246 y siguientes.
 - Quién puede prestar el consentimiento: 255 y siguientes.
 - Recaudos del consentimiento: 252 y siguientes.
 - Consentimiento y expectativa de privacidad: 258 y ss., 266 y siguientes.
 - Orden judicial de allanamiento: 108, 221 y siguientes.
 - Extensión al objeto de la orden de allanamiento: 230 y siguientes.
 - Fundamentación de la orden de allanamiento: 223 y siguientes.

- Razones de urgencia para dispensar la orden: 239 y siguientes.
 - Garantía constitucional de la libertad: 107 y siguientes.
 - Garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo: 140, 273 y siguientes.
 - En el ámbito judicial: 274 y siguientes.
 - Declaración bajo juramento: 274 y siguientes.
 - Declaración como testigo de quien aparece como sospechoso: 278.
 - Exhortación al imputado a decir la verdad: 279 y siguientes.
 - Inspecciones corporales: 314 y siguientes.
 - Identificación en rueda de presos: 276 y siguientes.
 - Requerimiento a presentar documentación incriminatoria: 276 y siguientes.
 - En el ámbito extrajudicial: 283.
 - Valor de la confesión retractada: 285, 286.
 - Espontáneas de un extranjero prestadas sin intérprete: 287.
 - Garantía constitucional de los jueces naturales: 44.
 - Garantía constitucional de obtener un rápido pronunciamiento penal: 442 y siguientes.
 - Extinción de la acción penal por prescripción: 446 y siguientes.
 - Deducción por las partes de recursos inoficiosos: 451.
 - Invocación de la garantía por el Ministerio Público: 456.
 - Limitaciones a la garantía: 450 y siguientes.
 - Habeas corpus: 109 y siguientes.
 - En caso de detenciones cumplidas por la policía: 51, 109 y ss., 114, 119 y siguientes.
 - En caso de condenas dispuestas por la justicia municipal: 54, 55.
 - Cosa juzgada: 68 y siguientes.
 - En caso de órdenes de captura y autos de prisión preventiva: 110.
 - Tribunales administrativos: 119 y siguientes.
 - Restricciones a la libertad impuestas por las leyes de procedimiento: 125 y siguientes.
 - En caso de juzgamiento por tribunales militares: 125 y ss., 368.
 - Informes de las fuerzas de seguridad: 128 y siguientes.
 - Ley 23.098: 114, 121.
- I**
- Identificación en rueda de presos: 76 y ss., 276.
 - In fraganti, personas descubiertas: 107, 108, 201.
 - Incomunicación de los detenidos: 347 y siguientes.
 - En el Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372): 347 y siguientes.
 - En el Código Procesal Penal (ley 20.984): 352 y siguientes.
 - Inconstitucionalidad:
 - Art. 30, Código de Procedimientos en Materia Penal: 53.
 - Art. 380, Código de Procedimientos en Materia Penal: 431.

— Art. 14, Código Penal: 387 y siguientes.
 — Edictos policiales: 119 y siguientes.
 Indefensión del acusado: 330, 331, 363.
 Inspecciones corporales: 314 y siguientes.
 Intimación a entregar documentación: 276 y siguientes.
 Inviolabilidad de la defensa en juicio: (ver: *Garantía constitucional de la defensa en juicio*).
 Inviolabilidad del domicilio y papeles privados: (ver: *Garantía constitucional de inviolabilidad*).
 Interés institucional: 70, 71.
 Interrogatorios policiales: (ver: *Garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo*): 273, 283 y ss., 301 y siguientes.
 Interventor judicial: 71.

J

Jefe de policía: 53, 122, 338.
 Juez de instrucción: 40, 284, 306, 348, 443, 444.
 — Irreversibilidad de sus decisiones: 56, 57.
 — Que no agota la investigación: 443.
 Jueces naturales: (ver: *Garantía constitucional de los jueces naturales*).
 Justicia Municipal: 54, 55.

L

Ley 48, art. 14: 39, 48, 50, 51, 55, 58, 60, 67, 123, 290, 368, 410, 412, 413, 417, 418, 426.

Ley 2372: 32, 120.
 Ley 17.081: (ver: *Convención de Viena de 1963*): 80.
 Ley 20.771: 223.
 Ley 23.098: 114, 121.
 Ley 23.465: 297.
 Ley 23.950: 133 y siguientes.
 Ley 23.984: 32, 108, 139, 284, 300, 353, 380.
 Ley 24.131: 120.
 Ley de Faltas de la provincia de Santa Fe 3473: 224.
 Ley de Aduanas: 42, 95, 383, 441.

M

Ministerio Público:
 — Posibilidad de interponer recurso extraordinario: 59, 60, 137, 138.
 Morosidad de los procedimientos penales: 442 y siguientes.
 Multa:
 — Sin audiencia previa: 49, 66, 67.
 — Pago previo como requisito a la admisión de recursos judiciales: 56.

N

Negligencia del procesado: 330, 360, 363.
 Nulidad del acta de secuestro: 204 y siguientes.

O

Oportunidad de ser oído y producir prueba: (ver: *Garantía constitucional de la defensa en juicio*).
 Orden judicial de allanamiento: 108, 204 y ss., 221 y siguientes.
 Orden judicial de arresto: 51, 107, 108, 134.

P

- Plazo de gracia en los procesos penales: 43.
- Preámbulo de la Constitución Nacional: 446.
- Preclusión: 443, 445.
- Prescripción: 448, 449.
- Presunción de inocencia:
- Rango constitucional: 437 y siguientes.
 - Inversión de la carga de la prueba: 437 y ss., 439, 440.
 - Disposiciones aduaneras: 439, 440, 441.
 - Presunción de legitimidad de actas de constatación de faltas: 442.
- Prisión preventiva: 42, 45.
- Reformatio in pejus: 100.
 - Impugnación por la vía del recurso extraordinario: 42, 45, 46, 47, 136 y ss., 404 y ss., 412, 413, 414, 415, 416, 417, 432 y siguientes.
- Proceso contravencional: 53, 58, 68, 119 y ss., 338, 339, 344, 345 y ss., 442.
- Prófugo:
- Imposibilidad de interponer recurso extraordinario: 61.
 - Excepción en los casos de eximición de prisión: 61.
- Principio de congruencia: 71 y siguientes.
- Privación de justicia: 73 y siguientes.
- Prueba de confesión: 283 y siguientes.

Q

- Querellante:
- Posibilidad de interponer recurso extraordinario: 58, 59.

- Admisión como tal en el proceso penal: 59.
- Reformatio in pejus: 99.

R

- Recurso extraordinario: 39 (ver: *Cuestión federal*).
- Procedencia del recurso: 41, 50 y siguientes.
 - Y la garantía de la libertad: 136 y siguientes.
 - Contra condenas dictadas por autoridades policiales en materia contravencional: 119 y siguientes.
 - In forma pauperis: 332, 333, 334.
 - Recurso de revisión ante los tribunales militares, inapelabilidad ante la justicia civil: 336, 339.
- Recurso judicial:
- Necesidad de contemplarlo en caso de resoluciones administrativas: 53 y siguientes.
 - In forma pauperis: 332, 333, 334.
- Recurso por inaplicabilidad de ley: 60.
- Recurso por retardo de justicia: 338.
- Reformatio in pejus: 66, 85 y ss., 103 (ver: *Fiscal de Cámara*).
- Recurso acusatorio: 86 y siguientes.
 - Unificación de penas revocadas por la Cámara: 88, 89.
 - Agravación de pena: 92 y siguientes.
 - Nulidad de la sentencia decretada por la Cámara: 95, 96 y siguientes.

- Procedimiento ante la justicia militar: 99, 100.
- Juez que aplica pena más grave que la solicitada por el Fiscal: 100.
- Apelación de prisiones preventivas: 100.
- Fiscal que pide sobreseimiento definitivo y juez que dicta sobreseimiento provisional: 101.
- Cámara que aplica pena más grave que la pedida por el Fiscal: 101.
- Garantía arbitrada únicamente en favor del acusado: 99.
- Y cambio de calificación: 101 y siguientes.
- Y la violación de la cosa juzgada: 386.

Renuncia a la defensa letrada: 330.

Restricción al derecho de defensa: 43.

S

Secreto del sumario: 41, 49.

Secuestro de objetos:

- Al practicarse una detención: 141 y ss., 200 y ss., 208, 209, 293.
- Sin orden judicial: 199 y siguientes.

Sentencias con fundamentos no federales o federales consentidos: 184, 289.

Sentencia definitiva:

- Requerimiento de: 39, 40 y ss., 70, 71, 136, 340, 379, 380, 385, 404, 405, 407 y ss., 445.
- Sobreseimiento provisional equiparable a sentencia definitiva: 44.

- Prisión preventiva: 45, 46.
- Resolución que impide que se procese a una persona: 47.
- Resoluciones que obligan a seguir sometido a proceso: 48.
- Sobreseimiento provisional equiparable.

Sumario o resumen de un pronunciamiento: 31.

Sumario policial: 347.

T

Tribunales militares:

- Juzgamiento de civiles: 56, 343, 344.
- Habeas corpus: 117 y ss., 367 y siguientes.

U

Unificación de penas:

- Violación de la reformatio in pejus: 87, 88.

V

Validez de las declaraciones de los agentes policiales: 69.

Validez de las pruebas obtenidas en detenciones ilegales: 138 y ss., 151 y ss., 200 y siguientes.

Validez de las pruebas obtenidas en allanamientos ilegales: 151 y ss., 199 y ss., 293 y siguientes.