

XIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA

23 y 24 de octubre de 2014

AZUL – ARGENTINA

LA PRUEBA JUDICIAL EN UN PROCESO REPUBLICANO

APORTES DESDE EL GARANTISMO PROCESAL

REFLEXIONES EN EL CAMINO HACIA EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

HÉCTOR GRANILLO FERNÁNDEZ

I.- EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA REPUBLICANA – EL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL:

La forma republicana de gobierno se sustenta en algunos principios claros y precisos que la determinan como la más ajustada al bienestar de los pueblos. Ello sin que signifique negar la extraordinaria significación que implica para ciertas naciones la corona como símbolo de la unidad y del poder que, en la mayoría de ellos, actúa como el vínculo del consenso de integrar una misma nación o aún de pertenecer a una comunidad internacional de naciones, como es el caso del Commonwealth.-

Sin embargo, para quienes creemos en la igualdad entre los habitantes sin discriminación alguna –al menos en la ley- por pertenencia a clases sociales o por posesión de títulos nobiliarios, nos cuesta aceptar esa realidad en países con cultura monárquica milenaria. Y ello, aún cuando ya desde los gritos de libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa, por dar un símbolo claro y común entre tantos otros a lo largo de la historia universal, no puede negarse que hasta los reinos más tradicionales del mundo occidental se han ido acomodando a una suerte de gobierno democrático en el que la corona subsiste pero el poder pasa por los órganos y estamentos políticos.-

Nuestra América debatió mucho el tema y, sin excepciones en el presente, eligió la forma republicana de gobierno desde México hasta los países del sur del continente. La propia Primera Junta argentina de mayo de 1810 tenía en su seno el debate y se configuraron, rápidamente, dos grupos antagónicos: el liderado por su presidente Cornelio Saavedra, de convicción monárquica, y el encabezado por su secretario Mariano Moreno, de ideología republicana. Lamentablemente, la cuestión quedó zanjada de un modo oscuro que aún se discute en historia a raíz de la muerte prematura y en circunstancias nada claras del preclaro secretario de la Primera Junata.-

Nuestros más entrañables próceres nacionales –como Belgrano y San Martín– bregaban por la forma monárquica de gobierno, indudablemente imbuídos de la cultura de la época y de lo que ocurría en las metrópolis europeas y aún en el vecino Brasil donde, a raíz de la invasión napoleónica, la corte imperial portuguesa se instaló, inicialmente, en Bahía y, más tarde, en Río de Janeiro.-

La presencia de la corona estuvo presente en estas tierras por alrededor de cuatro siglos de dominación española y, en lo que hace a la ideología de juzgamiento, especialmente en lo penal, se rigió por las reglas autocráticas del modelo inquisitorial. Esto subsistió aún luego de la declaración de la independencia de nuestras naciones americanas y llega hasta nuestros días a través de inconstitucionales leyes procedimentales que sostienen jueces de instrucción y que mantienen la escrituralidad ritualista como forma de ocultamiento y de impedir el acceso a la administración de Justicia.-

Sin embargo, a partir de la Constitución Nacional de 1853 la República Argentina –como sus hermanas continentales– se pronunció por la vigencia de ciertas reglas de garantía que fueron logradas a partir de los siglos y como resultado de mucha sangre y mucho dolor.-

En ese contexto, ya no es válido perseguir penalmente de cualquier modo, aún a los autores del hecho, pues, sin excepciones, debe hacérselo dentro de los límites del estado procesal de inocencia, de la inviolabilidad de la defensa en juicio, del debido proceso en el que deben actuar tribunales con jurados que observen las notas de competencia, imparcialidad e independencia, entre otras muchas cuyo desconocimiento provoca la nulidad del proceso.-

Ciertamente, la Constitución Nacional es un hito que separa el antes del después y ello aún cuando los resabios inquisitoriales –visible e irremediamente incompatibles con aquélla- subsistan a través de leyes procesales que instrumentan procedimientos contrarios a la misma.-

Sin embargo, desde finales del siglo XX se ha producido un movimiento en la Argentina que tiene también ecos en el resto de América Latina y que, con mayor o con menor intensidad, implica un encausamiento en los márgenes precisos y ciertos de la justicia que garantiza la Carta Magna.-

En este sentido, podemos afirmar que ese proceso ya se inició en Chile, en Colombia, en Paraguay, en Perú y en varios países centroamericanos en los que se han concretado reformas legislativas en materia procesal penal que se enfilan hacia el modelo republicano. Ese movimiento ahora es intenso en nuestro país y, específicamente, se concreta en la realidad de varias provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que van introduciendo en sus derechos internos el modelo constitucional del juicio por jurados, la sublimación de la forma republicana de gobierno en la que la decisión se descentraliza y la única en la que el pueblo puede intervenir a través del dictado del veredicto.-

II.- LAS GARANTIAS COMO LÍMITES AL AUTORITARISMO ESTATAL Y COMO EXPRESIÓN DEL RESPETO A LA DIGNIDAD DEL HOMBRE:

1.- En el señalado contexto, las garantías individuales que establecen las constituciones nacionales se presentan como expresión de dignidad de los habitantes a través de una lucha que demandó siglos y siglos.-

Se trata de la limitación del poder represivo del Estado que ya no puede ser ejercido de cualquier modo, apremiando o torturando sino que, a partir de la entronización de las garantías individuales, aquél sólo puede válidamente concretarse si las respeta en forma plena. Su desconocimiento o violación es causal indiscutible de nulidad y, tal es su gravedad, que las leyes de procedimiento, excepcionalmente, imponen su declaración jurisdiccional aún de oficio.-

2.- Por ello, cuando se invoca el “garantismo” como corriente ideológica del Derecho Procesal Constitucional no hay duda de que se lo hace con referencia directa al sistema procesal liberal que sustenta nuestra Carta Magna, a la protección de los grandes bienes de quienes integramos la sociedad: la vida, la libertad, la integridad, la seguridad, la propiedad.

Atento su gradual importancia, bien podemos afirmar que se trata de los cinco bienes más importantes –no los únicos- para la vida del hombre. En tal sentido, compartimos la afirmación del maestro Adolfo Alvarado Velloso sobre que es difícil imponer un orden jerárquico, especialmente, entre los dos primeros porque una vida sin libertad no vale la pena ser vivida.-

En su virtud, reconocemos en la vida y la libertad la base indiscutible de todo el sistema garantista pero también enfatizamos en que su relación con la integridad psico-física y la seguridad están tan íntimamente relacionadas con aquéllas que cuesta establecer jerarquías independientes entre todas ellas.-

Indudablemente cerca, muy cerca, se encuentran las garantías de la inocencia – que hace que quien imputa o acusa deba probar y que si no lo logra, el sujeto imputado nada deba descargar- y de la inviolabilidad de la defensa en juicio que, en el presente, ha tomado formas explícitas muy diversas e importantes. Ambas están protegidas por las previsiones de los arts. 18, 33 y 75.22 de la Constitución Nacional, este último, a partir de la reforma de 1994, merced a la introducción a su texto del llamado “Bloque de Constitucionalidad”, particularmente, en relación a los arts. 4/8, 24 y 25 de la CADH y 6/15 y 26 del PIDCP.-

3.- En la determinación de las principales garantías individuales, merece tratamiento especial la del debido proceso cuya definición no se encuentra en la Constitución Nacional. Sin embargo, ésta nos indica a través del citado “Bloque de Constitucionalidad” que el de debido proceso constitucional es un concepto que incluye varias determinaciones de garantía. En efecto, **por una parte**, se refiere a que el juicio debe ser oral y público, adversativo, contradictorio y por jurados; **y, por la otra**, a que el tribunal debe ser competente, imparcial e independiente.-

3.a.- **La oralidad y la publicidad** son las formas propias de los actos republicanos, es decir, que responden a la exigencia de que el soberano conozca el caso y que pueda ejercer su control como tal; **la adversidad** responde al mandato de garantía del estado de inocencia del imputado y se define por la necesidad de que quien imputa como actor tiene a su cargo la prueba de su afirmación en un marco en el que cada parte esgrime sus propias armas; **y la contradicción** se relaciona plenamente con el descargo: el contraexamen y el interrogatorio sobre la prueba de cargo.-

En ese contexto, rigen –respectivamente- las citadas garantías de la forma republicana de gobierno, de la igualdad, del estado de inocencia y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, del derecho a conocer los cargos y del de tener el tiempo y los medios para efectuar los descargos. Y ello con la advertencia de que, por supuesto, las mencionadas no lo son en detrimento de todas las restantes que están vigentes igualmente de un modo insoslayable como el derecho a la libertad; el derecho a la revisión del fallo de condena o la prohibición a la doble persecución penal, entre otras.-

3.b.- A su tiempo, el requisito de que el tribunal sea **competente** tiene relación con la garantía del juez natural, es decir, el dispuesto por la ley antes del hecho de la causa. Esto implica el aseguramiento de una suerte de decreto de fijación de los turnos judiciales, tal como hace la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con la determinación de los órganos jurisdiccionales de actuación antes del 1º de enero de cada año.

En consecuencia, el tribunal competente –a los fines del art. 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCP, ambos incorporados al texto del art. 75.22 citado- no puede ser elegido “a dedo” de manera que todo derive en la integración de verdaderas comisiones especiales de juzgamiento rechazadas de cuajo por el art. 18 de la Carta Magna nacional.-

De todos modos, estas bases deben adecuarse a la pronta instauración del juicio por jurados que, en forma creciente, va siendo realidad en las diversas jurisdicciones de la República. En esta modalidad, totalmente ajustada a la Constitución Nacional, también será indispensable la dirección por un juez letrado y éste deberá observar la condición de competente. Creemos que la mejor manera de asegurarlo es la prealudida de la elaboración

de las listas de jueces en turno durante períodos determinados fijada por el más alto tribunal de la jurisdicción.

De ese modo, se evitarán arreglos y se terminará con el fantasma de que el imputado deba enfrentarse a un tribunal integrado por jueces sospechados de interés o designados con un fin oculto e inconfesable que tanto daño le hace a la buena administración de Justicia.-

Además, la Constitución Nacional exige que el tribunal sea **imparcial**, nota ésta con la que se identifica una actuación ajena totalmente a cualquier interés de parte. En tal sentido, no sólo lo será aquel órgano jurisdiccional que no lo tenga ni aspire a tenerlo en el futuro sino también aquél que no se hubiera pronunciado previamente con una opinión concreta sobre temas a resolver.-

Se trata de un requisito de carácter constitucional por lo que lejos está la posibilidad de limitar su vigencia exclusivamente a los casos previstos en la reglamentación procesal. En este sentido, llegaremos al desiderátum de lo absurdo al aplicar el art. 55 del CPPN en cuyo detallado orden de situaciones (ítems 1º al 12º) el legislador se olvidó de incorporar el aludido caso en que el mismo magistrado hubiera emitido opinión anteriormente sobre puntos a decidir ya en el mismo cargo, ya en otro anteriormente desempeñado y que hubiera tenido incumbencia en el caso.-

No se trata de un “*numerus clausus*” que actúe como límite absoluto frente a otros supuestos en los que, sencillamente, el órgano jurisdiccional no puede ser considerado imparcial. En estos supuestos, la invalidez de su actuación conducirá, inexorablemente, a la declaración de nulidad de todo lo actuado por ese magistrado.-

Finalmente, en lo relativo a la **independencia** de los tribunales, obvio es señalar que se refiere al tema de la influencia de otros factores u órganos de poder, ya dentro del mismo Poder Judicial o desde los otros poderes del Estado, los partidos políticos, la opinión pública o cualquier otro medio que ejerza presión a los fines de que el caso se resuelva en un sentido determinado, ya fuera a favor como en contra del imputado.-

Este es un asunto de la mayor actualidad, en un mundo en el que, dentro y fuera del país, la prensa nos está informando permanentemente y como nunca antes sobre

corrupción, sobre ilegales influencias, sobre presiones e intervenciones políticas interesadas en procesos judiciales de la más alta trascendencia entre los cuales, muy particularmente, la cuestión se agrava cuando se trata de procesos penales-. Todo este cuadro, de triste y nefasta actualidad en la Argentina, en la que se encuentra imputado penalmente nada más ni nada menos que el propio vicepresidente de la República, órgano de altísima jerarquía constitucional designado a partir de la elección popular y con función de reemplazar en primer lugar al presidente.-

Entre el aseguramiento de la nota de independencia judicial y la impunidad hay, pues, una relación muy pero muy cercana. En tal sentido, podemos decir que a mayor independencia mayor posibilidad de persecución penal exitosa y de condena a los culpables, sobre todo en delitos relacionados con la corrupción de los poderes del Estado.-

4.- El juicio debe también ser por jurados por así lo establece la pauta programática de la Parte General de la Constitución Nacional, en su artículo 24, lo que enfatiza y hace necesario absolutamente el art. 118 de la misma en relación a los procesos criminales.-

Cuando se habla de “juicio por jurados” (o, lo que es su equivalente, “con jurados”) de lo que se trata es de una forma en enjuiciamiento con poderes decisorios divididos en donde existe un cuerpo de hombres y mujeres del pueblo con una función previa y definitiva por parte del pueblo que habilita o no al juez letrado presidente del tribunal de juicio a dar un pronunciamiento jurídico de condena.-

El pueblo participa y conoce los hechos probados en la audiencia oral y pública de los debates, recibe las instrucciones que elaboran las partes y el presidente del tribunal en conjunto y que se les entregan para su deliberación secreta, discute al respecto y, por unanimidad o mayoría –según corresponda-, dictan un veredicto de culpabilidad o de inocencia que es obligatorio para el juez letrado.-

De este modo, la elaboración de las instrucciones se transforma en un punto central del proceso de juicio por jurados pues la respuesta a las mismas –aceptando o no, por ejemplo, la justificación del hecho- indicará al imputado el motivo de un veredicto de

culpabilidad o de inocencia. En efecto, si las instrucciones versaran, entre otros puntos a decidir, sobre si existió o no legítima defensa en el homicidio, la respuesta de un veredicto de culpabilidad ya da cuenta de que el motivo radica en que no se aceptó la hipótesis propuesta en las instrucciones y que, por ello, precisamente en virtud de ello, el veredicto fue inculpatório.-

La jurisprudencia más actual y relevante exige que la motivación del veredicto radique en el conocimiento por parte del imputado de la razón por la cual resultó declarado culpable (si resultara declarado inocente, poco importaría por qué) y ésta no puede ser otra que la de que no se le creyó y no se aceptó la citada hipótesis justificante o aminorante de su autoría.-

El juicio por jurados encierra otra diferencia sustancial con el juicio oral común y ordinario llevado a cabo sin jurados. Ciertamente, hay un abismo en cuanto al contenido de los debates y a la forma en que las partes deben conducirse para probar o descargar. Cambia el destinatario del pronunciamiento, por lo que debe modificarse el lenguaje, el método, la manera de abogar y, sobre todo, debe tenerse siempre presente que el jurado es un cuerpo integrado por personas comunes, sin conocimientos jurídicos, que darán su veredicto luego de una deliberación plena de contenidos comunes a un hombre medio y corriente, no a lo que ha ocurrido hasta hoy en relación a los magistrados que integran los tribunales de juicio.-

Se acabaron el “juris tantum” y la “prima facie” para dar lugar a un entendimiento más común y popular, en cierto modo ordinario en el buen sentido del término, o sea, en un sentido igualitario y republicano. En síntesis, las partes deberán abogar en dirección a convencer a personas sin conocimientos jurídicos que debatirán sus posturas y que, luego de esa deliberación, pronunciarán por simples mayorías o por unanimidad, según la exigencia legal, su veredicto.-

Es importante, entonces, determinar perfectamente este cambio profundo que se opera a partir de la incorporación del jurado en el enjuiciamiento de los imputados penales. Ahora los informes periciales deberán ser “traducidos” al lenguaje del pueblo, de manera que puedan ser entendidos por todos pero, principalmente, por los miembros del jurado.-

No hay pérdida alguna de poder para los magistrados. Muy por el contrario, el presidente del tribunal con jurados será siempre abogado y tendrá la importantísima e irremplazable función de dirigir los debates, resolver las incidencias, mantener el orden en la sala por parte del público y entre las partes, fijar las instrucciones de modo que se incluyan en lo sustancial las pretensiones de las partes. En resumen, el magistrado ya deja de ser el titán que lleva sobre sus espaldas todo el peso de la decisión del caso para pasar a ser quien dicta la sentencia que corresponde en derecho al pronunciamiento de los representantes del pueblo. Y debe hacerlo respetándolo en su sentencia bajo sanción de nulidad.-

El panorama cambia y se hace más clara la forma republicana de gobierno: a partir del juicio por jurados, la decisión se divide en dos pasos totalmente diferenciados y de esencia completamente distinta: el veredicto que dicta el pueblo soberano; la sentencia, que dicta el presidente del tribunal, juez letrado, quien queda obligado a respetar lo resuelto en el veredicto..

Efectivamente, veredicto y sentencia son sustancialmente actos no asimilables ni de entidad parecida. Muy por el contrario, el veredicto tiene todo menos contenido jurídico y ello a punto tal que en las leyes que instauran el juicio por jurados, coincidentemente en todas ellas, se encuentran excluidos de la posibilidad de ser miembros del jurado los abogados, escribanos, procuradores y, en general, los empleados judiciales y los policiales en función judicial.

Es que el veredicto se motiva de un modo totalmente diferente, tiene contenido fáctico y surge de la deliberación de los jurados sobre las instrucciones que le entrega el juez letrado y que fueran confeccionadas de común acuerdo, al terminar los alegatos, por los letrados de las partes y el presidente del tribunal.

Es por ello que el veredicto no permite la explicitación de su motivación, lo que en modo alguno implica que no la tenga. Sólo que se trata de un modelo de decisión deliberativa diferente en donde ocurren argumentos de otro tipo, no jurídicos, diríamos que propios del hombre común.

Esto es justicia republicana, participación popular también en la función jurisdiccional respecto de la cual ha estado ausente en la realidad desde la formación de la Nación a pesar de las disposiciones constitucionales arriba explicitadas que la exigen.-

La buena noticia es que el juicio por jurados ya ha entrado a las legislaturas locales y al Congreso de la Nación donde hoy ya se han sancionado las leyes respectivas en las provincias de Córdoba, Neuquén y Buenos Aires y existen proyectos y propuestas en estado parlamentario y en debate en muchas otras de ellas, varios de ellos en avanzado trámite.-

III.- LA MANIPULACIÓN DE LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD A TRAVÉS DEL USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y DE LA DENEGACION DE LA EXCARCELACIÓN COMO DERECHO DEL IMPUTADO:

1.- La coerción personal es un medio que tienen el Estado nacional y provincial para que los habitantes de la República respeten las reglas de convivencia que le impone el pacto de convivencia madre que es la Constitución.

En ese contexto, esta última determina como la forma indiscutible de ejercerla la de su imposición en carácter de pena a través de una sentencia de condena. Así lo fija el art. 18 que impone ésta como la única forma definitiva y ya cuando el condenado –una vez que el fallo adquiere condición de firmeza- pierde su calidad de inocente.-

El problema de incoherencia se presenta entre el reconocimiento de dicha calidad durante todo el tiempo en que se desarrolla el proceso penal hasta la condenación y la firmeza de esta última, por una parte, y la realidad de la aplicación mucho más que frecuente de prisiones preventivas que, además, resultan por su duración ilegales y arbitrarias, por la otra. Esto choca frontalmente con la exigencia que impone la Carta Magna nacional a través del art. 9.2 del PIDCP, incorporado al llamado “Bloque de Constitucionalidad” que forma parte del texto del art. 75 inc. 22 de la primera, sobre que las prisiones preventivas NO SEAN IMPUESTAS COMO REGLA GENERAL SINO EXCEPCIONALMENTE; y que NO DUREN MÁS ALLÁ DE UN PLAZO RAZONABLE.-

Una y otra exigencias resultan, en la realidad de los procesos penales, burladas.-

Es moneda común y corriente que se desoiga este mandato de garantía y que se eche mano de argumentos en sentido contrario. Ello ocurre siempre en relación a ciertos delitos en virtud del monto de pena elevado del tipo penal en cuestión –como el recurrente caso de homicidio-, supuesto que el CPPBA prevé como indicador de un peligro de fuga del imputado y como basamento de la imposición de una medida de coerción personal casi en todos los casos.-

a.- Una interpretación mínimamente ajustada a la letra constitucional da inmediata cuenta de que corresponde resolver en sentido opuesto, es decir, respetar siempre el estado de inocencia del imputado y solamente imponer la coerción en el caso en que resultare necesario porque mantener en libertad al imputado podría representar una situación de peligro de fuga que el tribunal debe evitar.-

Pero aplicar la coerción –y su máxima expresión, la prisión preventiva- alegremente y como regla general, cubriéndose de una eventual fuga la mayoría de las veces inventada pues no se desprende de elementos indiciarios que la pudieran sustentar, configura un abuso del poder del Estado y la tergiversación del sistema de garantías del imputado. De todo ello, seguramente lo más grave, resulta que –merced a los excesivos tiempos que transcurren de prisión preventiva (en la Provincia de Buenos Aires podemos hablar de unos tres a cinco años en casos de delitos graves o complejos)- su aplicación se transforma en una concreta pena encubierta, en una pena sin sentencia, en violación de la garantía de los arts. 18, 33 y 75.22 arriba citados.-

Así lo señaló la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el valiosísimo fallo “*Verbitzky – Horacio – Representante del Centro de Estudios Legales y Sociales – Hâbeas corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley*” (SCBA - causa P. 83.909 - sent. del año 2010) en el que así se pronunció, intimando a las máximas autoridades provinciales a que se modifique sin demora esa inconstitucional realidad provincial.-

Está claro que, en su enorme mayoría de casos, esta situación se verifica en relación a las clases sociales más bajas (e indefensas). Basta visitar las cárceles provinciales para percibirlo y para indignarse con una realidad sectaria en la que los “ladrones de guante bajo” –que en nuestro país abundan groseramente-, pertenecientes a las clases poderosas y

ricas muchas veces gracias al saqueo del erario público-, no habitan las cárceles porque sus detenciones rara vez se convierten en prisiones preventivas o, si esto ocurre, muy probablemente en un tiempo no demasiado dilatado, obtengan la libertad o una significativa morigeración de la coerción.-

En su lugar, los sometidos a prisión tienen “color y olor” de clase social baja. La persecución penal es discriminatoria en nuestra provincia como en la mayoría de las restantes jurisdicciones de la Nación y en la justicia federal.

No es casual que la prisión preventiva tenga raíces profundas en el modelo inquisitorial de la Edad Media en el cual el autoritarismo, la presunción de culpabilidad y la falta de garantías a punto tal que hasta se permitía y se ponderaba positivamente la tortura como modo de obtener la confesión, sean las notas comunes.

Sería bueno imitar a otros países en los que un individuo puede estar sospechado de homicidio o de otro delito de pena muy elevada y, con la sola condición de cumplir las exigencias que se le imponen, se le mantiene en estado de libertad controlada pero de libertad ambulatoria al fin hasta que, eso sí, muy prontamente, sea llevado a juicio y allí se resuelva su suerte.-

b.- En lo relativo a la exigencia de que la duración de la prisión preventiva no supere un plazo razonable, la situación no es mejor.-

Tal como hemos expuesto más arriba, el término medio de duración que tiene en la Provincia de Buenos Aires –como también en el resto del país en general- es visiblemente contrario a todo respeto sobre la razonabilidad del plazo. En efecto, los arriba indicados tres, cuatro o cinco años de encierro preventivo a personas que “gozan” del status constitucional de inocencia, con el efecto necesario de que, en los hechos reales, se transforma la medida de coerción procesal en una concreta pena, encubierta pero pena al fin-, dan cuenta de la ilegalidad y del autoritarismo que existe en este terreno. Y ello se torna patético en aquellos casos en que, tiempo más tarde, generalmente como resultado del juicio finalmente llevado a cabo, el sujeto es absuelto y se le despide con un cordial saludo y nada más.-

Esto es una vergüenza y es muy grave, sobre todo por la entidad de las normas constitucionales desconocidas que violan, en definitiva, uno de los máximos bienes jurídicos como es el de la libertad.-

2.- Pero si ello es así en cuanto a la prisión preventiva, no menos grave se torna la situación respecto de la medida de coerción personal llamada excarcelación y de su casi idéntica eximición de prisión.-

Se trata de una medida de coerción personal de altísima importancia porque su otorgamiento o su denegación al imputado implican la realidad que vivirá en los tiempos sucesivos: libertad o aprisionamiento.

También en este terreno, la cuestión se relaciona con el respeto o no de las garantías individuales. Si se las observa, se percibe inmediata y fácilmente que rigen las reglas de la Constitución Nacional sobre la libertad, especialmente, las que van desde el Preámbulo (en cuanto habla de asegurar sus beneficios) hasta lo dispuesto en los arts. 18, 33 y 75.22 citados, este último en cuanto ha incorporado a su texto los pactos y tratados que integran el mencionado “Bloque de Constitucionalidad” en todos los cuales una de las garantías base más importante es la de la libertad.-

En plena sintonía con la Constitución Nacional, el art. 21 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires impone que todos los casos son excarcelables y que la ley reglamentaria sólo podrá ocuparse del monto y las otras condiciones de la fianza como de lo relativo al auto de soltura y sus reglas, es decir, que no prevé la posibilidad de la denegación de la excarcelación. Sin embargo, el CPPBA reglamenta invadiendo y, lo peor, desconociendo este mandato, por lo que establece cantidad de supuestos de denegación de la excarcelación.-

La doctrina y la jurisprudencia hacen de cuenta que el artículo 21 de la Carta Magna provincial no existe, que nunca fue dictado ni rige. Es grave constatar cómo los jueces deciden de espaldas a sus disposiciones y priorizando normas meramente reglamentarias sobre la Constitución.-

Igualmente preocupante resulta el tema de la determinación de la caución o fianza porque se trata de una elección que, como acto sustentado en el Derecho, debe contener un sustrato de razonabilidad.-

En ese sentido, corresponde advertir que ya la selección del tipo de garantía (fianza real o caución juratoria) implica un análisis profundo y basado en hechos acreditados respecto de cuál de ellas resulta apropiada a los fines excarcelatorios o de la eximición de prisión. De este modo, no dudamos de que a este último respecto, el tipo de garantía debe ser más exigente porque –si bien ha petitionado presentándose de la mano de una garantía constitucional- el sujeto imputado no está detenido y ello implica una situación a considerar, como tantas otras.-

Luego, si se fija la modalidad de la fianza real, habrá que reparar en una determinación del monto de dinero, extremo que implica una valoración en la que debe atenderse a las posibilidades económicas del imputado para afrontar el depósito de la suma establecida o en relación a dar alguna forma de fianza real o personal satisfactoria. Ello pues, de otro modo, nuevamente estaríamos vulnerando el principio de igualdad ante la ley porque se daría a quien posee un patrimonio importante la posibilidad de la libertad bajo fianza que se le estaría negando, sólo por razones de menor capacidad económica, a otro en iguales circunstancias.-

A ese respecto, la fijación del monto de la fianza debe ser efectuado en atención al patrimonio y situación económica de cada uno de los imputados en particular sin que sea justo establecer para todos la misma suma ni las mismas condiciones.-

La igualdad ante la ley, es bueno reiterarlo, se consigue respetando la doctrina legal de la Corte Suprema Nacional en cuanto a que es la igualdad de iguales y en las mismas circunstancias.-

Como corolario podría ser sustentable en Derecho conceder la excarcelación o la eximición a unos coimputados y denegársela a otros pero exige la explicitación de una motivación suficiente.-

La realidad, sin embargo, nos arroja una realidad en la que es difícil establecer parámetros previamente establecidos que den pautas de previsión por parte de los órganos

jurisdiccionales. Así, se verifica una situación que exhibe un alto grado de arbitrariedad y, en gran medida, dependiente de la suerte del imputado en cuanto a quién es el juez de intervención y cuán amplio o restrictivo su criterio al decidir sobre temas tan relevantes.-

Esta irregular situación provoca resultados muy negativos en lo que hace al respeto de la legalidad. Todo podrá ser muy impuesto por el poder de turno pero la ilegalidad y la arbitrariedad son la otra cara, la impresentable, la que no puede justificarse sino en la pura autoridad. La cuestión es no consentirlo.-

Ciertamente, debe hacerse una importante reflexión ante situaciones como las que estamos describiendo y es la de que éstas no serían reales ni frecuentes si la defensa planteara estos argumentos de legalidad y recorriera las alzas que fuera necesario al efecto reclamando justicia. Creo firmemente que si así ocurriera, se provocaría un efecto restaurador respecto de la vigencia de las normas constitucionales ya que, frente al planteo de la exigencia de su observancia en los casos concretos, se hace muy difícil al órgano jurisdiccional resolver sin contestar los planteos y, si lo hace, se le torna más grave aún responder con su inobservancia.-

No olvidemos que estamos hablando de reglas de garantía constitucionales.-

Lo cierto es que, por un argumento o por otro, la excarcelación en la Provincia de Buenos Aires es un instituto que ha sido distorsionado, habiéndoselo llevado a una situación de arbitrariedad e ilegalidad tal que es difícil conocer previamente cuál será la resolución y ello a pesar de resultar la misma del respeto a la normativa suprema de la Nación.-

La excarcelación es el camino que eligió la Constitución para hacer vigente la garantía de la libertad y para evitar su restricción durante el estado de inocencia, difiriéndola casi exclusivamente para el estadio procesal de una condena firme. Es así que la Carta Magna nacional da a la medida de coerción más grave carácter de excepcional, lo que implica que todo el sistema de restricciones durante el desarrollo del proceso penal debe ser únicamente aplicado en casos contados y en los que resulte absolutamente necesario.-

Si bien la excarcelación es un modo de coerción personal sobre el imputado, seguramente, resulta uno de los menos gravosos por cuanto el individuo puede, en general,

continuar con una vida casi enteramente normal. Es por ello que su denegación de manera autoritaria, como ocurre con gran frecuencia en la realidad de los procesos penales provinciales en supuestos en que debería ser concedida, causa perjuicios irreparables que deben ser impugnados con vehemencia y con actitud decidida por la defensa y, en ciertos casos, también por la Fiscalía.-

La entidad de los citados perjuicios estará en directa relación con la observancia de los plazos procesales puesto que, si el caso se lleva en juicio en el breve tiempo que establece la ley procesal, los efectos de la prisión preventiva –que siempre serán serios y graves- se verán sustancialmente aminorados por el dictado de una sentencia que, ya sea que se pronuncie por la absolución o la condena, pondrá fin a la coerción personal procesal.-

La libertad y su manejo durante el desarrollo del proceso penal es un tema central a la hora de identificar un modelo de administración de justicia. Si éste se ajusta a la Constitución Nacional, no cabe duda de que la libertad será, en serio y casi sin excepciones, la regla general de la que nos habla el artículo 9.2 del PIDCP incorporado al “Bloque de Constitucionalidad” del art. 75 inciso 22 de la Carta Magna y regulado por el mandato inicial del artículo 144 del CPPBA: “El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal...”

En esta situación habrá coincidencia y respeto entre las garantías de la libertad, el estado de inocencia y la realidad de una persecución penal indispensable para los fines del Estado. Así surge de los arts. 18, 19, 31 (con especial referencia al Código Penal como Ley Suprema de la Nación), 33 y 75.22 en su relación con el art. 120, todos de la Constitución Nacional.-

IV.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO COMPLEMENTARIO DEL DE LEGALIDAD, NECESARIOS PARA LOGRAR UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA SUSTENTABLE EN LA QUE LLEGUEN A JUICIO ORAL Y PUBLICO SOLAMENTE LOS CASOS RELEVANTES Y EN TIEMPO RAZONABLE:

1.- Desde fines de la década de los 90, al promediar ya el siglo XX, muchas de las provincias argentinas iniciaron la revisión de sus leyes procesales. De ese modo, la Provincia de Buenos Aires dio nuevamente muestra de su liderazgo en la materia y otra vez se puso a la vanguardia de las reformas legislativas, tal como había hecho Tomás Jofré allá por los años 20 al introducir el por ese entonces nuevo CPPBA que establecía el juicio oral y otras modernidades para la época. Este avance se complementaba también con la presentación contemporánea por el mismo Jofré de un importante proyecto de ley de jurados para la Provincia de Buenos Aires que marcó otro hito importante en la misma época. El resto de la República dormía todavía, en general, en brazos de leyes procesales penales importadas, casi siempre de procedencia española, expresiones del modelo de la Inquisición que se resistía a desaparecer.-

El CPPBA escrito por Tomás Jofré -visto hoy con la evolución que ha tenido nuestro pensamiento en la materia- se nos muestra, a no dudarlo, como perteneciente al modelo inquisitorial. Para ello, nada más que hay que reparar en la figura del juez de instrucción, en la actuación destacadamente policial en los sumarios de instrucción, en la restricción de los derechos del imputado y su defensa y en muchos otros aspectos en igual sentido.-

Sin embargo, ese código es importante en la evolución hacia los modelos actuales porque, contrariamente a los de su época, comenzaba por un artículo 1° que se refería nada menos que a la defensa, algo impensable por aquel entonces en cuanto a que todo partía y finalizaba con y en la función del juez, la autoridad máxima del Estado en el proceso penal que hacía gala de poderes omnipotentes y virtualmente absolutos. La defensa oficial, por entonces, era virtualmente inexistente, nada que ver con la que conocemos en nuestros días.-

En este contexto, existían obviamente las garantías constitucionales pero el tamiz que los códigos procesales autoritarios imponían a las diversas etapas del proceso lo teñían casi completamente de una realidad totalmente apartada de las garantías individuales de la Carta Magna.-

Y fue entonces la Provincia de Buenos Aires la que en septiembre de 1998 revolucionó otra vez el país cuando introdujo su nuevo CPPBA ley 11.922 que terminó con

el modelo inquisitorial, hizo desaparecer al juez de la instrucción, reconoció todas las garantías al imputado, especialmente estableció su libertad durante la sustanciación del proceso penal e introdujo al Ministerio Público Fiscal como el titular exclusivo y excluyente de la acción penal pública, hasta entonces apropiada por el juez de instrucción. Y no fue sólo eso sino que estableció el juicio oral y público como única forma de enjuiciamiento para todos los casos, revalorizando el poder de acción y haciendo que el juez, por primera vez en la historia bonaerense y seguramente nacional, revistiera la calidad de imparcial e independiente, cumpliendo el mandato constitución de garantía del debido proceso, dejando preparado el camino para la posterior ley de juicio por jurados en materia penal.-

A partir del nuevo CPPBA, todo se modificó: ya los jueces dejaron de actuar de oficio y aprendieron a hacerlo a pedido de parte, única manera de mantener su condición de imparcialidad; la oralidad se introdujo en la casi totalidad de los procedimientos y, lo que fue muy importante, también y especialmente en lo relativo a los incidentes que afectaran la libertad. El modelo adversarial-acusatorio fue el único introducido al nuevo CPPBA, lo que marcó un antes y un después en el camino hacia el ajuste con la Constitución Nacional.-

Pocos años después, se dictaron leyes que, **por una parte**, enriquecieron y ampliaron el modelo constitucional pues introdujeron el principio de oportunidad, ampliaron el rol de la víctima, mejoraron la gestión de los fiscales, entre otras reformas; mientras, **por la otra**, hubo algunas que constituyeron un grave retroceso en relación a la concepción que exhibía el código. Estas últimas respondieron a las llamadas leyes de la “mano dura”, una serie de enmiendas que fueran tildadas más tarde de inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia provincial (conf. Fallo “Verbitzky” antes citado).-

Gracias a estas últimas, se fueron derogando los principios y se produjeron verdaderas aberraciones jurídicas. En tal sentido, desde el intento de recortar la directiva general más importante contenida en el art. 144 del CPPBA que rezaba, textualmente, que “El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal” agregándole, con indisimulado fin de aminorar su vigencia, una frase aparentemente inocua pero que tenía por efecto resaltar la posibilidad de otras soluciones (“... salvo que existan...”).-

En ese camino, no faltaron reformas absurdas que fueron siempre dirigidas a restringir las libertades, como la de introducir –como situación de denegación de la excarcelación- la circunstancia de haber utilizado un arma sin que ésta fuera tal, algo casi inimaginable por su ilogicidad desde que, si un objeto no es arma, sencillamente no lo es y, en consecuencia, no se lo puede considerar como “arma” sin violar el principio lógico de identidad.-

¿Resistencia al cambio? Indudablemente, sí. En ese sentido, a lo largo de los años, la citada tendencia no sólo se mantuvo sino que fue motivo de nuevas reformas que han llegado casi hasta el presente.-

Sin embargo, en esta suerte de mundo esquizofrénico en el que tan importante reforma estructural del proceso penal resultó luego sometida a la acción depredadora de operadores judiciales profundamente reaccionarios al cambio y de leyes en sentido contrario a las líneas del código de 1998, apareció una reforma sustancial y de importancia absolutamente superior. Nos referimos a la de la introducción del juicio por jurados en el proceso penal bonaerense, la ley 14.543 antes citada.-

No dudamos de que esta nueva forma de enjuiciamiento, seguramente al principio de carácter excepcional –está previsto para casos con expectativa de pena superior a los quince años pero con la posibilidad de renunciar al juicio por jurados por parte de la defensa- tendrá un efecto importante en la revisión y la observancia renovada de los mandatos constitucionales. El nuevo sistema exige el cambio porque no puede adecuarse a situaciones que el juicio por jurados excluye completamente como la posibilidad de introducir interrogatorios por parte del juez presidente o de los miembros del jurado. La ley de jurados prohíbe siquiera preguntas aclaratorias de su parte, lo que refuerza el sistema adversarial y acusatorio en el cual, si el actor no demuestra, el imputado no tiene nada que acreditar, sencillamente, porque sigue siendo inocente.-

2.- Entre las reformas al CPPBA de 1998 de carácter útil y de gran significación a los fines de la consolidación del debido proceso constitucional, se dictaron las leyes 13.183 (B.O. del 16/4/2004) y 13.943 (B.O. del 10/2/2009), por las cuales la Provincia de Buenos Aires se colocó nuevamente a la vanguardia del movimiento procesal penal al incorporar a

su legislación el principio de oportunidad como complemento indispensable del de legalidad sentado en el art. 18 de la Carta Magna nacional.-

Mientras por estas latitudes todavía estábamos discutiendo sobre la escrituralidad o la oralidad –algo tan absurdo como entablar una polémica respecto del sexo de los ángeles-, ya en el mundo adelantado de la posguerra, desde mediados del siglo XX, se estaba trabajando para evitar el colapso de las administraciones de justicia en muchos de los países centrales de Occidente. Fue, entonces, que –para evitarlo- se estableció el canal de la selección de la persecución penal regulada que hoy rige en casi toda Europa, en los Estados Unidos y gran parte de América Latina como única manera posible de tener una administración de justicia posible y sustentable.-

Se trata de “separar la paja del trigo”, es decir, de indicar lo importante y diferenciarlo de lo no tan importante, haciendo cesar –con ciertas exigencias mínimas- la persecución penal en casos de delitos de bagatela o de infortunio personal del imputado. Todo ello entre otras diversas salidas alternativas del proceso penal y con el fin central y trascendente de permitir el enjuiciamiento oral y público de los casos de trascendencia y de hacerlo con intervención de jurados.-

El sistema se introdujo en el art. 56 bis el CPPBA y en todas las otras legislaciones locales y tiene gran importancia porque viene a dar legalidad a situaciones que, con anterioridad, se resolvían “cajoneando” los expedientes en los escritorios de juzgados, fiscalías y oficinas policiales hasta llegar al cumplimiento de los plazos máximos que permitieran declarar la prescripción de la acción penal y sobreseer.-

En este emprendimiento, hemos aprendido a establecer reglas y pautas como, por ejemplo y en grado muy especial, la de la reparación del daño causado traducido a contenidos económicos. Quien se beneficia con una salida alternativa de archivo del proceso es justo que lo haga tomando conciencia de lo ocurrido y que ofrezca, como acto de arrepentimiento y de composición del conflicto penal, dicha reparación patrimonial. Esto, sin dudas, conduce a la paz social entre las personas, un norte que el Estado debe siempre tener presente a la hora de administrar justicia.-

3.- No puede quedar afuera la consideración de las más modernas concretas formas de canalización de alternativas al juicio oral y público que ya no se encuentran contenidas en la categoría anterior sino que se trabajan caso por caso.-

En tal sentido, la ley procesal prevé diversas entidades siendo las más importantes las del juicio abreviado y de la suspensión del juicio a prueba. Ninguna de ambas salidas alternativas es, en definitiva, *juicio* abreviado o suspensión de *juicio* sino, en ambos casos, *proceso* abreviado o suspensión de *proceso* puesto que lo que no se hace es, precisamente, el juicio.-

Las dos salidas alternativas se parecen en cuanto surgen de un acuerdo entre fiscal e imputado pero se diferencian en cuanto al contenido de dicho acuerdo.-

Si se trata del proceso abreviado, el imputado acepta la condena a cambio de la certeza de una pena conveniente y aceptada por él. Se trata de una salida altamente conveniente en casos en los que el imputado corre grave peligro de resultar condenado a una pena de cumplimiento efectivo. Exige libre voluntad del imputado y un caso en el que, conforme el sistema legal, pueda ser impuesta una pena de la entidad acordada. Si ello es así, el juez de garantías o el tribunal de juicio no tiene otra posibilidad que la de homologar el acuerdo.-

Distinto es el supuesto de la suspensión del proceso a prueba, establecido en la parte general del Código Penal y regulado por el art. 404 del CPPBA, pues en éste el sujeto es sometido a ciertas condiciones –entre las cuales descuella la de la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito y la asunción de tareas comunitarias-, cumplidas las cuales, el imputado es sobreseído.-

La mediación y la conciliación penales exigen la participación de la víctima y el imputado. Sólo se diferencian entre ellas en que, en relación a la primera, se tienta un acuerdo sobre bases ajenas a las normas de derecho y, en cuanto a la segunda, precisamente, ocurre todo lo contrario ya que la cuestión es considerar los derechos de cada parte. En todo caso, ambos caminos conducen a un acuerdo resolutorio del conflicto que subyace en la base del delito motivo del proceso: al reconocer y arreglar entre las partes dicho conflicto, el proceso es motivo de aplicación de alguna forma de archivo o de finalización.-

Estas modernas alternativas hacen posible el enjuiciamiento de los casos de la más alta gravedad y realizan el mandato constitucional de la persecución penal.

V.- EL JUICIO ORAL Y PUBLICO

Con la aclaración de que no somos detractores del proceso penal sino que formulamos nuestra más firme oposición a la viciosa práctica tribunalicia del desconocimiento de las reglas constitucionales y legales supremas, entraremos ahora en el área de nuestro juicio oral y público provincial.-

También acá las violaciones constitucionales son muchas y graves.-

En primer lugar, para que se observe el mandato constitucional de oralidad y publicidad es indispensable que se respeten estas formas de realización del proceso. Ello no se logra cuando, en su lugar, ya en forma total o de manera parcial, se incorporan al juicio “por su lectura” cantidad de piezas escritas de la etapa preparatoria.-

Si bien esto se hace, en principio, en un contexto de acuerdo entre las partes (conforme determina el artículo 366 del CPPBA), ese temperamento deriva en excepciones que conducen a una gravísima distorsión de las reglas básicas del debido proceso. Entre éstas y como consecuencia directa de las anomalías que tratamos, se da calidad de “prueba” a meras evidencias que no han pasado por la contradicción del juicio y cuya incorporación al juicio no cuenta con el acuerdo de la defensa.-

Seguramente, lo más grave resulte de la situación de que los jueces priorizan en sus decisiones las normas procesales y olvidan la vigencia de los mandatos constitucionales de garantía.-

De ese modo, dar lectura de un acta que contiene lo que –supuestamente- dijo el testigo durante la etapa de la investigación ante la Fiscalía o la policía y que, luego del paso de los años, al deponer en el juicio ya no recuerda, constituye una inducción a declarar en ese sentido, o sea, conforme hubo marcado la parte actora sin control del imputado.-

Está claro que se lo hace a los “meros fines de provocar su recuerdo” pero no parece percibirse que el acta que se le exhibe y lee corresponde a un acto llevado a cabo exclusivamente por la parte actora y esto rompe el equilibrio de armas y conduce a un avasallamiento de la defensa en juicio. Se trata de una innegable realidad más propia del modelo inquisitorial que de la Constitución Nacional. Lo lamentable es que el juicio oral y público de la Provincia de Buenos Aires se ha reducido una suerte de juicio mixto en el cual se introducen al mismo, en desproporcionada cantidad, piezas escriturarias de la etapa preparatoria que adquieren de ese modo condición de “prueba”.-

Esta verdadera aberración nace de la irregular escrituralización que, merced a una reaccionaria respuesta del Ministerio Público Fiscal de la etapa preparatoria, en forma casi total, se ha convertido en el modelo que se exhibe y que pasa –como dossier de cargo– enteramente al juicio. Esto distorsiona groseramente el debido proceso porque produce el efecto de que los jueces concurren a la apertura de los debates habiendo ya leído todas las actuaciones y, luego de ello, necesariamente con una visión previa y parcializada de la situación sobre la que deberán pronunciarse en forma imparcial por la absolución o la condena.-

Es imperioso que se termine con esta verdadera ilegalidad que provocaría –en un sistema judicial serio y ajustado a las garantías– la insanable nulidad del juicio por la actuación de magistrados no imparciales.-

Esto es indiscutible en el caso de juicio por jurados pues las leyes que lo implementan son coherentes con el principio dispositivo y con el sistema adversarial en el cual el actor que pretende llegar a una sentencia condenatoria tiene a su cargo la prueba pero solamente la producida en el juicio. Allí se prohíbe la incorporación de piezas escritas previamente y, mucho menos, su lectura por los miembros del jurado quienes deberán formar su convicción con base en la prueba que se produzca y perciban durante los debates del juicio, nunca fuera del mismo.-

En segundo lugar, debe respetarse plenamente el principio de imparcialidad e independencia del tribunal, con o sin jurados, y prohibirse cualquier canal de opinión o actitud a favor o en contra del imputado.-

Esto implica que jueces y jurados deben permanecer callados y activos durante todo el desarrollo del juicio, sin que se les permita interrogar siquiera para aclarar. Se termina de este modo con las llamadas “medidas para mejor proveer” del sistema inquisitorial que, en definitiva, siempre eran medidas para “mejor condenar” porque se dirigían a resolver una situación de duda que no está en cabeza del tribunal dilucidar. Es que rige el principio adversarial-acusatorio en virtud del cual al actor incumbe la carga de la prueba y éste no lo logra pues la conclusión posible es sólo una: el rechazo de los cargos, un veredicto de inocencia y la sentencia absolutoria.-

Si no se tiene claro que es el actor público –y el privado, en su caso- sobre quien pesa la carga de la prueba y que el imputado nada debe demostrar porque goza del estado constitucional de inocencia, entonces se caerá antes o después, en forma fatal, en una situación irregular que implique el cambio de funciones por parte de los operadores del sistema. De este modo, el juez se meterá a dilucidar situaciones no probadas y con ello asumirá rol de parte actora, perdiendo su imprescindible condición de imparcial, tercero (al decir de Adolfo Alvarado Velloso, ni primero, actor; ni segundo, imputado), ajeno al litigio, “imparcial”.-

Este es el modelo de garantía con que la Constitución Nacional protege al imputado y los miembros del tribunal de juicio –con o sin jurados- deben respetarlo bajo sanción de nulidad.-

No son los jueces ni los jurados quienes tienen que aclarar o demostrar las situaciones que se presentan en el juicio oral y público sino el o los actores penales. Si ellos no lo hacen o lo concretan de un modo que deja subsistente una duda razonable, deben aplicarse las reglas constitucionales que son claras y específicas pero nunca repetir el modelo inquisitorial en el que el juez de instrucción es juez y parte desde el inicio del proceso y, muchas veces, hasta es quien también, más tarde, dicta la sentencia.

Ese modelo ya tiene partida de defunción y ello a pesar de que aún rija en el contexto del CPPN pues éste se encuentra ya en plena revisión y con proyecto de ley para sustituirlo por uno que se adecue a los mandatos de garantía de la Constitución Nacional. No hace demasiado tiempo, en el marco de un proceso que alcanzó gran difusión nacional (“Fratlicelli y Diesser s/homicidio calificado”) la Corte Suprema Nacional conminó a los

poderes públicos de la Provincia de Santa Fe a que se reformara, sin mayores dilaciones, su legislación procesal penal poniendo fin al modelo inquisitorial que regía por entonces y que, aunque en un programa de sustitución que avanza en los distintos departamentos de la jurisdicción, todavía está vigente. En este caso, el mismo juez que había dictado la prisión preventiva y actuado durante la “etapa sumarial” fue el que dictó la sentencia de condena revocada por el Alto Tribunal. Otra vez juez y parte; otra vez juez no imparcial.-

De un modo u otro, está claro que se va imponiendo el verdadero modelo constitucional. Ello en un proceso que ya no se detiene, que se va imponiendo a lo largo y a lo ancho de toda la República y que incluye el juicio por jurados.-

En tercer lugar, nos preocupa que, si la defensa en juicio es inviolable y si el principio de igualdad es uno de los mandatos básicos y superiores de la Constitución Nacional, todavía existan imputados “ricos” e imputados “pobres” cuyas defensas en juicio tuvieran la medida de esa desigualdad.-

Nos referimos a la situación –muy frecuente en cierto tipo de procesos- relativa a la necesidad de la prueba pericial para llevar a cabo una defensa mínimamente sustentable y con reales posibilidades de éxito. Ciertas determinaciones periciales se imponen frecuentemente en el terreno de la planificación de la prueba de la defensa pero ocurre que, si bien la ley permite la designación de “peritos de parte”, éstos sólo pueden ser solventados por aquellos imputados que tengan una situación económico-patrimonial suficiente. De modo tal que quedan afuera de esa posibilidad una cantidad enorme de imputados que deberán concurrir al juicio y someterse a los resultados periciales de los expertos que forman parte del staff oficial, ya judicial ya policial, quienes –desde el inicio del proceso- han estado trabajando, informando, asesorando y decidiendo conforme pautas consensuadas con la Fiscalía que es el órgano también oficial que dispone su actuación.-

Esto implica que los peritos oficiales no son imparciales y que lejos están de asegurar la ausencia de toda influencia de la parte actora. Por supuesto que con ello no nos estamos manifestándonos por denunciar situaciones espurias o dolosas sino, simplemente, lo que es la consecuencia necesaria de haber interactuado desde los inicios de la etapa

investigativa, haber asesorado y recibido instrucciones claramente dirigidas en un sentido coincidente con los intereses y pareceres de la parte actora.-

En este contexto, se torna imprescindible crear un cuerpo pericial de la Defensa y dotar a ésta, tanto en caso de defensa oficial como particular sin recursos, de peritos de esta parte, decididamente convocados por ésta.-

En síntesis, queremos destacar la necesidad de que existan peritos oficiales de la Fiscalía y peritos oficiales de la Defensa, ambos con deber de actuar objetivamente y de pronunciarse con verdad pues en relación de ellos rige la amenaza de la comisión del delito de falsa pericia del art. 275 del Código Penal.-

Esto contribuiría definitivamente a lograr mayor nivel de igualdad entre las partes y asegurar también a la Defensa lo que el Estado pone a disposición exclusiva de la Fiscalía. La garantía del artículo 16 de la Carta Magna nacional ha dicho la Corte Suprema Nacional exige la igualdad de iguales en iguales circunstancias.

De lo expuesto, se desprende con claridad meridiana que solamente que, en la situación expuesta, esto todavía no es conforme a la realidad de los procesos penales.-

VI.- EL DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO DE CONDENA EMANADO DEL JUICIO ORAL Y PÚBLICO CON Y SIN JURADOS:

Nos resta ocuparnos del derecho a la revisión del fallo de condena pronunciado en un juicio oral y público, tal como garantiza la Constitución Nacional en el art. 75.22 a través de la incorporación al mismo del llamado “Bloque de Constitucionalidad” que contiene los arts. 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP.-

1.- Ambas disposiciones, de similar contenido, garantizan la revisión del fallo de condena por un órgano jerárquicamente superior y se refieren tanto a juicios por jurados como sin ellos.-

Es que la garantía se refiere al “fallo” y no dudamos de que con ello se alude a la sentencia, dejando afuera el veredicto por su naturaleza de resolución irrecurrible por apelación.

Conforme ha dicho el mismo Alto Tribunal Nacional en “Casal” (CSN, Fallos 328:3399; sent. del 20/09/2005 –siguiendo la doctrina de “Herrera Ulloa vs. Costa Rica de la CIDH – sent. del 02/07/2004), el debido proceso constitucional es “por jurados”, sólo que mientras no se lo instaure en la República (se entiende que en todas las jurisdicciones que aún no lo han introducido a sus leyes procesales) corresponde aplicar un criterio de “revisión integral”, es decir, tratar tanto las cuestiones de derecho como las de hecho. Esto porque, hasta dicho fallo convertido en “leading-case” para juicios sin jurados, las cuestiones probatorias o de hecho quedaban afuera de la revisión judicial por cuanto los órganos superiores sólo se ocupaban de las cuestiones de derecho y, de manera muy excepcional, de cuestiones probatorias (el CPPBA establece en su art. 448 el recurso de casación en cuanto a estas últimas pero únicamente si se trata de hechos nuevos o nuevos hechos, es decir, casi nunca).-

En efecto, el citado fallo “Casal” revolucionó el escenario de los procesos penales porque implicó la imposición de una nueva modalidad revisora. A partir de entonces, aunque su observancia ha sido diversa conforme el criterio de los órganos jurisdiccionales en cada caso, la impronta es la “revisión integral”, de todas las cuestiones, conforme era la tradición que cumplía la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires durante la vigencia del CPP “Jofré” a lo largo del siglo XX cuando creó –en el contexto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y ante la inexistencia de recurso de apelación o casación contra sentencias del juicio oral o escrito- la llamada “doctrina del absurdo valorativo”. Esta consistía en reconocer el error lógico de interpretación por parte del tribunal respecto de la prueba pero siempre referenciada al derecho mal aplicado en su consecuencia.-

2.- La situación es totalmente diferente en el marco del juicio por jurados puesto que en el mismo el veredicto resulta inapelable, es decir, no susceptible de revisión en cuanto a sus argumentos motivadores.

En efecto, se trata de una motivación distinta puesto que se forma en la deliberación de los jurados respecto de las instrucciones consensuadas entre las partes y el juez letrado presidente del tribunal que son entregadas al jurado antes de pasar a producir un veredicto.-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado importante doctrina a partir de “Taxquet vs. Bélgica” (sent. de noviembre de 2010) en el sentido de que la motivación del veredicto parte de las instrucciones, de su deliberación y de la decisión final a la que llegue el jurado de modo tal que el imputado sepa y conozca la razón del veredicto de culpabilidad.-

Esto debe ser relacionado con las cuestiones propuestas en las instrucciones tales como, por ejemplo, la necesidad de determinar si existió el hecho del homicidio, si autor del mismo fue el imputado, si el hecho fue cometido en las circunstancias que se detallan como en estado de legítima defensa, etc.-

En una explicación harto sencilla, podemos decir que la sentencia “Taxquet vs. Bélgica” decide que, en el caso que mencionamos, si el veredicto resultara de culpabilidad, obviamente el imputado sabría que lo ha sido porque el jurado no hubo aceptado el supuesto de legítima defensa.

Si el veredicto, por el contrario, fuera de inocencia, la cuestión de conocer los motivos ya no es grave porque no habría agravio para el imputado.-

3.- Un extremo que debemos definir es el de terminar con la concepción inquisitorial en la cual el fallo absolutorio puede ser sometido a revisión por impulso de cualquiera de los actores penales.

Esa modalidad ha llegado a su fin porque:

a.- **En cuanto al veredicto de inocencia y la sentencia absolutoria**, resultan inapelables –ya en juicio con o sin jurados- puesto que el imputado goza de la garantía del “ne bis in idem” que, por imperio de los artículos 8.2.4 de la CADH y 14.7 del PIDCP, ambos incorporados a la Constitución Nacional a través del art. 75 inciso 22, tiene mayor

extensión todavía puesto que actúa aún contra una persecución penal en cualquiera de sus formas antes de la etapa del juicio.-

En ese sentido, son inconstitucionales las disposiciones legales que, como los arts. 422, 423, 441, 452 y 453 del CPPBA, disponen la vía recursiva a favor de fiscales y particulares damnificados en casos de sentencia absolutoria. Seguramente sea éste uno de los últimos resabios del modelo inquisitorial que desconoce el carácter y la razón del derecho a la revisión del fallo establecido en el Bloque de Constitucionalidad exclusivamente a favor del imputado: es la garantía de que aquél que ha sido condenado a la privación de ciertos derechos, a su vez, garantizados por la Constitución Nacional (la libertad en relación a la prisión y a la ahora discutida reclusión; el patrimonio en cuanto a la multa; el derecho a trabajar y ser elegido por el voto popular en cuanto a la inhabilitación) sólo sea efectivamente ejecutado a soportarlo en caso de revisión del fallo con resultado de “doble conforme”, es decir, con la confirmación del órgano jerárquicamente superior que actuara como revisor.-

b.- **Y en relación al veredicto de culpabilidad y la sentencia condenatoria**, más allá de que las actoras carecen de interés procesal en recurrir al respecto porque no tienen agravio, la revisión está prevista en la Constitución Nacional como una garantía y, como tal, exclusivamente a favor del imputado. Es que, si se trata de una garantía, ello significa, necesariamente, que se la ha fijado a favor del imputado y que están excluidas las otras partes del proceso.-

En este contexto, no caben los actores penales. En efecto, ni el Ministerio Público Fiscal ni el particular damnificado pueden recurrir el fallo de condena por cuanto no les produce agravio y, en cuanto al de absolución, existe un impedimento insalvable pues rige el principio constitucional de garantía a favor del imputado del “ne bis in idem”, pariente directo de la cosa juzgada.-

Atrás han quedado los criterios inquisitoriales sobre montos de pena inferiores a los solicitados puesto que los actores que obtienen pronunciamiento condenatorio logran su objetivo legal.-

Diferente es el caso en el que se trata de la impugnación del fallo por vicios que conduzcan a la nulidad del veredicto o de la sentencia, o de ambos a la vez, pues en ese caso, en definitiva, la cuestión se refiere al cumplimiento o la violación de normas constitucionales o de la ley suprema de la Nación (conf. Art. 31 de la C.N.).-

Estamos ya en el camino de despejar estas situaciones de clara inconstitucionalidad y llegar a vencer las distorsiones de un sistema judicial que, especialmente en los últimos tiempos, se ha guiado más por frenar las protestas sociales dictando fallos que las satisfagan que por dictar pronunciamientos justos que pongan límite a situaciones de histórica injusticia. Una de éstas es, visiblemente, la del imputado que obtiene la absolución en un juicio oral con o sin jurados pero en el que las partes actoras, violando la garantía de que el imputado sólo puede ser perseguido una sola vez por el mismo hecho, continúan –al mejor estilo inquisitorial- el camino de los recursos hasta obtener, en alguna de las instancias ordinarias o extraordinarias, una revocación del fallo absolutorio.-

En fin, resabios inconstitucionales de otra época que las leyes procesales latinoamericanas se han encargado de mantener de la mano de una historia colonial de tinte inquisitorial que hoy está ya casi derrotada pero que subsiste en los criterios de muchos operadores judiciales.-

Estamos convencidos de que la instauración del juicio por jurados contribuirá y en mucho a terminar con esos criterios erróneos puesto que el veredicto que éstos emiten tiene la nota de soberanía y, por ello, parece más sencillo que se respete el principio “ne bis in idem”.-

Las leyes de las provincias del Neuquén y de Buenos Aires que introducen el juicio por jurados en su modalidad clásica, es decir, integrado por todos jurados legos, declaran inapelables los veredictos, tanto absolutorios como condenatorios. Aunque esto en modo alguno impide la impugnación por vicio -pues se trata de una situación de invalidez que debe ser motivo de examen y declaración ya que, en definitiva, se trata de la vigencia de normativa constitucional y legal suprema-, tiene un alto valor cultural en cuanto se relaciona con la esencia del sistema republicano.-

VII.- EL GARANTISMO COMO DOCTRINA SUPERADORA DE LAS CUESTIONES PROCESALES – SU CONDICION DE UNICA QUE SE ADECUA AL MODELO CONSTITUCIONAL

En virtud de todo lo expuesto, bien podemos concluir este trabajo con una reflexión final sobre las ventajas del garantismo como ideología procesal por cuanto no sólo respeta la dignidad del hombre sin poner obstáculos a la persecución penal que interesa al Estado sino que, además, es el único que se adecua en principios y fundamentos al modelo que establece la Constitución Nacional.-

Una mirada retrospectiva sobre la historia de las ideas y de los movimientos nos produce una profunda conmoción sobre las crueles e inhumanas formas que se observaban en la antigüedad para llevar adelante una persecución penal. Basta pensar en tiempos sin garantías para que se nos hiele la sangre pues, inmediatamente, nos encontramos con la esclavitud, el sometimiento, la tortura y otras aberraciones que hoy, si ocurren, merecen el repudio universal.-

Haber logrado ese estándar jurídico-institucional y tener la certeza de la imposibilidad de una vuelta a aquellos tiempos es haber alcanzado niveles de convivencia calificados y coherentes con las garantías individuales.

Sin embargo, el hombre –que es bueno y malo por naturaleza- cuando ejerce funciones públicas, más aún, si éstas consisten en el ejercicio de poderes penales, siempre debe estar limitado por la ley. Si así se lo hace, aparecerá inmediatamente el soberano con su actividad de contralor de los actos de gobierno y, en ese contexto, la vigencia de las reglas básicas de la Constitución Nacional estarán aseguradas.-

Todo ello en una realidad que nos obliga a estar alertas porque, como dijéramos poco antes, existe algo así como una tendencia en quien ejerce el poder a desbordarlo y extralimitarse. Sin embargo, esto sólo será posible si miramos para otro lado y no ejercemos el contralor republicano.-

El juicio por jurados ya está en marcha y, si bien esperó desde la sanción de la Constitución Nacional de 1853 por espacio de ciento setenta años para ser instaurada, hoy aparece con una alta significación pues completa el ciclo republicano y hace de la administración de justicia una función adecuada a la legalidad. Esto promete un cambio calificado que no se hará esperar.-

COLOFON

A modo de cierre, me parece atinada una conclusión evaluadora de los desarrollos que preceden puesto que, si bien están profundamente interrelacionados, los

campos del Derecho Procesal Constitucional y del Derecho Procesal Penal, uno y otro tienen objeto propio. En cada uno de ellos se han producido los cambios de mayor entidad.-

Ciertamente, si evaluamos la realidad de los procesos penales no sólo bonaerenses sino de todas las jurisdicciones de la República a través de los últimos diez a veinte años, podemos sostener que entre los procedimientos de los tiempos precedentes y los actuales existe un verdadero abismo. En ese sendero se ubica la oralidad y la publicidad; las salidas alternativas al juicio –antes impensables y hasta consideradas delictivas- que conforman el bloque del “principio de oportunidad” y la selección de la persecución penal; el moderno tratamiento de la coerción personal durante el desarrollo del proceso y sus canales complementarios; el creciente rol de la víctima y la evolución jurisprudencial a su respecto; todo en medio de una cantidad casi indeterminable de novedosas concepciones que ya han comenzado a introducirse en lo cotidiano del proceso penal.-

El último valuarte del modelo inquisitivo ha caído recientemente en Santa Fe donde el proceso de cambio está en marcha y plenamente se va imponiendo.-

No cabe duda de que el universo del proceso penal se ha abierto y que hoy asistimos a la realidad de institutos nuevos que lo acercan al modelo constitucional. En ese sentido, la situación se completa con gran fuerza de cambio con la introducción del juicio por jurados en las legislaciones cordobesa, neuquina y bonaerense de la última década. Y todo en medio de un actualmente desbordado movimiento juradista que ya existe en la mayor parte de las provincias hermanas y que tiene estado avanzado en Chaco, Chubut, Río Negro y Santa Cruz como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con proyectos de referencia en estado parlamentario en cada una de esas jurisdicciones. Esto sin desmedro de otros de gran importancia que tienen lugar en la mayoría del resto del país.-

La buena nueva de la participación popular se expande y hoy va siendo realidad una nueva administración de justicia republicana en la que el pueblo soberano asume su función constitucional de habilitar o no al Estado, a través del dictado del veredicto de culpabilidad o de inocencia, para condenar a un acusado de la comisión de un delito penal. Este modelo –resistido, indudablemente, por cuestiones de interés político de sectores que han gozado históricamente de impunidad- hoy ya se impone de un modo abierto y general. En tal sentido, en provincias donde todavía no hay una propuesta

legislativa sobre juicio por jurados, se lo está discutiendo en los ámbitos universitarios, judiciales y profesionales. Y no son pocas las instituciones sociales no jurídicas que ya están prestando atención al tema y que emprenden acciones al respecto con sorprendente respuesta de interés ciudadano como conferencias, charlas, jornadas.-

La resistencia parece hacerse superado. Sin embargo, siempre debemos tenerla presente como eje de comparación y como reafirmación de nuestro paradigma constitucional: la república exige procedimientos claros y transparentes en los cuales el pueblo participe, decida y controle, a veces desde una función sustancial formal, otras desde su lugar de simplemente soberano. Esto es lo que hemos sabido lograr con nuestro Pacto de Convivencia Nacional y esto es lo que hemos reafirmado con el “Nunca más”, una suerte de nuevo pacto constitucional con perspectivas profundas en el presente y el futuro que asegura procedimientos garantistas que ponen una lápida definitiva a los resabios de la inquisición.-

Resta ahora trabajar mucho para reafirmar el modelo debido no sólo dentro de las fronteras argentinas sino más allá de las mismas, con especial énfasis en las repúblicas latinoamericanas puesto que nada que ocurra en ellas puede sernos indiferente desde que conformamos un mismo bloque continental, con similar idiosincrasia, idioma y religión, con una problemática social y política que también nos es común. En tal encuadre situacional, Argentina continúa tomando acciones de vanguardia que, más tarde o más temprano, terminarán siendo materia de discusión en los cuerpos legislativos de todos los países hermanos.-

Un ejemplo saludable es el reciente proyecto de ley de juicio por jurados entrado en el Congreso Nacional de la República del Paraguay, país donde ya rigiera durante décadas en el siglo XIX y que fuera derogado por cuestiones de interés sectario que se relacionaron siempre con el ejercicio arbitrario del poder político.-

Además, no olvidemos que el art. 117 de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela fue antecedente de peso para la introducción del juicio por jurados en nuestra Constitución Nacional de 1853-1860 y que el instituto rige en Brasil desde hace alrededor de doscientos años para los delitos de homicidio.-

Está claro, entonces, que estos meros ejemplos –que no son los únicos en nuestra América Latina- constituyen muestra elocuente de nuestra hermandad continental, de

nuestra comunidad institucional y política con que soñaran nuestros Padres de la Patria, todo lo cual bien puede sintetizarse en que todos, absolutamente todos los países que la conformamos hemos elegido la forma republicana de gobierno.-

El avance ya está en la realidad. Sólo falta tiempo y mantener la firmeza de objetivos. Sin dudas, el cambio está en marcha.-