



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

Trabajo Final de Grado

**Impacto del art. 8 de la Convención Americana sobre
Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de
Derechos Civiles y Políticos en el derecho procesal
penal**

Abogacía

Roger Alfredo Navarrete

2013

Impacto del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el derecho procesal penal.

Navarrete, Roger Alfredo

**Abogacía
2013**

RESUMEN

El presente TFG aborda la evolución histórica de cómo las garantías jurídicas estatuidas en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impactaron el proceso penal interno, generando modificaciones en la interpretación de estos principios elementales para la defensa de la persona perseguida penalmente por la supuesta comisión de un delito. En este contexto, se desarrolla además el proceso derivado de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, que genera la mayor modificación, al otorgar status constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos, además de generar cambios en la estructura jurídica de la organización del Poder Judicial de la Nación, por cuanto en los tribunales inferiores se verifica la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, como organismo de revisión de sentencias de segunda instancia. Este conjunto de hechos significativos, sumado al reconocimiento del Estado argentino de la competencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos, como revisora última de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, y por lo tanto, organismo internacional de control de cumplimiento de estas garantías procesales, conformaron un conjunto de aspectos que impactaron en el derecho procesal penal interno.

PALABRAS CLAVES

garantías – control – proceso – convencional – jerarquía - instancia

ABSTRACT

This TFG addresses the historical evolution of how the legal guarantees established in art. 8 of the American Convention on Human Rights art. 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, impacted the domestic criminal process, generating changes

in the interpretation of these basic principles for the protection of the person criminally prosecuted for the alleged commission of a crime. In this context, further develops the process arising from the reform of the Constitution in 1994, which generated the biggest change, by giving constitutional status to ten international human rights instruments and generate changes in the legal structure of the organization of the judiciary of the nation, because the lower courts in verifying the creation of the National Chamber of Criminal Appeal and review agency rulings on appeal. This set of significant events, coupled with the recognition of Argentina within the jurisdiction of the International Court of Human Rights, as a last reviewing the provisions of the American Convention on Human Rights, and therefore, an international body monitoring compliance with these due process, formed a set of issues that impacted on the domestic criminal procedural law.

1. ÍNDICE

Capítulo 1: Introducción

1.1 Introducción	9
1.2 Antecedentes argentinos sobre pactos y convenciones internacionales	15

Capítulo 2: Documentos Internacionales

2. Documentos Internacionales	18
2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos – antecedentes	21
2.2 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos – antecedentes	25
2.3 Garantías judiciales incorporadas a la Constitución Nacional por el texto del art. 8 de la CADH	27
2.4 Garantías judiciales incorporadas a la Constitución Nacional por el texto del art. 14 del PIDCP.	28

Capítulo 3: Convenciones - pactos internacionales y la jerarquía constitucional

3 Convenciones y pactos internacionales	32
3.1 Jerarquía de los tratados internacionales antes de la reforma constitucional del '94.	32
3.1.1 Fallos “Siri” y “Kot”	33
3.2 Tratados internacionales en la reforma constitucional del '94	38
3.3 Jerarquía de los tratados internacionales después de la reforma constitucional del '94	55

3.3.1. El Ministerio Fiscal	58
3.4 Corte Suprema de Justicia de la Nación y su recepción del art. 8 de la CADH y 14 del PIDCP.	59
Capítulo 4: <u>Impacto de los tratados de Derechos Humanos en el Derecho Procesal Penal</u>	
4. Impacto de los tratados de Derechos Humanos en el Derecho Procesal Penal...	65
4.1 Puntos de conflicto entre el articulado del art. 8 de la CADH y del art 14 del PIDCP y lo estatuido por el Código Procesal Penal Argentino y el Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero.....	69
4.1.1 Caso “Maqueda”	74
4.2 Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad	77
4.2.1 Inconstitucionalidad	77
4.2.2 Inconvencionalidad	81
Capítulo 5: <u>Límites al abuso del Poder Penal del Estado</u>	
5. Límites al abuso del Poder Penal del Estado	84
5.1 Garantías Judiciales del art. 8 de la CADH y del art 14 del PIDCP y los límites establecidos al abuso del poder penal del Estado, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano	89
5.1.1 Garantías Judiciales	90

* Derecho de ser oído	90
* Plazo razonable	93
* Derecho a un juez competente	97
* Juicio previo	101
* Principio de inocencia	104
In dubio pro reo	107
Onus probando	109
* Derecho a la igualdad en el proceso	112
* Derecho a un traductor	116
* Derecho a la información previa y detallada de la acusación	118
* Derecho al tiempo y a los medios para preparar la defensa	120
* Derecho a la defensa en juicio	122
* Derecho de interrogar a testigos y peritos	128
* Derecho de incoercibilidad del imputado	134
Derecho a no ser obligado a declarar en su contra	135
Derecho a conocer sus derechos	136
Derecho a no declarar	137
Declaración obligatoria	138
Prohibición de engañar al inculgado	139
* Derecho a recurrir fallo condenatorio	140

* Confesión válida	150
* Principio non bis in ídem	152
* Derecho a un juicio público	155
5.2 Cambios de criterios en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el compromiso internacional	161

Capítulo 6: Conclusión

6. Conclusión	167
---------------------	-----

Capítulo 7: Doctrina – Jurisprudencia y Legislación

7.1 Doctrina	171
7.2 Jurisprudencia	172
7.3 Legislación	175

Capítulo 1: Introducción

1.1 Introducción

1.2 Antecedentes argentinos sobre pactos y convenciones internacionales

Capítulo 1: Introducción

1.1 Introducción

Los derechos individuales de los argentinos están contenidos en la primera parte de la Constitución Nacional (en adelante: CN), en los capítulos I y II en donde se establecen las declaraciones, derechos y garantías, resultando de interés para el presente Trabajo Final de Grado, los artículos 5, 18, 19, 31, 33 y 75 Inc. 22.

En los primeros, están contenidos los derechos y garantías originales consagrados en la CN; mientras que en el 75, Inc. 22¹, mediante la reforma constitucional del año 1994, se otorga jerarquía constitucional a una serie de diez de instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos humanos, a los que se debe entender como complementario de los derechos y garantías reconocidos.

Cabe recordar que estas garantías constituyen un marco que tutela y asegura que los individuos puedan gozar y ejercer los derechos que le confiere la propia CN y solo pueden ser invocadas frente al Estado; mientras que los derechos pueden ser ejercidos erga omnes. (Jauchen, 2005).

En este contexto, el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante: CADH) y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en

¹ Constitución Nacional, Art. 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

adelante: PIDCP) consagran un conjunto de garantías que deben observarse en las distintas instancias del proceso penal.

Es necesario tener en cuenta además, que el proceso y el derecho penal son el reflejo del conjunto de principios y valores de una sociedad que se exterioriza en su modelo político y social, y que, además, influye directamente en el plexo legal penal, de allí que el concepto de delito, su pena y el proceso penal estarán supeditado a tres cuestiones: 1) el rol que esa sociedad le asigna al Estado, 2) el valor que le reconoce al individuo, y 3) la regulación de la relación entre ambos. (Cafferata Nores, 2000).

La historia del derecho, en este contexto, nos muestra que el procedimiento del ciudadano perseguido por la supuesta comisión de un delito ha variado sustancialmente, modificándose el trato que recibía y el ejercicio de sus derechos.

De este modo, en la antigua Grecia, al igual que en Roma, imperó un sistema acusatorio de enjuiciamiento en donde le estaba vedado al tribunal impulsar la acción de oficio y el imputado gozaba de todos sus derechos en una posición de igualdad con su acusador, lo que le posibilitaba su defensa.

Luego, en la Europa del Siglo XIII y hasta fines del S. XVI se conjugó el poder de la Iglesia Católica y su Derecho Canónico, con el de las nacientes monarquías absolutas como resultado de la nueva –por entonces- organización política, lo que derivó en la implementación de un sistema de persecución penal inquisitivo como producto del cambio histórico que se produjo en todas las instituciones de la sociedad.

Este nuevo modelo penal formaba parte de las estrategias de dominación política que las adoptó como instrumento de protección de su poder y de intimidación de todo aquel que se opusiera. (Jauchen 2005).

En este sistema inquisitivo, el inquisidor, que pertenecía al poder dominante, reunía en él las funciones de legislar, administrar la justicia, investigar y juzgar, iniciando de oficio, la mayoría de las veces, su persecución penal por simples denuncias anónimas. El acusado, era un mero objeto de persecución, sin posibilidad de ejercer su derecho a defensa.

En este sistema, la confesión era la prueba que acreditaba la imputación y condena, por eso, para obtenerla, se legitimó los métodos más crueles e inhumanos de tortura.

El Iluminismo y la Revolución Francesa de 1789 constituyeron la respuesta a este perverso sistema, generando la idea de una república representativa que se expande por la Europa continental de la mano de las conquistas napoleónicas.

Es en este contexto cuando se dicta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que consagra que ningún hombre puede ser acusado, arrestado, ni detenido, sino en casos determinados por la ley y con las formalidades prescriptas en ella. El imputado, luego de siglos de torturas, persecución y muerte, recupera su condición plena de sujeto de derecho.

Sin embargo, el procedimiento penal implementado en Europa continental, es un sistema mixto con claros resabios de la Inquisición. Entonces, la historia nos muestra la existencia de dos modelos: el “inquisitivo” y el “acusatorio”; el primero relacionado a la primacía del Estado y el segundo a la preminencia del individuo. Una síntesis de ambos, es el proceso penal “mixto” o “inquisitivo mitigado”.

De todos modos, es necesario tener en cuenta que los modelos inquisitivo y acusatorio representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura, al estar imbuidos por su escala de valores en un determinado lapso de tiempo. (Caferatta Nores, 2000)

En este sentido, una sociedad organizada políticamente bajo el principio *salus pública suprema lex est*², genera un sistema y un proceso penal que castigará la mera apariencia de delito por considerarla lesiva a la autoridad del Estado. Al ciudadano se le exige que no solo sea honesto, sino que también lo parezca, de allí que la sola acusación es presunción de culpabilidad. (Caferatta Nores, 2000).

² *Salus pública suprema lex est*: “El bien del pueblo sea la suprema ley”. Frase que pronunciaban los romanos cuando la República se hallaba amenazada de un grave peligro. Indica que todas las prescripciones legales han de subordinarse al bien de la patria. Parece estar tomada del libro De Legibus III de Cicerón. Frecuentemente se la emplea para significar que el interés colectivo debe informar toda disposición legal con preferencia a los intereses individuales.

Está lógica es utilizada en institutos como la prisión preventiva, aunque en el modelo inquisitivo subyace la premisa que contempla a la búsqueda de la verdad, como pretexto para disfrazar el castigo con investigación y avanzar hacia un condena que no importa que sea justa, sino ejemplificadora.

Como contraposición, el modelo acusatorio pone al individuo en el centro y concibe al Estado como instrumento de organización al servicio de aquel, que haga respetar sus derechos y por lo tanto, el proceso penal que, con una concepción humanista, reserva la pena solo para quien se haya probado su culpabilidad.

Ahora bien, el actual sistema procesal penal de nuestro país es mixto, pero ello no quita que estas dos expresiones, de una u otra forma, se manifiesten más o menos encubiertos, por eso es necesario conocer la diferencia entre ellos, ya que estos definen la relación Estado – Ciudadanos, es decir, entre el poder penal y las garantías individuales concebidas como límites³. (Cafferata Nores, 2.000).

Es en este contexto, en el que las garantías judiciales establecidas en el art. 8 de la CADH y el 14 del PIDCP impactan en el proceso penal, actuando como límite del Poder Penal del Estado y otorgando beneficios de garantía de justo proceso al imputado, por cuanto instituye de manera especial y particular, las garantías establecidas de manera genérica en la CN, en los art. 18 y 33.

En efecto, el art. 18⁴ constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder y aun ante los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de

³ “Por eso es necesario y útil darse cuenta que la diferencia esencial entre estos paradigmas opuestos radica en el modo en que define cada uno la relación entre el Estado y los ciudadanos, en la forma en que cada uno resuelve la tensión entre el poder penal reconocido a aquél, y las garantías individuales concebidas como límites a ese poder (concepción propia del Estado de derecho)”. (Cafferata Nores, José I., 2.000).

⁴ Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. 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. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

la acción delictiva (Gelli, 2003), la interpretación clásica de este artículo en la doctrina es evitar la obtención de confesiones mediante torturas y apremios, o que se planten pruebas, o bien la persecución política de los gobiernos de turno.

El artículo establece garantías procesales poniendo límites al poder penal del Estado y a los instrumentos incorporados al proceso penal. Este límite establece que las pruebas obtenidas por medio de confesiones logradas por torturas y apremios ilegales; por violación de domicilio o de la correspondencia epistolar o papeles privados, son inadmisibles.

Asimismo, es de tener en cuenta la llamada “Teoría del Fruto del árbol venenoso”⁵, que se refiere a la utilización de pruebas lograda con medios o métodos lícitos, pero cuya obtención se basa en pruebas conseguidas ilícitamente, como es el caso de secuestro de elementos no alcanzados por una orden de allanamiento que luego es utilizado para fundamentar la demanda.

En consecuencia, los elementos de prueba obtenidos ilegalmente en violación de las formas procesales para su producción, no pueden ser valorados; de modo que el órgano jurisdiccional no podrá basar ninguna de sus decisiones en una prueba viciada por esas razones, debiendo prescindir por completo de la misma. El fundamento se basa en la razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento, elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima, inobservando las mismas normas por él predispuestas.

⁵ “Fruit of the poisonous tree doctrine”. Es una metáfora legal que hace referencia a la prueba o información obtenida ilegalmente en el marco de un medio o método lícito. Significa: si la fuente de la prueba (el “árbol”) se corrompe, entonces cualquier cosa que se gana de él (el “fruto”) también se corrompe; por ello, por lo general, este tipo de prueba no es admisible. Esta doctrina proviene del caso *Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos* de 1920.5 y “*Nardone*” de 1939. En Argentina fue aceptada en los casos: C.S.J.N., “*Montenegro, Luciano Bernardino*”, 10/12/81, Fallos 303:1938, JA 1982-IV-368, LL1982-D-225; y C.S.J.N., “*Fiorentino, Diego*”, 27/11/84: “...La incautación del cuerpo del delito no es entonces sino el fruto de un procedimiento ilegítimo, y reconocer su idoneidad para sustentar la condena equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales...”. Fallos 306:1752, JA 1985-11-108, LL 1985 - A-159. Aunque el origen se remonta al texto bíblico: “Así, todo buen árbol da buenos frutos, pero el árbol malo da frutos malos. No puede el buen árbol dar malos frutos, ni el árbol malo dar frutos buenos. Todo árbol que no da buen fruto, es cortado y echado en el fuego. Así que por sus frutos los conoceréis.” Mateo 7:17-20; “Si el árbol es bueno, su fruto es bueno; si el árbol es malo, su fruto es malo, porque por el fruto se conoce el árbol.” Mateo 12:33.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante: C.S.J.N.) al pronunciarse en la causa “Santillán, Francisco A.”, se refiere a estas garantías de art. 18 CN señalando su necesaria observancia para cumplir con las formas sustanciales del juicio (acusación, defensa, prueba y sentencia), además que el principio de bilateralidad debe reglamentar el proceso criminal⁶; mientras que los derechos del querellante se encuentran amparados por el debido proceso, para mantener la acusación⁷, aspecto contemplado, también, en el art 8.1 de la CADH y el 14.1 del PIDCP.

Es de destacar también que la primera frase del artículo, constituye una especie de principio de legalidad, establecido en el artículo 19 de la CN, al instituir que nadie puede ser penado sin juicio fundado en ley previa.

Pero fundamentalmente, es en el caso “Siri”, en donde se observa la determinación histórica de la defensa de las garantías constitucionales que ejerce la C.S.J.N. y que constituye un claro antecedente de lo que luego significaría la incorporación de las garantías estatuidas en los instrumentos internacionales con rango constitucional, como instrumento de protección del ciudadano, contra el abuso del poder penal del Estado.

Los hechos en este caso se originan cuando el diario "Mercedes", propiedad de Ángel Siri, fue clausurado a comienzos de 1956, por lo que denuncian que se vulneraba la

⁶ C.S.J.N., Sentencia “Santillán, Francisco A.”, Fallos 321:2021, del 13 de agosto de 1998: “Que esta Corte, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (doctrina de Fallos: 234:270). (Consid. 9)

⁷ *Ibidem*: “Que si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querellante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2°). Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8°, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. (Consider. 11)

libertad de imprenta y de trabajo que consagran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional.

El alto Tribunal sentenció que en la causa se encontraba acreditada la restricción denunciada, lo que bastaba para que los jueces reestablezcan las garantías constitucionales, que existen y protegen a los ciudadanos por el solo hecho de estar consagradas en la CN⁸.

Pero indica, además, que los preceptos constitucionales reclaman y exigen el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho, e imponen a los jueces el deber de asegurarlas⁹.

1.2. Antecedentes argentinos sobre pactos y convenciones internacionales

El Estado Argentino ha formado parte desde su primera hora, de los movimientos humanísticos posteriores a la Segunda Guerra Mundial por ello ha votado, en 1948, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁸ C.S.J.N., "Siri", del 27 de diciembre de 1957: "El escrito de fs. 1 sólo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción.

Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer "en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación", como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las «declaraciones, derechos y garantías», simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" ("Manual de la Constitución argentina", en "Obras completas", vol. 3, Buenos Aires, 1935, núm. 82; confr., además, núms. 89 y 90)".

⁹ *Ibídem*: "Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (Fallos, t. 168, p. 15; t. 169, p. 103 y los posteriores). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas". (consid. finales)

Además, con el retorno a la democracia y el Estado de Derecho, luego de la última dictadura cívico militar, en 1984, el Estado se hizo parte de la CADH, a través de la ley 23.054 y en 1986, del PIDCP, por medio de la ley 23.313.

Luego, en la reforma constitucional de 1994, se produjo la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, por virtud del art. 75, inc. 22. Desde entonces la jurisprudencia tomó en consideración las garantías procesales establecidas en tales instrumentos, reconociéndoles una jerarquía similar a la de las normas de la propia Constitución, aunque no forman parte de ella.

En este marco, si repasamos la historia Argentina, podremos observar que la incorporación de derechos universales del hombre en la CN, no es un aspecto desconocido o nuevo para el Estado nacional, en materia de Derecho Procesal penal.

De este modo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, legada a la humanidad por la revolución Francesa tuvo una clara influencia en nuestra historia constitucional, transmitiendo sus preceptos. Esto se verifica en el Decreto de Seguridad Individual de 1811, en los reglamentos surgidos de la Asamblea de 1813, en las Constituciones de 1819 y 1826; es más, algunas de sus fórmulas de salvaguarda de las libertades públicas siguen intactas en la parte dogmática de la constitución vigente desde 1853¹⁰. Otro ejemplo más es la idéntica redacción de la parte final del art. 18 CN, y el art. 9° de la Declaración en cuanto a que la detención de las personas es para seguridad y no para castigo y que todo abuso en este sentido, debe ser sancionado por la Ley.

En consecuencia, la historia muestra que la CN, desde su génesis, se ha nutrido de fuentes universales y no sólo de fuentes nacionales como la de Estados Unidos, tomada como modelo en 1853 (ésta, a su vez, provenía de la inglesa), para conformar el catálogo de garantías procesales penales contenido en su parte dogmática.

¹⁰ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789: “Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella... (Artículo 7°). “La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. (Artículo 8°).

Capítulo 2: Documentos Internacionales

2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos – antecedentes

2.2 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos – antecedentes

2.3 Garantías judiciales incorporadas a la Constitución Nacional por el texto del art.
8 de la CADH

2.4 Garantías judiciales incorporadas a la Constitución Nacional por el texto del art.
14 del PIDCP.

Capítulo 2: Documentos Internacionales

Nuestro país integró a la CN los instrumentos enumerados por el art. 75, inc. 22, los que producen un “impacto” en el Derecho interno, específicamente el Derecho Procesal Penal, a raíz del control internacional al que se somete el Estado, por el hecho de reconocer la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH), como instancia final de revisión.

Es de tener en cuenta que la CADH forma parte del sistema interamericano de derechos humanos, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (en adelante: OEA), basados en la Carta de la OEA, pero fundamentalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por su parte, el PIDCP está integrado al sistema internacional de derechos humanos, en el marco universal de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante UN) y basado en la Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, y en especial, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante: DUDH).

Pero ambos documentos tienen una génesis universal común, por cuanto el plexo universal de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en el que fueron apareciendo en el devenir de la historia, por ello, al referirse a ellos, se lo hace señalando que se trata de tres “generaciones” de derechos. La primera generación es la de derechos civiles y políticos de la Revolución Francesa; los de la segunda generación son los derechos sociales, económicos y culturales y los de tercera generación incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, entre otros y se denominan “derechos colectivos”. (Bidart Campos, 1997).

Otro aspecto importante en la evolución histórica sobre los derechos humanos, es el cambio producido en el ámbito del Derecho Internacional, por cuanto éste, se ocupaba históricamente de las obligaciones asumidas entre Estados a través de tratados, sin embargo a fines del Siglo XIX y fundamentalmente a partir de la Carta de la UN sobre derechos

humanos¹¹, se produce una inflexión, en la cual los individuos, entendidos como personas humanas, pasan a ser beneficiarios de un número importante de normas.

A partir de este momento se internacionalizó la problemática de la defensa de los derechos humanos, porque los Estados partes comenzaron a reconocerlos, dejando de este modo de ser una cuestión reservada a la exclusiva jurisdicción doméstica de los países y por lo tanto, el principio de no intervención perdió capacidad de bloqueo ante este nuevo panorama jurídico internacional, claro está, que este fue un proceso gradual.

Estos instrumentos comparten con el derecho procesal penal la idea de establecer límites al abuso de poder penal del Estado, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano. Ahora bien, estos tratados internacionales nacen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y son la respuesta lógica y universal al horror creado por determinados regímenes políticos totalitarios que condujeron a esa conflagración ecuménica y al holocausto.

A esta reacción ecuménica se suma a la propia experiencia del pueblo argentino tras el último golpe cívico-militar, en donde, de manera sistemática, fueron violados los más elementales derechos del hombre, entre ellos, el derecho a la vida. Torturas, detenciones ilegales ejecutadas por mera presunción o denuncia anónima, entre otras restricciones de derechos, fueron sistematizadas en ese tiempo; por eso aparece como lógica, que la reforma constitucional del '94, incorpore los instrumentos internacionales de derechos humanos en nuestra Carta Magna.

¹¹ UN, Carta sobre Derechos Humanos, 26 de junio de 1945: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;” (Art. 1.3). “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”. (Art. 55). “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”. (Art. 56)

Este aspecto de terrorismo de estado autóctono, fue puesto en evidencia pública durante las sesiones de la Honorable Convención Constituyente de 1994, por Alicia Oliveira, representante de Capital Federal y miembro del Bloque del Frente Grande, quien al hacer uso de la palabra para referirse a la incorporación de los instrumentos internacionales del art. 75 inc. 22, recordó que no sólo los hechos del pasado europeo nos llevan a tomar esta decisión de política constitucional, que “tiene como fuente inmediata los delitos atroces y aberrantes cometidos por las dictaduras militares en la República Argentina, especialmente por la última. Asesinados, desaparecidos, torturados, presos, exiliados y niños separados de sus padres, se convierten en conciencia histórica que nos lleva a proponer dar jerarquía constitucional al sistema internacional de los derechos humanos”. (Libro de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1994 – págs.. 2861/2)

Lo investigado por la CIDH así como por los organismos nacionales y regionales de derechos humanos sirvió de base para la actividad de la CONADEP, creada por decreto del entonces presidente de la Nación, doctor Raúl Alfonsín. Todo esto sirvió a su vez para colectar gran parte de la prueba que fundara la condena de las juntas militares.

Esta historia quedó condensada en la frase "Nunca más", y para asegurar ese nunca más debemos dar jerarquía constitucional a los principios jus humanitarios.

Una cuestión histórica a tener en cuenta en este proceso evolutivo de la defensa de los derechos del hombre en nuestro país, es que la Constitución Argentina, antes de la reforma del '94 ya establecía reglas muy claras sobre derechos de las personas en su artículo 18¹², instituyendo el debido proceso penal, es decir, un conjunto de garantías imprescindibles que protegen los derechos subjetivos de la parte perseguida por la supuesta

¹² CN: Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. 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. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

comisión de un delito penal, a fin de que no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.

En definitiva, entre otros, indica que una persona para ser condenada debe preexistir una ley vigente al respecto; la actuación de un juez natural y el derecho de defensa; fundamentado todo en un principio básico de inocencia. Por lo tanto, los derechos elementales de un derecho penal liberal funcionaban en plenitud en la Constitución de 1853-1860. (De la Rúa, 2005).

Es por ello que este artículo es conocido como el “de las garantías” porque en él se establecen las normas y principios fundamentales para preservar la libertad y la seguridad de las personas, consolidando la dignidad del hombre.

Queda en evidencia, entonces, que la incorporación de estos instrumentos internacionales complementan las garantías judiciales, en el sentido de que prescriben taxativamente, principios que hasta ese momento se encontraban solo de manera genérica y por lo tanto estaban al entender del juez que atiende la causa en cuestión, aspecto que se modifica sustancialmente, luego de la reforma constitucional del '94.

2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Antecedentes

La CADH fue escrita y suscrita por los delegados de los Estados Miembros de la OEA, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969. Entró en vigencia el 18 de julio de 1978 y es obligatoria para los veinticinco Estados latinoamericanos que lo ratificaron o que adhirieron, entre ellos, la República Argentina que la ratificó mediante la Ley N° 23.054 del 01 de marzo de 1984.

La génesis de este tratado es una reunión de países americanos celebrada en México a fines de la Segunda Guerra Mundial, en donde la temática de los derechos humanos se observó como una necesidad. De este encuentro, surgió la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en el seno de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948.

Tras la aprobación de la CADH, los Estados Miembros de la OEA crearon dos órganos con jurisdicción para conocer las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Comisión IDH), que entró en vigencia en 1960 y la Corte IDH, en 1979, luego de que entrara en vigencia la Convención y con sede en San José de Costa Rica.

Las funciones de la Comisión IDH están establecidas en el art. 41¹³ de la CADH, en donde se indica que lo principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos; formular recomendaciones al respecto; preparar estudios e informes sobre su accionar; solicitar informes a los Estados Partes; y atender consultas de Estados Partes a través de la Secretaría General de la OEA, entre otros.

Pero a los efectos del presente TFG, la función más importante está estipulada a partir del artículo 44¹⁴, en donde se indica que la Comisión IDH tiene competencia para recibir denuncias sobre violaciones a lo establecido en la CADH; aspecto que debe ser tenido en cuenta por los Estados Partes¹⁵. Este organismo, también está facultado para promover soluciones amistosas¹⁶; y someter la cuestión a la Corte IDH¹⁷.

¹³ CADH. Art. 41: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.

¹⁴ Ibidem. Art. 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

¹⁵ Ibidem. Art. 45: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha

Por su parte, la competencia de la Corte IDH está limitada a los casos presentados sólo por los Estados Partes y la Comisión IDH, en tanto y en cuanto hayan agotado la vía de una solución amistosa¹⁸; y habrá que tener en cuenta además, que los Estados Partes hayan aceptado la jurisdicción internacional¹⁹. En sus sentencias, ante violaciones al articulado de la CADH, tiene facultad para imponer que se garantice los derechos conculcados y en casos de urgencia, disponer medidas provisionales²⁰.

incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención. 2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración. 3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos. 4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización”.

¹⁶ Ibidem. Art. 49: “Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible”.

¹⁷ Ibidem. Art. 51: “1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. 2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. 3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe”.

¹⁸ Ibidem. Art. 61: “1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”.

¹⁹ Ibidem. Art. 62: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

²⁰ Ibidem. Art. 63: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Los fallos de la Corte IDH son definitivos e inapelables²¹, por ello es la última revisora de lo estatuido en la Convención; y los Estados Partes se comprometen a aceptarlos²². Pero más allá de esta competencia en casos contenciosos, este Tribunal tiene un rol consultivo, en el marco del artículo 64, actividad que no es vinculante, por lo tanto se lo considera como función asesora acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

La Corte IDH, al expedirse en su Opinión Consultiva 2/82, señala que la CADH consolida en el continente, en un marco democrático, un régimen de libertad personal y justicia social, basado en los derechos fundamentales de hombre, los que no nacen por ser de determinada nacionalidad, sino que se basan en los atributos de la persona humana, hecho que justifica una protección internacional complementaria del derecho interno²³.

Expresa, además, que fue diseñada para proteger derechos fundamentales del hombre sin tener en cuenta de qué nacionalidad es; que puede ser esgrimida ante su propio Estado o ante cualquier otro y que se trata de un marco jurídico que compromete a los Estados a no violar los derechos humanos²⁴. Estos conceptos, son vertidos en consonancia con la declaración de apertura de la Convención, preámbulo en el que expresa las generalidades y enumera los fines generales de la CADH.

²¹ *Ibidem*: Art. 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

²² *Ibidem*. Art. 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva 2/82 del 24 de septiembre de 1982: “Tales pareceres acerca del carácter especial de los tratados humanitarios y las consecuencias que de ellos se derivan, se aplican aun con mayor razón a la Convención Americana, cuyo Preámbulo, en sus dos primeros párrafos, establece: Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. (consid. 31)

²⁴ *Ibidem*: “Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”. (consid. 33)

En el sistema de protección de la CADH, merecen destacarse el catálogo de derechos civiles y políticos, además de las garantías establecidas, a las que los Estados Partes deben adecuarse, compromiso explicitado en el propio articulado de la Convención, la que también expresa una definición clara sobre persona²⁵, indicando que se trata de todo ser humano, sin ningún tipo de restricción ni exclusión.

2.2 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos – antecedentes

El PIDCP, fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la UN, el 16 de diciembre de 1966, pero recién entró en vigencia el 23 de marzo de 1976²⁶, cuando se alcanzó el número de Estados necesarios para darle conformidad.

Este tratado multilateral fue aprobado junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la DUDH, conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Su génesis es el proceso de la DUDH, pero como esta declaración no impone obligaciones vinculantes, la Comisión de Derechos Humanos de la UN, acordó la redacción de estos pactos con el fin de establecer obligaciones a los Estados Miembros. Pero fue la Carta sobre Derechos Humanos de la UN la que inició formalmente el camino en el ámbito internacional, colocando en el centro al ser humano y no a los Estados.

²⁵ CADH. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

²⁶ PIDCP: Artículo 49: “1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión”.

Es de destacar, que en la estructura del PIDCP, los Estados asumen obligaciones generales al incorporarse al Pacto²⁷, para garantizar los derechos reconocidos en él, a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción, comprometiéndose además, a dictar leyes en este sentido; a reconocer a toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, la posibilidad cierta de interponer los recursos necesarios y efectivos; y que las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

A su vez, los Pactos de Nueva York extendieron el catálogo de derechos humanos enunciando más derechos que la DUDH, entre ellos, el de buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país, a que se reconozca la nacionalidad de las personas y a la propiedad individual; y además, sentaron las bases normativas de los órganos de control y aplicación de sus disposiciones, como el Comité de Derechos Humanos, integrado por expertos independientes que supervisan la aplicación del PIDCP por sus Estados Partes.

Este órgano se reúne en Ginebra o en Nueva York en tres sesiones al año, examina cada informe de cada Estado Parte y realiza una devolución expresando sus preocupaciones y recomendaciones en forma de “observaciones finales”; también examina las denuncias entre los Estados. Además, el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo.

²⁷ PIDCP: Artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

2.3 Garantías judiciales incorporadas a la Constitución Nacional por el texto del art. 8 de la CADH

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

2.4 Garantías judiciales incorporadas a la Constitución Nacional por el texto del art. 14 del PIDCP

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Capítulo 3: Convenciones - pactos internacionales **y la jerarquía constitucional**

3 Convenciones y pactos internacionales

3.1 Jerarquía de los tratados internacionales antes de la reforma constitucional del '94

3.1.1 Los casos “Siri” y Kot”

3.2 Tratados internacionales en la reforma constitucional del '94

3.3 Jerarquía de los tratados internacionales después de la reforma constitucional del '94

3.3.1 El Ministerio Público

3.4 Corte Suprema de Justicia de la Nación y su recepción del art. 8 de la CADH y 14 del PIDCP

Capítulo 3: Convenciones - pactos internacionales y la jerarquía constitucional

3. Convenciones y pactos internacionales

Nuestro país participó desde la primera hora en el proceso humanista global surgido luego de la segunda guerra mundial, tendientes a evitar que se generen nuevas situaciones de horror de regímenes políticos totalitarios que condujeron a esa conflagración ecuménica y al holocausto. De este modo, recibió la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la CADH (ley 23.054 - 1984) y el PIDCP (ley 23.313 - 1986).

En concordancia con ello, se terminó con el aislamiento con la comunidad internacional y se suscribieron numerosos tratados sobre la materia, entre ellos: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, ratificada por ley 23.179 sancionada el 08/05/1985; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por ley 23.313 sancionada el 17/04/1986; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por ley 23.338 sancionada el 30/07/1986; la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.849 sancionada el 27/09/1990. Anteriormente, ya se había suscripto y se encontraban vigentes la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio desde 1958; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ratificada en 1968.

3.1 Jerarquía de los tratados internacionales antes de la reforma constitucional del '94

En este contexto, un aspecto que se debe tener en cuenta en el devenir histórico, es determinar el origen de la incorporación formal de los derechos humanos en las constituciones modernas. En este camino se distinguen dos aspectos: a) fuente ideológica; b) fuente formales. Con respecto a lo primero, es el derecho natural a través de todas sus vertientes: greco-románica, cristiana, racionalista, liberal, y con mayor proximidad histórica, hispano-indiana, norteamericana y francesa. Con respecto a la fuente formal, son los textos históricos que aparecen y en donde se declaran los derechos y que derivan de las

colonias inglesas de Norteamérica y de los Estados Unidos; de lo que se desprende que la filiación de la forma legal de la declaración es americana y no francesa, por cuanto precede a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la revolución de 1789. (Bidart Campos, 1997).

Por su parte, nuestra CN histórica de 1853-1860, aun antes de la reforma de 1957 - oportunidad en la que se incorporó el art. 14 bis con un eje claro de derechos sociales-, y de la de 1994, ya estaba imbuida del llamado constitucionalismo social, por ello era susceptible de interpretar e integrar el tenor de sus contenidos, en el marco de la evolución y valoración cronológica y progresiva, en las que su fuente ideológica tenía la capacidad de absorber los valores, principios y derechos, con la cosmovisión del constituyente originario, de hace más de 150 años. (Bidart Campos, 1997).

3.1.1 Casos “Siri” y “Kot”

En este período, previo a la reforma constitucional del ‘94, sentaron precedente los fallos “Siri” (1957) y “Kot” (1958), por cuanto materializan en sentencias dictadas por la C.S.J.N., ese espíritu de la CN histórica de 1853-1860, que valora los principios de la defensa irrestricta de las garantías individuales.

En el caso “Siri”, el actor (Ángel Siri) era director y propietario del diario “Mercedes”, en la ciudad del mismo nombre en la Provincia de Buenos Aires que había sido clausurado por la Policía provincial; la causa llegó hasta el Máximo Tribunal para que éste disponga la reapertura del periódico. En su análisis, los Ministros comprobaron que la medida se había dictado sin justificación y que la base fáctica en la que se basaba la denegatoria de las instancias inferiores estaba errada, sin orden de autoridad competente, ni hecho que la justifique²⁸; y ante ello, esgrimieron que bastaba solo esta comprobación para

²⁸ C.S.J.N., sentencia “Siri”, del 27 de diciembre de 1957: “Que, por otra parte, en sus diversos escritos el compareciente no ha dicho que interponía un recurso de hábeas corpus -como lo hace notar, además en el escrito de fs.40-, por lo que es erróneo el único fundamento de la sentencia denegatoria de fs.33, confirmada con el mismo fundamento por la Cámara de Apelación (fs. 43), que da origen a este recurso. El escrito de fs.1 solo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Const. Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción. (consid. 8)

que se reestablezca la reapertura del diario, sin que los jueces requieran de una ley reglamentaria para hacer operativas las garantías individuales consagradas en la CN²⁹.

Pero la C.S.J.N. reconoce, además, que es la primera vez que se expide sobre este tema; que se aparta de la doctrina tradicional en su sentencia y asevera que los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país, reclaman de hecho el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas³⁰; y basándose en ese principio admitió la acción. Para la doctrina, ésta la génesis del instituto procesal del amparo, aunque ese nombre no fue formulado por el actor ni se alude a él en este fallo del Máximo Tribunal argentino.

Por su parte, el caso “Kot”, da comienzo con la denuncia interpuesta por Samuel Kot, uno de los socios propietarios de una fábrica textil (Samuel Kot SRL) que había sido tomada por sus empleados como consecuencia de un conflicto laboral. Luego de intentar una denuncia por usurpación que terminó con el sobreseimiento de los empleados, interpuso un “recurso de amparo” invocando la afectación de las garantías a la libertad de trabajo -art. 14-; a la propiedad -art 17-; a la libre actividad -art. 19-, de la Constitución Nacional. La C.S.J.N. acogió la vía del amparo para proteger -bajo el nombre de derechos humanos- a derechos cuyo titular era una sociedad de responsabilidad limitada.

²⁹ *Ibidem*. “Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente; las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales solo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, con dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: ‘No son, como puede creerse, las “declaraciones, derechos y garantías”, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la Nación Argentina’. (Manual de la Constitución Argentina, en “Obras completas”, vol. III, Bs. As., 1935, n° 82; cfr., además n° 89 y 90). (Consid. 9)

³⁰ *Ibidem*: “Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus. (Fallos, 168:15; 169:103 y los posteriores). Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”. (consid. 10)

La Corte atendió el planteo ampliando la jurisprudencia amparista que había proclamado en “Siri”³¹, aclarando que si bien en aquella oportunidad la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional, señalado que no hay nada en la letra ni en el espíritu de la CN que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad³². Admitiendo, además, que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual, en clara referencia a los derechos no enumerados del art. 33 de la CN, afirmando que el hábeas corpus y el recurso de amparo protegen fundamentalmente, no el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos y que las garantías no atienden unilateralmente a los agresores, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales³³.

³¹ C.S.J.N., sentencia “Kot” del 5 de septiembre de 1958: “Que, ante todo, corresponde apartar el fundamento expresado por el tribunal a quo para desechar la pretensión del interesado. Este no dedujo recurso de hábeas corpus, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege a la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución. Esta Corte lo ha declarado así en la sentencia de fecha 27 de diciembre del año ppdo., en la causa “Siri, Angel’ (Fallos, 239:459), con fundamentos que se dan aquí por reproducidos en todo lo pertinente”. (consid. 1)

³² Ibidem: “Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron su inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerme no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la Ley Suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada -que es, desde luego, la del hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.- por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo”. (consid. 3)

³³ Ibidem: “La misma amplitud corresponde reconocer al recurso de amparo, que esta Corte, en el precedente antes mencionado (Fallos, 239:459), extrajo de la sabia norma del art. 33 de la Constitución. Sin una reserva que, expresa o implícitamente, emane de los preceptos constitucionales y que imponga una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia es la que mejor consulta los grandes objetivos de la

La C.S.J.N. en su fallo, reconoce también que el amparo forma parte de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, para proteger a la persona de los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley³⁴. En este contexto, indica además que ante una clara restricción de algún derecho esencial de las personas y para evitar un grave daño irreparable, los jueces deben restablecer de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo, desechando los procedimientos ordinarios, sino se podría inferir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud; conclusión errónea que no puede ser admitida³⁵.

En síntesis, los fallos de la C.S.J.N. en los casos “Siri” y “Kot”, dejan en claro que nuestra CN, aun antes de la reforma del '94, era susceptible de integrar los conceptos del creciente constitucionalismo social y por ello tenía la capacidad de proteger los derechos humanos, por cuanto su fuente ideológica, el derecho natural tenía la potencialidad suficiente para absorber los valores, principios y derechos de la entonces actual fuente formal, derivada del derecho internacional de derechos humanos. Una cuestión más, en el

Ley Suprema y las genuinas finalidades de aquellas garantías. Lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes ‘los beneficios de la libertad’, y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos”. (consid. 7)

³⁴ Ibídem: “En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de diciembre de 1948, establece en su art. 8º: ‘Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley’”. (consid. 8).

³⁵ Ibídem: “Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia –lo mismo que en muchas cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que correspondan resolver de acuerdo a los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la Nación”. (consid. 9)

caso “Kot”, la Corte acogió la vía del amparo para proteger no a una persona física, sino por primera vez, los derechos cuyo titular era una sociedad de responsabilidad limitada.

Ahora bien, el texto del art. 31³⁶ de la CN contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico: el de Supremacía Constitucional y el de Jerarquía de las fuentes de derecho en el país. (Gelli 2003. P.284). Establece la jerarquía normativa que, en la evolución histórica en nuestro país, tiene dos etapas bien definidas al respecto, la primera antes de la reforma de la CN de 1994, en donde se aplicaba de manera literal el orden de prelación establecido en el anterior art. 31 de la CN, cuyo orden era: Constitución – leyes internas – Tratados internacionales; es decir que existía supremacía de la Constitución y las leyes por sobre los Tratados internacionales, además de la necesidad del dictado de una ley para la incorporación del tratado al derecho interno vigente.

Esta interpretación basada en el art. 31 de la CN, antes de la reforma del '94, toma luego una segunda interpretación en concordancia con el viejo art. 27³⁷, de donde se desprende el orden de prelación que permite interpretar que los tratados están por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes, y de todo el resto del derecho interno. Este principio implica el abandono de la jurisprudencia de la Corte Suprema vigente hasta 1992, que no reconocía el rango supralegal de los tratados. (Bidart Campos, 1997).

Justamente, la C.S.J.N. en el año 1992, en el caso “Ekmekdjian, c. Sofovich³⁸”, sobre derecho de réplica, afirmó que la Convención de Viena había modificado la jerarquía legal

³⁶ CN. Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

³⁷ *Ibidem*. Art.27. “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

³⁸ C.S.J.N., sentencia “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992: “Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados --aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980-- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en

en el ordenamiento jurídico interno y que ya no existía fundamento normativo que brinde supremacía a la ley sobre los tratados; reiterando la obligación de aplicar lo estatuido en los tratados e indicando que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente³⁹. La Corte al abordar este caso de tratados internacionales dentro de nuestro derecho interno, puntualizó además, pautas que guardan conexión con la omisión inconstitucional⁴⁰.

3.2 Tratados internacionales en la reforma constitucional del '94

Es de destacar entonces, que la necesidad de reformar la Constitución Nacional era una realidad en todos los ámbitos del país desde el retorno a la democracia, el 10 de diciembre de 1983, tras el golpe cívico-militar más tormentoso de la historia Argentina, época en la que se violaron los más elementales derechos humanos y en el que poder penal del Estado alcanzó límites insospechados de ilegalidad e irracionalidad sistematizada.

Recuperar la vida democrática significó entonces, entre otras cosas importantes, una suerte de revalorización de los derechos humanos como contrapartida al oscuro período histórico anterior en el que la violación de los mismos fue su signo distintivo. En concordancia con ello, se terminó con el aislamiento con la comunidad internacional y se suscribieron numerosos tratados sobre la materia. (Georgion 2010).

Pero hay una cuestión política de suma importancia, que influyó de sobremanera en el proceso de la reforma y es el viejo anhelo de la reelección presidencial, iniciativa reñida

el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". (consid. 18).

³⁹ *Ibídem*. "Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso". (consid. 12)

⁴⁰ *Ibídem*. "La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse". (consid. 11)

históricamente con el constitucionalismo argentino que desde 1853 la excluyó expresamente en función del rechazo causado por las sucesivas reelecciones de Juan Manuel de Rosas como gobernador de Buenos Aires. El precepto que fijaba en seis años la duración del periodo presidencial, admitía que la persona titular del Poder Ejecutivo recién pudiera aspirar a una nueva presidencial después de pasado un lapso completo de seis años desde concluida su primera gestión. Este principio fue adoptado a partir de 1853 por todas las provincias argentinas que sancionaron sus respectivas Constituciones, con relación a los gobernadores.

En 1949 el general Juan Domingo Perón, presidente de la Nación, impulsó una reforma de la Constitución para permitir su reelección, conseguida efectivamente en 1952 en las urnas, pero el golpe de Estado provocado por la llamada “Revolución Libertadora” que lo derrocó en 1955, convocó a una nueva convención constituyente en 1957 que derogó las reformas de 1949, restableciéndose el principio de la no reelección.

En este nuevo período democrático, iniciado con la presidencia del doctor Raúl Alfonsín, comenzó a gestarse un movimiento que propiciaba la reforma constitucional para limitar el periodo presidencial a cuatro años, admitiendo la posibilidad de una reelección, iniciativa que influyó para que varias provincias (aproximadamente 12) reformaran sus Constituciones admitiendo la reelección de los gobernadores. Sin embargo, en el plano nacional fracasó por los resultados electorales de 1987 que disiparon el intento. La crisis económica de ese momento influyó en esta dirección. Recién en la presidencia del Dr. Carlos Menem se alcanzó un acuerdo político en este aspecto reeleccionista, en el marco del Pacto de Olivos.

En este contexto de euforia por la recuperación de la democracia, se produjo en el país un hecho inédito, por cuanto la mayoría de las provincias reformaron sus constituciones provinciales, aún antes de que se reformara la CN, materializando de este modo, ese sentir nacional.

Pero fue recién en 1993 que comenzó el proceso reformador, cuando el diputado conservador Francisco de Durañona y Vedia (UCeDe), presentó un proyecto al respecto, aprobado luego por el Congreso de la Nación. Como consecuencia de esto, el 22 de octubre

de 1993 el entonces presidente Menem, sancionó el Decreto 2181/93 convocando a una consulta popular voluntaria para que la ciudadanía se expresase respecto a la reforma constitucional que se realizó el 21 de noviembre de 1993 y que dio, luego, lugar a las elecciones de convencionales constituyentes que se llevó a cabo el 10 de abril de 1994.

En este proceso, tuvo vital importancia el llamado “Pacto de Olivos”, firmado el 14 de noviembre de 1993, luego de varios meses de diálogo, y que consistió en una serie de acuerdos, llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, firmado por el ex presidente Alfonsín (radical), y el entonces Menem (peronista) en 1993; que llevaron a la reforma de la Constitución Argentina en 1994.

Entre los objetivos de la reforma incluidos en el Pacto de Olivos, estaba acortar el período presidencial pero permitir la reelección por un solo período, atenuar el presidencialismo, incluir los derechos humanos de tercera y cuarta generación, establecer penalidades contra los golpes de estado, conceder prioridad legal a los tratados internacionales, crear el Consejo de la Magistratura y la Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. El 25 de mayo de 1994 comenzó la actividad de la Asamblea Constituyente que deliberó durante tres meses en las ciudades de Santa Fe y de Paraná (Entre Ríos) y que reformó 43 artículos. El 22 de agosto de 1994 se aprobó definitivamente la reforma constitucional en Olivos, provincia de Buenos Aires.

En este contexto, es de resaltar que durante la 22ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria de la Honorable Convención Constituyente realizada el 2 de agosto de 1994, el convencional por la Provincia de Buenos Aires, Dr. Juan Pablo Cafiero, fue uno de los dos informantes del bloque de la mayoría, que tuvo a su cargo la presentación del proyecto de reforma del entonces inciso 19 del artículo 67, referido a las atribuciones del Congreso, hoy incorporado como inciso 22 del artículo 75. A continuación se transcribe de manera textual, la exposición del Dr. Cafiero con el solo fin de reflejar en este TFG el espíritu de nuestros convencionales, en el trascendental e histórico momento de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en nuestra Constitución Nacional:

Señor presidente: la Comisión de Integración y Tratados Internacionales ha abordado la temática sugerida por la ley que declara la necesidad de la

reforma constitucional y ha propuesto modificar el inciso 19 del artículo 67, referido a las atribuciones del Congreso.

La Comisión propone a esta Honorable Convención los siguientes puntos: la jerarquización con rango constitucional de tratados sobre derechos humanos, la atribución del Congreso —en un nuevo inciso del artículo 67— para dictar medidas de acción positiva vinculadas con la discriminación y con la desigualdad, en particular referidas al derecho de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con alguna discapacidad. Asimismo, busca cubrir una laguna en nuestro orden constitucional a través de un nuevo inciso, vinculado a los procesos de integración, establece los mecanismos de sanción legislativa para aprobar aquellos tratados de integración con otros estados, en los cuales existan delegaciones de competencia.

Como observarán los señores convencionales, hemos abordado una temática muy extensa, muy profunda, que vincula a la Constitución Nacional con varios sujetos simultáneamente. La vincula con la política exterior, con una nueva concepción del derecho internacional público, y con uno de los temas que sin duda puede ser el corazón de la nueva Constitución: la supremacía del hombre, la tutela del hombre como centro del ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, da una responsabilidad internacional al Estado frente a cualquier violación a esos derechos de la persona.

En primer lugar quiero señalar que han sido más de cien proyectos los que han referido los distintos señores convencionales pidiendo estas incorporaciones, con las modificaciones lógicas que se proponen en un organismo pluralista en el que se exigen mayorías calificadas de distinto orden para incorporar uno u otro tratado. Todas ellas fueron leídas, consideradas y estudiadas en el seno de la Convención.

Al margen de las diferencias semánticas y de instrumentación, en lo profundo, en lo filosófico y en lo que se refiere a la política constitucional se produjeron en algunos puntos grandes acuerdos entre los que han firmado el dictamen de mayoría y los que han suscripto el de minoría. Ninguno de los despachos ha dejado afuera el valor que la sociedad actual otorga a los derechos humanos como nuevo estatuto de la condición de vida de un pueblo, de las condiciones de vida de cada una de las personas, del ser humano en sí mismo. Y este es un logro democrático, no un logro de una comisión. Todos los bloques han coincidido en que la incorporación de la temática de los derechos humanos es un aspecto central.

En el dictamen hemos observado el sistema de evolución del derecho, cómo va evolucionando el derecho, por qué nuestra Constitución, en su parte dogmática, puede ser reforzada y por qué estamos autorizados por la ley de convocatoria a reforzar nuestro sistema de protección de las personas.

Quizás en la Constitución de 1853 eran desconocidos muchos de los términos que hoy utilizaremos en el debate. Precisamente por eso es que venimos a incorporarlos. En efecto, si muchos constituyentes de ese momento estuvieran sentados aquí, con seguridad utilizarían el verbo de los derechos humanos y el verbo de la jerarquía de los mismos para incorporarlos a la Constitución. La magnífica obra constitucional del 49 también habría incorporado dentro del conjunto de derechos sociales este capítulo, de haber existido una corriente mundial que la acompaña. Lo mismo habría sucedido con la reforma del año 57 en el artículo 14 bis.

La reforma de la Constitución impone la introducción de cambios que afectan el desenvolvimiento de la comunidad. Nos señala Vanossi: "lo único eterno en materia constitucional es la necesidad e impulso del cambio: cambio de formas y cambio de contenidos. Si una Constitución aspira a cumplir con su función esencial de encuadre normativo apto para

la convivencia y el desarrollo de personas y sectores, no puede permanecer indiferente a los cambios que sobrevienen, debiendo ajustarse a las exigencias de las nuevas realidades."

Retrotrayéndome más atrás en el tiempo voy a leer una cita de Thomas Jefferson, anterior a 1853. Sostuvo que "algunos hombres miran las instituciones con reverente veneración y las consideran el arca de la alianza, demasiado sagrada para tocarla. Atribuyen a los hombres del tiempo pasado una sabiduría más que humana y suponen que lo que ellos hicieron está por encima de toda rectificación...

Ciertamente, no estoy propugnando la introducción de cambios frecuentes e improvisados en leyes y constituciones... Pero sé también que leyes e instituciones deben ir de la mano con el progreso de la mente humana... A medida que se hagan nuevos descubrimientos, surjan nuevas verdades y cambien costumbres y opiniones con el cambio de las circunstancias, las instituciones deben avanzar también y mantener el ritmo de los tiempos."

Esta es nuestra idea de cómo introducir lo que ya forma parte de la vigencia sociológica del derecho en su fase positiva. Teniendo en cuenta cómo han cambiado las relaciones desde 1853 a la fecha, considerando que el derecho internacional de aquel tiempo era el derecho de la guerra —cuando un Estado no conocía mucho al Estado vecino y no existía más que la relación bilateral— hemos diseñado y repensado convertir esa vigencia positiva del derecho internacional a la luz de la evolución y del progreso, a la luz —lo reiteraré varias veces— de colocar al ser humano, a la persona humana, en el centro de las actividades, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado frente a esa persona, frenando el poder del Estado en favor de esa persona y en la tutela que la comunidad internacional quiere tener sobre ella.

En el inciso 19) del artículo 67 propuesto hemos eliminado el régimen de Patronato, porque se trataba de una institución ya reemplazada por el acuerdo con la Santa Sede del 66; es una institución antigua que ya venía de una Bula del año 1508, otorgada por el Papa Julio II a los reyes de Castilla y León. Esa vieja institución, que formó parte del derecho indiano y que fue pensada como un atributo de la soberanía, ha quedado modificada en los hechos. Hoy la Iglesia tiene libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, de su culto y de su jurisdicción en el país.

También hemos tenido en cuenta la posibilidad de incorporar los tratados celebrados con organizaciones internacionales. Recién me refería a la bilateralidad, a la guerra y a las relaciones de 1853. Hemos incorporado a esas relaciones multilaterales la posibilidad de concretar tratados, y hemos elegido el modelo utilizado en la Convención de Viena sobre tratados multilaterales con organizaciones internacionales como sujeto del derecho internacional, con lo cual el Estado puede vincularse y celebrar tratados.

Durante mucho tiempo se ha debatido —y se lo seguirá haciendo— cuál es la relación de conexidad entre el derecho internacional y el derecho interno. ¿Cuál es prioritario? ¿Cuál está por encima del otro? ¿Cómo se relacionan entre ellos jerárquica y horizontalmente?

Se han desarrollado las viejas teorías dualistas y pluralistas de Triepell, en Alemania, y de Anzilotti en Italia, que llevaban a la conclusión de que el derecho internacional, para ser aplicado fronteras adentro, debía ser aprobado previamente por el Poder Legislativo, es decir, debía tener una doble inserción para ser considerado derecho positivo dentro del Estado nacional.

Esas doctrinas, que fueron acompañadas en nuestro país no hace mucho tiempo por los fallos de la Corte, hablaban de la transformación necesaria del derecho internacional en derecho interno. Decían que ya no era

función de los jueces ocuparse de los tratados internacionales. La función de los jueces consiste en que se ocupen de las leyes, ya que esos tratados —al ser ratificados por ley— luego pasan a formar parte del derecho propio.

Años atrás la Argentina suscribió la Convención de Viena sobre los tratados, creando una flagrante contradicción. La Convención de Viena sobre tratados imponía a la Argentina, por el artículo 27, la siguiente condición: un Estado que forma parte de un tratado no puede incumplirlo ni desobligarse invocando su derecho interno. Es decir que no podemos decir "no" a la comunidad internacional o a la relación con otro Estado por el hecho de que nuestro derecho interno no nos permita cumplir con esa imposición. En ese sentido, la Corte Interamericana de Justicia —opinión consultiva número 10— interpretó este artículo 27, además de los artículos 1° y 29 del llamado Pacto de San José de Costa Rica y dispuso lo siguiente: "Aun cuando los tribunales otorguen prioridad a la ley nacional, el Estado es responsable internacionalmente por las obligaciones contraídas." Fíjense que esta interpretación modesta del derecho ayudó a que en Perú, cuando se quiso reimplantar la pena de muerte, la Comisión Andina de Juristas sostuviera que el poder público de la Nación no sólo estaba limitado por la propia Constitución peruana sino también por el Pacto de San José de Costa Rica, que también tiene jerarquía constitucional.

Las antiguas sentencias que fueron citadas aquí —"Martín c/ la Nación" o la de "Merk Química Argentina c/ la Nación"— conllevan una crítica: la Argentina no puede participar de ningún proceso de globalización si no ordena progresivamente sus normas; y participa en un proceso de globalización en la medida que pueda sujetar los derechos de las personas, porque de lo contrario no le interesa el proceso de globalización.

Mareck sostuvo que "la doctrina dualista es incapaz de asegurar el desarrollo y progreso del derecho internacional en general. El progreso exige, al contrario, el reconocimiento y aplicación del principio de la unidad, de dos órdenes jurídicos, contra una penetración creciente del derecho internacional sobre el derecho interno." Por ello es que proponemos incorporarnos a esta doctrina, a este pensamiento y darle jerarquía supralegal a todos los tratados internacionales. Esto ha sido contenido en el inciso 19 del artículo 67 propuesto.

Vamos a considerar el otro punto, vinculado con los tratados sobre derechos humanos. ¿Qué significa un tratado sobre derechos humanos? Voy a limitarme a leer una opinión subjetiva de la Corte Interamericana que define esto con exactitud: "Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros estados contratantes.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos los estados se suman a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con los otros estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción."

En materia de derechos humanos nuestro país ha recorrido un camino muy difícil. Durante muchas generaciones se produjo una violación sistemática de los derechos humanos. Hemos palpado en nuestra vida política y personal lo que significa la ausencia de estas garantías y derechos fundamentales. ¡Cuántos miembros de esta Convención pueden dar testimonio personal de lo que significa este tipo de violación,

fundamentalmente la ejercida por el Estado al conjunto de los derechos humanos!

Otorgar jerarquía constitucional a estos instrumentos es situar al ser humano —por su sola condición de tal— en el centro de la tutela del orden jurídico.

Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, erga omnes y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional.

El Estado, a través de sus poderes, tiene responsabilidades concretas. Quizás el Poder Ejecutivo sea el que deba restringir más su acción. El Poder Ejecutivo es el que debe sentir el primer freno del hombre fijándole límites a su accionar. El Poder Legislativo debe traducir en normas positivas la progresividad y la aplicación de los derechos humanos y el Poder Judicial debe estar al servicio de un recurso ágil y rápido para reponer a la persona que ha sido violada en su derecho a su situación anterior o, al menos, para exigir una reparación sin perjuicio de la responsabilidad internacional.

De esta manera, la República Argentina da su consentimiento en obligarse por los tratados de derechos humanos universales y regionales, por todos aquellos que protegen un derecho en particular. También acepta la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los mismos tratados y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bidart Campos —que es un fogonero de esta cuestión— dijo que le gustaría, de reformarse la Constitución, que se previera la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, incluida la Constitución. Esto como propuesta de máxima, pero como propuesta de mínima —que es la que conlleva el dictamen en mayoría— la supremacía de los tratados internacionales en los que Argentina sea o se haga parte.

Acompañando ese mismo pensamiento elaboramos un dictamen donde enunciamos distintos tratados que luego serán explicados y desarrollados por otros miembros de la comisión.

Fijamos un sistema de denuncias, completando la voluntad del Estado. Era corriente y común que la denuncia de un tratado la realizara directamente el Poder Ejecutivo; una laguna en la Constitución favorecía este mecanismo de irresponsabilidad internacional. Incorporamos la necesidad de la previa aprobación legislativa tanto para formar la voluntad de aprobación como para formar la voluntad de denuncia. En este sentido se fija una mayoría importante, de dos tercios de los miembros, porque nos parece sustancial que los tratados en esta materia tengan un mecanismo de sanción donde el amplio consenso parlamentario y el desarrollo de ese consenso entre los distintos bloques diseñen cuál es el orden vigente en función de esas nuevas responsabilidades del Estado argentino.

Discutimos acerca de la operatividad de los derechos, porque los que figuran en los tratados internacionales son operativos por sí mismos. Algunos son ejecutables por sí mismos, tienen una operatividad originaria, por su enunciación son exigibles para el Estado; otros, aunque necesitan de un mecanismo legal, son operativos porque su enunciación frente a la ausencia o morosidad legislativa deben ser tutelados. Otros son programáticos, incorporan una fuerte voluntad política donde el Estado se responsabiliza frente al individuo y a la comunidad internacional a desarrollar ese programa, esa voluntad política, y si no lo

hace caer en una omisión de tipo constitucional cuyo cumplimiento puede ser exigido. El hecho de que se trate de cuestiones programáticas no significa que tengan menor rango que las operativas. El Estado es el sujeto pasivo que reconoce y es exigible por el cumplimiento de todos estos derechos. Es decir, si articulamos una presunción de la operatividad de los derechos, ésta corre en contra del Estado y no de la persona que reclama la vigencia del tratado.

¿Qué derechos se incorporan con los tratados que se han enunciado en el dictamen de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales? Se incorpora la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer — una verdadera carta magna de los derechos humanos de las mujeres—, la Convención contra la tortura y otras penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y los futuros tratados y convenciones, hoy vigentes pero no enumerados y los tratados futuros que quiera incorporar la Argentina podrán tener jerarquía internacional.

Se ha previsto en el dictamen un mecanismo de sanción por parte del Congreso frente a este refuerzo de los derechos fundamentales, para que tenga la aptitud, posibilidad y facultad de ir haciéndolo. Por ello, en el inciso 19) se ha fijado un mecanismo específico para seguir incorporando, agrandando, ensanchando y fortaleciendo los derechos de las personas en nuestra Constitución.

Ayer se señalaba que no es cuestión de hacer rígidos los derechos fundamentales. Pero sí démosle rigidez a la parte institucional, al pacto político, para que todos sepamos cuáles son las cuotas de responsabilidad que tenemos en el poder, hagamos grandes a los derechos fundamentales de las personas, démosle una interpretación amplia, sin restricciones, para favorecer el desenvolvimiento y desarrollo de los derechos humanos de las personas.

¿Cuáles son los derechos enumerados en estos tratados? La libertad, la igualdad y la dignidad; el derecho a la vida, a las condiciones de vida; la abolición de la esclavitud y la servidumbre; la abolición de la tortura en su grado de tentativa; la responsabilidad del Estado frente a la extradición de torturadores; el auxilio del Estado; la educación a las fuerzas de seguridad; las acciones judiciales y la indemnización en su caso; el reconocimiento de la personalidad jurídica; la lucha contra la discriminación, la discriminación racial, la discriminación de la mujer; los recursos ante la Justicia —ante la Justicia Penal—; la libertad personal, la integridad de la persona, la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, la honra y reputación; la libertad para entrar, salir y fijar residencia, el asilo; el derecho a la nacionalidad; el derecho a casarse y fundar una familia; a la propiedad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de opinión y expresión; a la libertad de reunión y asociación; a la participación; al voto libre; al acceso igual a los cargos públicos; a la seguridad social; al trabajo; el salario; a la sindicalización; al nivel de vida; a la protección social de la vejez; a la educación; a la cultura; al progreso científico; a la protección de la ciencia, la literatura y el arte; a los deberes del individuo hacia la comunidad; a los derechos de la mujer en estado de lactancia; a los niños, a la salud, vestimenta, alimentación, vivienda y asistencia médica; a la libre determinación de los pueblos; a la libre disposición de las riquezas naturales; a abolir para siempre la pena de muerte, al régimen de cárceles, a la indemnización por error judicial, a prohibir y castigar la

propaganda en favor de la guerra o a favor del odio racial o el terrorismo mundial, el derecho a reunión, a la asociación, a la lucha contra el genocidio, a la identidad contra los malos tratos y en favor de las personas impedidas.

Estos son los derechos que incorporan estos tratados. Ellos forman parte de la conciencia colectiva de los argentinos y hacen al derecho sociológico vigente. Hablar de una Constitución sin derechos no es hablar de un estatuto jurídico para el país. Tenemos que incorporar estos derechos, porque hemos estado toda nuestra vida sufriendo la restricción de muchos de ellos, porque queremos asegurarlos para el futuro y porque queremos estar definitivamente del lado de las personas y de los derechos humanos.

También incorporamos un inciso vinculado con las acciones positivas. No lo hacemos por un reclamo sectorial sino por la necesidad de reconocer que en nuestra sociedad hay sectores que viven postergados aun frente a la igualdad jurídica. Falta conectar esa igualdad jurídica con la igualdad real para dejar de lado definitivamente la discriminación y la desigualdad. Hemos elegido a aquellos sectores que están protagonizando una verdadera lucha y que necesitan que esta Convención se sume a su lucha y los incorpore en las acciones cuyo dictado es responsabilidad del Estado.

Además de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención contra la Discriminación de la Mujer, hemos incorporado a las figuras del niño y de la mujer. También hemos incorporado a las personas de la tercera edad, a nuestros ancianos, porque son un eslabón débil y una deuda pendiente de nuestra sociedad, razón por la cual le exigimos al Estado la adopción de acciones positivas en la materia. Asimismo, hemos incorporado a los discapacitados, que están muy olvidados en nuestra realidad. Consideramos que podemos hacer mucho por ellos para convertirlos en sujetos del derecho constitucional.

Por todas estas razones resulta tan importante incorporar las acciones positivas, como lo han hecho muchas constituciones provinciales.

Finalmente, hemos abordado la temática de la integración. En un momento en que el país busca nuevos horizontes para su desarrollo económico, para lo cual debe reconocer variables diferentes en lo económico y en lo social, hemos separado por historia, por conciencia histórica, por militancia y por comunidad de ideas, a los estados latinoamericanos —nuestros hermanos— del resto de los estados del mundo. Los estados latinoamericanos deben desarrollarse al compás de nosotros. Si no lo hacen, jamás podremos desarrollarnos.

En consecuencia, hemos jerarquizado la prioridad de la integración con Latinoamérica y hemos establecido —en una clara señal para el legislador— un mecanismo de integración donde subrayamos la necesidad de que los estados latinoamericanos encuentren un camino común en igualdad de condiciones.

Al respecto, hemos seguido las lecciones de muchos hombres que tuvieron el sueño de una Latinoamérica unida, como Bolívar, San Martín y el general Perón. Queremos que el texto constitucional también recoja esas experiencias y algunas otras, como fueron las reuniones del Grupo Río.

Además, le marcamos al poder político que no queremos la toma decisiones aisladas del conjunto del mundo. Queremos decisiones acompasadas con nuestros hermanos latinoamericanos. No nos gustan las aventuras individuales. No pretendemos ser una patrulla extraviada en el mundo buscando quedar bien con alguien. Queremos un continente unido.

A través de mecanismos previstos en el Mercosur estamos cerca de la constitución de una unión aduanera y de la creación de organismos

supraestatales. Pues bien, si se van a hacer delegaciones hemos previsto una norma para cubrir el vacío constitucional en la materia. En ese sentido, no negamos la integración con otros sectores del mundo, pero establecemos una cláusula específica de resguardo de ciento veinte días, que será el tiempo necesario para producir el debate correspondiente y para llevar a cabo la doble vuelta de aceptación legislativa, en los tratados internacionales de integración donde se delegan facultades con otros sectores del mundo. En ese lapso se buscará un amplio consenso y el Congreso y la opinión pública emitirán juicio sobre la conveniencia de la aprobación de ese tratado o no.

Sr. PRESIDENTE.— Lamento comunicar al señor convencional que está haciendo uso de la palabra que ha terminado el tiempo previsto para su exposición.

Sr. CAFIERO (J.P.).— Ya termino, señor presidente.

Con este despacho damos cumplimiento a algo que fue dicho repetidamente en distintos discursos. Es trabajo nuestro y de las futuras generaciones incorporar estos tratados y vincular a la Argentina con el mundo, no a partir de acciones casuales sino a través de la vigencia, perfección y tutela permanente de los derechos humanos y del respeto a las personas. Este es para nosotros uno de los capítulos centrales que debe exhibir al país esta reforma constitucional. (Aplausos. Varios señores convencionales rodean y felicitan al orador.)⁴¹

Si bien el Dr. Cafiero expuso los motivos sobre la necesidad de incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos para que conformen “el corazón” de la CN, segundo informante de la mayoría, el Dr. Rodolfo Carlos Barra, convencional constituyente por la Provincia de Buenos Aires, fue quien se refirió a la jerarquía constitucional de estos

⁴¹ Honorable Convención Nacional Constituyente: Diario de Sesiones del 2 de agosto de 1994, pág. 2828-2834

instrumentos y a su carácter supralegal para colocar a nuestras instituciones a la altura del derecho internacional moderno.

Entonces, por la experiencia internacional y nacional sobre la sistemática violación de los derechos más elementales del hombre, no resultó extraño que la reforma de 1994 incorpore los tratados del art. 75, inc. 22, configurando de este modo un nuevo plexo jurídico en el derecho interno, conformado con lo estatuido por la CN (art. 18 y 33) y lo normado en estos tratados internacionales, un bloque de constitucionalidad con preceptos que deben ser vigilados y asegurados por los jueces.

Este nuevo plexo jurídico es reconocido como “bloque de constitucionalidad”, es decir, el conjunto de normas constitucionales, más los tratados internacionales del art. 75, inc. 22 que materialmente, se encuentran fuera del texto de la CN escrita, aunque comprendida en ella. Integrado de este modo, aporta elementos claros que coadyuvan en la correcta interpretación de la constitución, y en la integración de los vacíos normativos que esta contiene. (Bidart Campos, 1997).

Ahora bien, estos aspectos toman su real dimensión en el marco de la constitución formal o escrita, por cuanto ésta es jurídica, contiene normas que conforman el derecho constitucional y de esta juridicidad se desprende la fuerza normativa que la hace exigible, obligatoria, aplicable y vinculante, para todos los ciudadanos, tanto para quienes ejercen la función pública como gobernantes, como para los particulares. (Bidart Campos, 1997).

Es de tener en cuenta entonces, que la supremacía de la CN tiene un sentido fáctico, cuyo fundamento es el derecho constitucional material como base de todo el orden jurídico-político de un estado. Tiene además, un segundo sentido, más importante aún en referencia al presente TFG, por cuanto alude a la noción de la constitución formal, revestida de súper legalidad que exige que todas las leyes y actos estatales y privados se ajusten a ella; por lo tanto, envuelve una formulación de deber-ser; por lo que todo el orden jurídico-político del estado debe estar subordinado y ser armónico con ella. (Bidart Campos, 1997).

3.3 Jerarquía de los tratados internacionales después de la reforma constitucional del '94

En una segunda etapa, post reforma de 1994, poseen jerarquía constitucional, las declaraciones, convenios y los tratados de derechos humanos del art. 75, inc. 22⁴² CN; en tanto los nuevos tratados y convenciones sobre derechos humanos, requieren del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para revestir igual jerarquía.

Ahora, bien, tienen jerarquía superior a las leyes: a) los Tratados concluidos con Estados, con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede; b) los Tratados de integración que deleguen competencia legisferante y jurisdiccional a organizaciones supranacionales.

Por su parte, tienen jerarquía inferior a la Constitución y a las leyes, los convenios internacionales celebrados por las provincias, con conocimiento del Congreso Nacional y siempre que no sean incompatibles con la política exterior del Estado y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación (art. 124 CN).

La jurisprudencia tomó en consideración las garantías procesales establecidas en el art. 8 de la CDH y 14 del PIDCP, reconociéndoles una jerarquía similar a la de las normas de la propia Constitución, aunque no forman parte de ella, pero mantienen una estrecha unión existente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Penal, llegando

⁴² CN. Art. 75.- Corresponde al Congreso: Inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Maier a definir al último, en una de sus facetas principales, como “Derecho Constitucional reformulado”, al considerar que la ley procesal es ley reglamentaria de los principios, derechos y garantías reconocidos por la ley suprema y, por ende, no puede alterarlos⁴³.

Se debe reconocer, además, que la parte dogmática de los tratados incorporados, se refieren a las tradicionales garantías judiciales en el proceso expresadas en el art. 18 CN (Pastor, D. R., 1999), por lo que se puede señalar que si bien no se produce una innovación en la materia, este bloque constitucional y convencional hace su impacto estableciendo límites al Poder Penal del Estado a fin de evitar el abuso de poder, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano, merced al control al que se somete el Estado, por haber reconocido la jurisprudencia internacional de la Corte IDH.

Por lo tanto, este conjunto de normas propias de la CN y las que corresponden a los instrumentos internacionales del art. 75 inc. 22, es reconocido por la doctrina como Bloque de Constitucionalidad Federal, por contener disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que actúan como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de menor jerarquía.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el hecho de que estos tratados internacionales del art. 72 inc. 22 sólo reconocen derechos a personas físicas, pero en su inserción al derecho interno no desvirtúa la doble titularidad de derechos que éste contiene, por cuanto: a) el derecho internacional de los DDHH es un derecho mínimo y subsidiario, que no disminuye mejores derechos y situaciones que puedan surgir del derecho interno; y b) la CADH consigna expresamente en las normas del art. 29 para su interpretación, que ninguna de sus cláusulas ha de interpretarse como limitativa de derechos que emanan del derecho interno. En la práctica, esto significa que cuando nuestro derecho interno confiere holgura para extender derechos a favor de entidades colectivas, los tratados sobre derechos humanos asumen y respaldan esta solución. (Bidart Campos, 1997).

⁴³ CN, art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

También se debe observar, que el sujeto pasivo de estas garantías judiciales, es el estado (federal y provincial) y los demás particulares; y la importancia de esta dualidad radica en que cualquier actividad que viole o lesione estos derechos esenciales es inconstitucional sin importar que provenga de actividad estatal o emane de actividad privada. Los tratados internacionales sobre derechos humanos corroboran la misma solución. A su vez, en lo referido a jurisdicción de aplicación, es la interna de cada Estado Parte la que está obligada, según lo consigna expresamente la CADH y el PIDCP la que impone el deber estatal de garantizar las garantías a las personas que componen la población del estado y que están sujetas a su jurisdicción. Así lo ha entendido nuestra C.S.J.N. en su jurisprudencia, sentado este principio. (Bidart Campos, 1997).

Se debe distinguir, además, que el derecho internacional de los derechos humanos exhibe perfiles propios que lo diferencian del derecho internacional clásico, porque responden al estilo de los tratados internacionales cuyo objetivo es obligar a cada Estado Parte a cumplir lo pactado, en su jurisdicción interna, de lo que se puede inferir que el compromiso y responsabilidad internacional, transfiere un deber hacia adentro de los estados, por cuanto se trata de una norma *ius cogens*, es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles. Por ello, se afirma que la cuestión de los derechos humanos no es jurisdicción exclusiva de los estados, sino que pertenece a una jurisdicción concurrente entre estado y jurisdicción internacional; aspectos que nuestro derecho constitucional asimila a partir de la reforma de 1994, en el art. 75 inc. 22. (Bidart Campos, 1997).

Con respecto a tratados internacionales incorporados por el art. 75 inc. 22 y la responsabilidad de los Estados Provinciales, la doctrina es pacífica en considerar que cada Provincia puede ampliar este conjunto de garantías judiciales establecidas, en virtud de que estarían destinadas a funcionar en sus propios tribunales y por tratarse del ámbito del derecho procesal que es de competencia provincial, así, pueden mejorar las acciones de amparo, habeas data, habeas corpus; el sistema de control constitucional, entre otras. Con respecto a los derechos, también son susceptibles de incremento, pero a condición de que no se altere el reparto de competencias entre el estado federal y las provincias.

3.3.1 El Ministerio Público

La reforma constitucional del '94 impactó también en un organismo de vital importancia: el Ministerio Público⁴⁴, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales. Históricamente formó parte del Poder Judicial pero la reforma constitucional lo ubicó como órgano extra-poder. Su constitucionalización en el artículo 120, en una sección aparte, intenta mostrar que no forma parte de ninguno de los tres poderes clásicos; mientras tanto su letra, expresa taxativamente la independencia del Ministerio Público, lo que lo faculta a administrar sus recursos presupuestarios, aspectos que fueron reglamentados mediante la ley 24.946 y de donde se infiere que sus funciones son las del ejercicio de la acción penal, tutela del principio de legalidad y la defensa de los intereses de los más débiles.

Ahora bien, con respecto al presente TFG, su importancia radica en que la seguridad jurídica, particularmente en el plano penal, no se satisface con la mera existencia formal de un Poder Judicial, por ello la función del Ministerio Público se torna en la actualidad indispensable como un elemento dinamizador de la eficiencia del sistema, por cuanto la estructura formal de un poder judicial no responde a los requerimientos de una sociedad moderna que exige un verdadero servicio de justicia (De la Rúa, 2005); y este sentido aparece además, como como un factor que coadyuva al cumplimiento de las garantías judiciales establecidas por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, que pone freno a la potestad penal del Estado, merced a su plena y total independencia de los Poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo, constituyendo esta, una de las principales características.

En este sentido, hay que tener en cuenta además, que en la actualidad entre los obstáculos al desarrollo de la actividad plena del Ministerio Público, se encuentra la legislación procesal que, en nuestro país, es un sistema mixto y no admite un sistema acusatorio, en ese marco, el juez delega la instrucción en el Ministerio Público, por lo que

⁴⁴ CN. art. 120: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

denota la existencia de una dependencia estructural que afecta la organización de sus funciones (De la Rúa, 2005), y en consecuencia, limita, también la íntegra ejecución de las garantías judiciales del art. 75 inc. 22 de la CN, que encuentran en el sistema acusatorio una mejor opción.

Y esto es así, por cuanto la incorporación con rango constitucional de los instrumentos internacionales ahondan el modelo procesal penal constitucional y dejan fuera del campo de la interpretación jurídica muchos aspectos del proceso penal del paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado” de enjuiciamiento penal, (v. gr., la oralidad y publicidad del juicio) para transformarlos en texto expreso e indiscutible, más cercano al modelo acusatorio, diferenciando además, la función de perseguir y acusar, de la de juzgar y punir, ubicando a cada una de ellas en órganos públicos diferenciados y autónomos entre sí; por entender que la función de juzgar no puede asumir atribuciones de persecución, porque de hacerlo violaría las garantías de imparcialidad e igualdad de partes; imponiendo también, que de la contradicción entre los intereses opuestos en el proceso, a través de la actividad de los representantes, debe surgir la verdad procesal. (Caferatta Nores, 2000).

3.4 Corte Suprema de Justicia de la Nación y su recepción del art. 8 de la CADH y 14 del PIDCP

La supremacía constitucional de lo estatuido en los tratados internacionales del art. 75 inc. 22, comenzó a verificarse en las sentencias de la C.S.J.N. de manera escalonada y esta relación del derecho internacional con el derecho interno se puede observar en los siguientes fallos: “Merck Química Argentina S.A. c/ Nación Argentina” (Fallos 211:161); “Petrolera Argentina Esso S.A. c/ Nación Argentina” (Fallos 271:7); “Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otro” (Fallos 315:1492) (LL 1992-C-543); “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande” (Fallos 316:1669); “Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación” (Fallos 318:514); “Monges, Analía M. c/ UBA” (Sentencia de la CSJN del 26/12/96) (Fallos 319:3148); “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio Calificado y Asociación Ilícita y otros” (Sentencia de la CSJN del 24/08/04) (Fallos 327:3312); “Espósito, Miguel Angel s/ Incidente de Prescripción de la Acción Penal

promovido por su defensa” (Sentencia de la CSJN del 23/12/2004) (Fallos 327:5668); “Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc.” (Sentencia del CSJN del 14/06/2005) (S.1767.XXXVIII) (Fallos 328: 2056); “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad” (Sentencia de la CSJN del 13/07/07) (M. 2333. XLII. y otros) (Fallos 330: 3248); y “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092” (Sentencia de la CSJN del 23/04/2013).

Ahora bien, en lo referido a las garantías judiciales que aborda el presente TFG, el caso “Girolodi”, es una de las causas paradigmáticas en donde se observa cómo la C.S.J.N. recepta lo normado en los instrumentos internacionales, por cuanto al expedirse declara inconstitucional una ley por ser contraria a estos tratados, sentando un precedente jurídico novedoso, pero fundamentalmente, modificando los criterios de interpretación que se tenía hasta el momento, para adecuarlo al análisis que realiza la Corte IDH en esta materia.

En la causa Girolodi, se condenó en primera instancia a Horacio D. Girolodi y a Raúl B. Hatchondo, a la pena de un mes de prisión de cumplimiento en suspenso, como coautores de tentativa del delito de robo simple. Ante esto, la Defensora Oficial interpuso recurso de casación, el que le fue concedido, al considerar que el Tribunal Oral en lo Criminal había violado las garantías del debido proceso y la defensa en juicio (art.18 CN); al no observar formas sustanciales del juicio; además de disposiciones referidas a asistencia y representación del imputado, solicitando la nulidad de la sentencia.

De manera subsidiaria, la Defensora planteó la inconstitucionalidad del límite establecido en el inc. 2° del art. 459 del CPPN⁴⁵, por considerar que lesiona el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN), por la diferencia que hace en cuanto a las condenas por delito correccional (inc. 1 art. 459)⁴⁶, beneficiando a estos y vedando la vía recursiva a aquellos; pese a que el art. 8, inc. 2°, apart. h) de la CADH, garantiza a todo imputado el derecho de recurrir ampliamente el fallo ante un tribunal superior.

⁴⁵ Art. 459. - El imputado o su defensor podrán recurrir: ... 2°) De la sentencia del tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres (3) años de prisión, doscientos mil australes (A200.000) de multa o cinco (5) años de inhabilitación.

⁴⁶ Art. 459. - El imputado o su defensor podrán recurrir: 1°) De la sentencia del juez en lo correccional que condene a aquél a más de seis (6) meses de prisión, un (1) año de inhabilitación o cien mil australes (A100.000) de multa.

La Cámara Nacional de Casación Penal (en adelante: CNCP) resolvió, con fecha 22 de setiembre de 1993, rechazar el planteo de inconstitucionalidad y declaró inadmisibile el recurso casatorio, por lo que se interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria dio origen a la queja ante la C.S.J.N..

El fallo de la Corte declara procedente la queja y el recurso extraordinario, también deja sin efecto el pronunciamiento apelado; y al fundamentar el decisorio, haciendo referencia a los instrumentos internacionales, dejó valiosos antecedentes jurisprudenciales y brindó una solución en la que se observa el impacto de estas normas internacionales en el proceso penal interno que, en la práctica, se verifican como modificaciones de interpretación, ante la nueva realidad constitucional tras la reforma del '94; las que además, deben servir de guía para interpretar los alcances de lo estatuido en las convenciones.

En este sentido, la sentencia de la C.S.J.N. contiene distintas determinaciones que se deben tener en cuenta, entre ellas, la modificación sustancial que se produce en torno al remedio casatorio que, hasta ese momento tenía como modelo la causa "Jauregui", en donde este instituto quedaba satisfecho con el recurso extraordinario federal, del art. 14 de la Ley 48⁴⁷.

Ante este planteo, la C.S.J.N. señala que las reglas y excepciones se modificaron en el tiempo⁴⁸ y a la luz de la CADH 8.2.h, determina que este modelo de interpretación no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia⁴⁹.

Señala además, que estas modificaciones no solo fueron en el ámbito de las normas constitucionales, sino que también alcanzaron a la organización del Poder Judicial de la

⁴⁷ C.S.J.N., Sentencia "Giroldi", del 7 de abril de 1995: "Que la Cámara Nacional de Casación Penal (sala I) rechazó el planteo de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declaró inadmisibile el recurso de casación. Para llegar a ese resultado, el a quo invocó, en lo que interesa, el caso "Jauregui" (Fallos: 311:274), en el que esta Corte resolvió que el requisito de la doble instancia judicial en materia penal quedaba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48. Contra el pronunciamiento de la Cámara de Casación, la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la presente queja. (Consid. 2)

⁴⁸ Ibídem: "...Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones...". (Consid. 7)

⁴⁹ Ibídem: "Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "garantía mínima" para "toda persona inculpada de delito" (art. 8º, párr. 2º, apart. h, Convención). (Consid. 8).

Nación, por cuanto en los tribunales inferiores se verifica la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, para atender estos asuntos, instancia que no existía al tiempo de la sentencia en el caso “Jauregui”. (“Girol di, Consid. 9)

Otra cuestión dirimida en el fallo es la referida a la solicitud de inconstitucionalidad de los límites de los art. 458/62 del CPPN⁵⁰, en virtud del cual, el a quo consideró en el presente caso, que no hay posibilidad de recursos de casación ni inconstitucionalidad, dejando solo como solución el recurso extraordinario de apelación.

En este caso, la C.S.J.N. modifica el criterio que seguía hasta el momento y declaró la inconstitucionalidad del art.459, inc. 2º del código ritual⁵¹, ante la nueva realidad constitucional y a los efectos de asegurar el beneficio del recurso de la doble instancia en favor del ciudadano condenado.

La Corte, avanza aún más en este sentido y señala que las normas deben ser interpretadas en “las condiciones de su vigencia”, es decir, como rige en el ámbito internacional, por lo tanto deben servir de guía porque de lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional, por los compromisos

⁵⁰ CPPN: Art. 458. El ministerio fiscal podrá recurrir, además de los autos a que se refiere el artículo anterior: 1º) De la sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado a más de tres (3) años de pena privativa de la libertad, a multa de doscientos mil australes (A200.000) o a inhabilitación por cinco (5) años o más. 2º) De la sentencia condenatoria, cuando se haya impuesto una pena privativa de libertad inferior a la mitad de la requerida.

Art. 459. El imputado o su defensor podrán recurrir: 1º) De la sentencia del juez en lo correccional que condene a aquél a más de seis (6) meses de prisión, un (1) año de inhabilitación o cien mil australes (A100.000) de multa. 2º) De la sentencia del tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres (3) años de prisión, doscientos mil australes (A200.000) de multa o cinco (5) años de inhabilitación. 3º) De la resolución que le imponga una medida de seguridad por tiempo indeterminado. 4º) De los autos en que se le deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena. 5º) De la sentencia que lo condene a restitución o indemnización de un valor superior a once millones de australes (A11.000.000).

Art. 460. La parte querellante podrá recurrir en los mismos casos en que puede hacerlo el ministerio fiscal.

Art. 461. El civilmente demandado podrá recurrir cuando pueda hacerlo el imputado y no obstante la inacción de éste, siempre que se declare su responsabilidad.

Art. 462. - El actor civil podrá recurrir: 1º) De la sentencia del juez en lo correccional, cuando su agravio sea superior a siete millones de australes (A7.000.000). 2º) De la sentencia del tribunal en lo criminal, cuando su agravio sea superior a once millones de australes (A11.000.000).

⁵¹ C.S.J.N., Sentencia “Girol di”, del 7 de abril de 1995: “Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º, inc. 2º, apart. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del Cód. Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena”. (Consid. 10)

asumidos por el Estado al reconocer la competencia de la Corte IDH⁵², intérprete final de lo estatuido en la Convención, motivo por el cual, la C.S.J.N. debe aplicar y garantizar su libre y pleno ejercicio⁵³.

En este sentido, la C.S.J.N. en el caso “Sandoval”⁵⁴, consideró que se no se respetó la garantía que impide la múltiple persecución penal, por cuanto se realizó un segundo juicio contra el apelante, contrariando el art. 18 de la CN, art. 8.4 de la CADH y art. 14.7 del PIDCP, en función del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

La C.S.J.N., en los fallos “Casal”⁵⁵ y “Martínez Areco”⁵⁶, reitera la garantía de la doble instancia jurisdiccional, acerca del alcance que corresponde otorgarle al derecho del imputado a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior, establecido en el art. 8.2.h de la CADH y el art. 14.5 del PIDCP.

A su vez, la sentencia de la CNCP, en la causa “Abasto”⁵⁷, estableció que la incorporación por lectura de declaraciones testimoniales incriminatorias sin que la defensa

⁵² *Ibidem*: “Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054). (Consid. 11)

⁵³ *Ibidem*: “Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde --en la medida de su jurisdicción-- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción". Según dicha Corte, "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (opinión consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 --"Excepciones al agotamiento de los recursos internos" párr. 34--). Garantizar entraña, asimismo, "el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (id., parág. 23). (Consid. 12)

⁵⁴ C.S.J.N., Sentencia “Sandoval s/ homicidio agravado”. Causa n° 21.923/02, del 31 de agosto de 2010.

⁵⁵ C.S.J.N., Sentencia “Casal” del 20 de septiembre de 2005.

⁵⁶ C.S.J.N., Sentencia “Martínez Areco”, del 18 de agosto de 2005.

⁵⁷ CNCP, sentencia “Abasto”, del 28 de Junio de 2001.

hubiera tenido oportunidad efectiva y útil de interrogar a los testigos debe ser descalificada por contradecir el art. 8, inc. 2, letra "f", de la CADH y el art. 14, inc. 3°, letra "c" del PIDCP.

La incorporación al debate en juicio por lectura de declaraciones testimoniales, está estipulada en el Art. 391 Inc. 3 del CPPN y en el Art 393, inc. 3 del CPPPSdE, pese a ello, en el Caso Abasto, observamos que la CNCP, hizo prevalecer el status constitucional de las normas incorporadas en el Art. 75, Inc. 22 de la CN, dictando sentencia en consecuencia, al considerar que en la instrucción está vedada a la parte de la defensa, el “derecho de interrogar a los testigos” establecido en el art. 8, inc. 2, letra "f", de la CADH y el art. 14, inc. 3°, letra "e" del PIDCP.

Por estas contradicciones que se observan entre las normas positivas y el proceso penal interno, desde la doctrina, sostienen que el paradigma mixto de enjuiciamiento penal utilizado en el sistema argentino, no es respetuoso del nuevo modelo de la CN (Cafferata Nores, 2000).

Resumiendo el recorrido jurisprudencial efectuado entre los diversos fallos en los cuales la C.S.J.N. interpretó a partir de 1994 el artículo 75, inciso 22, de la C.N, exhibe en la actualidad el criterio mayoritario que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y por lo expresad en las sentencias del Máximo Tribunal, podemos inferir una primera definición, indicando que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 tienen igualdad jerárquica sin “valla infranqueable” alguna que sirva de tamiz al efecto, esto es, sin la limitación que el artículo 27 de la Constitución Nacional dispone para cualquier otro instrumento internacional que no goce de dicha jerarquía”, por lo tanto, prevalecen sobre el derecho interno. (Georgion A.E., 2010).

Capítulo 4: Impacto de los tratados de Derechos Humanos en el **Derecho Procesal Penal**

4.1 Puntos de conflicto entre el articulado del art. 8 de la CADH y del art 14 del PIDCP y lo estatuido por el Código Procesal Penal Argentino y el Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero.

4.1.1 El Caso Maqueda

4.2 Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad

4.2.1 Inconstitucionalidad

4.2.2 Inconvencionalidad

Capítulo 4: Impacto de los tratados de Derechos Humanos en el Derecho Procesal Penal

El diccionario de Real Academia Española, en su 22ª edición (2001), define de la siguiente manera a la expresión: impacto: (Del lat. tardío *impactus*). 1. m. Choque de un proyectil o de otro objeto contra algo. 2. m. Huella o señal que deja. 3. m. Efecto de una fuerza aplicada bruscamente. 4. m. Golpe emocional producido por una noticia desconcertante. 5. m. Efecto producido en la opinión pública por un acontecimiento, una disposición de la autoridad, una noticia, una catástrofe, etc. Ambiental: 1. m. Conjunto de posibles efectos negativos sobre el medio ambiente de una modificación del entorno natural, como consecuencia de obras u otras actividades.

Cabe preguntarnos entonces: ¿qué significa impacto de los tratados de derechos humanos en el Derecho Procesal Penal?

Vale preguntarnos además, respecto de la operatividad de estas normas supranacionales incorporadas a la CN por el Art. 75. Inc. 22, o bien, la necesidad de legislar reglamentos para su plena operatividad.

Para responder a esta cuestión, tenemos que tener en cuenta que estos ordenamientos contienen derechos del imputado y límites a la acción penal ejercida por el Estado frente al individuo que, en primer lugar, tienen jerarquía constitucional, por lo que forman parte del Derecho interno, por lo tanto, su inobservancia, importa una responsabilidad internacional del Estado y la violación de normas vigentes (Jauchen, 2005)

Como consecuencia directa de esta jerarquía constitucional de los tratados internacionales, los habitantes de esta Nación son titulares de los derechos expresados en ellos y gozan de la legitimación correspondiente, como sujeto activo, para hacer valer ante el Estado. Es más, estas normas supranacionales contienen instancias jurisdiccionales internacionales a donde el imputado puede recurrir cuando el Estado no reconoce los derechos en cuestión, hecho que lleva a determinar la obligatoriedad estatal de observar y no vulnerar estos derechos en su jurisdicción interna (Jauchen, 2005).

Justamente este control, en donde la Corte IDH es la revisora última de lo estatuido en la Convención, es el mayor impacto que se produce en el proceso penal interno, en cuanto a garantías judiciales se refiere. El Estado argentino reconoció la jurisdicción internacional, de ahí que esta jurisprudencia internacional deba servir de guía que los jueces deben tener en cuenta, para la interpretación de los preceptos convencionales⁵⁸, a fin de evitar sanciones de los estamentos supranacionales.

En este sentido, la Corte IDH⁵⁹ señaló que los Estados al adherir a estos tratados internacionales se someten a un orden legal en su derecho interno, asumiendo obligaciones no con respecto a otros Estados, sino para con los ciudadanos sometidos a su jurisdicción.

Ahora bien, con respecto a la validez interna de las normas internacionales, también debemos tener en cuenta dos posturas del Derecho Internacional, la “teoría dualista”, que requiere una ley del Congreso, además de la ratificación del Estado; y la “teoría monista”, que sostiene que solo la ratificación del Estado, la convierte en parte integrante del Derecho interno.

En el caso argentino, los tratados internacionales de derechos humanos cumplieron con las posiciones esgrimidas por ambas teorías, por cuanto, primero fueron ratificadas por el Poder Ejecutivo, luego aprobadas por el Poder Legislativo y posteriormente, en la reforma constitucional del '94, incorporadas con jerarquía constitucional.

La C.S.J.N. también hizo su aporte para superar las discrepancias que se generaron al respecto, señalando que las cláusulas de los tratados “gozan de la presunción de su operatividad por ser claras y completas para su directa aplicación”⁶⁰.

⁵⁸ C.S.J.N. “Giroldi”, del 7 de abril de 1995: “Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054)”. (Consid. 11).

⁵⁹ CORTE IDH, opinión consultiva 2/82.

⁶⁰ C.S.J.N., caso *Arancibia Clavel*”, voto de la mayoría, consid. 30, del 24-08-2004.

Esta declaración de la C.S.J.N., está en clara consonancia con el Art. 75, Inc. 22 de la CN, que luego de enumerar los tratados con jerarquía constitucional expresa: “en las condiciones de su vigencia”, brindando una referencia directa del Derecho interno a las normas internacionales de derechos humanos.

En este sentido, en el caso *Giroldi*⁶¹, la C.S.J.N. dejó valiosos antecedentes jurisprudenciales, porque al tratar la inconstitucionalidad de un artículo del código de procedimientos penales que establecía la irrecorribilidad por casación de las sentencias penales de poca monta, violando de este modo el artículo 8, inciso 2º, apartado h de la CADH, declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada, afirmando la supremacía de la Convención, al interpretar la expresión “en las condiciones de su vigencia”, lo que significa en la forma que la Convención efectivamente rige en el ámbito internacional.

Es de destacar que este artículo indica que los instrumentos internacionales con status constitucional no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución y que son complementarios de los derechos y garantías, y esta complementariedad evita que los derechos reconocidos sean desplazados, obligatoriedad que se extiende a las jurisdicciones provinciales en virtud del Art 5 de la CN.⁶²

Por lo tanto, para responder a la cuestión de operatividad directa o necesidad de reglamentarlas para su entrada en vigencia, es preciso reconocer si las normas tienen uno u otro estado, utilizando para ello la redacción gramatical.

Una norma es operativa, cuando su redacción, por ejemplo, expresa: “toda persona tiene derecho a..”; mientras que es programática, si señala que ley “debe” o “debería” hacer tal o cual cosa, o bien que “debe adoptar medidas para para tal otra..”, sin expresar que “se tiene” tal o cual derecho (Jauchen, 2005).

⁶¹ C.S.J.N., caso *Giroldi*, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación, del 7 de abril de 1995.

⁶² CN: Artículo 5º.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Sin embargo, la C.S.J.N., en el caso *Siri*⁶³, estableció como principio la presunción de operatividad directa de las normas constitucionales independientemente de la existencia de una ley reglamentaria, por lo que los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido.

Esta posición se verifica también en los votos en disidencia expresados por los ministros Petracchi y Moliné O'Connor en la causa "Ekmejdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros"⁶⁴, en donde sostienen que la CADH integra el ordenamiento jurídico argentino, independientemente del carácter operativo o programático de las normas.

En consecuencia, la jurisprudencia y la doctrina es coincidente en considerar plenamente operativa a las cláusulas establecidas en los pactos de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional en la reforma del '94.

4.1 Puntos de conflicto entre el articulado del art. 8 de la CADH y del art 14 del PID PIDCP y lo estatuido por el Código Procesal Penal Argentino y el Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero

Una de las facultades inherentes a la actividad judicial de la Corte IDH es la de supervisar el cumplimiento de los convenios y de sus decisiones por parte de los países

⁶³ C.S.J.N., *Sentencia Siri*, del 27 de diciembre de 1957: "...sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer "en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación", como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas. Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede creerse, las «declaraciones, derechos y garantías», simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina"....". (párr. 9)

⁶⁴ C.S.J.N.. Votos en disidencia de los ministros Petracchi y Moliné O'Connor. Causa "Ekmejdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros": "Que, en segundo término, cabe señalar que el Pacto de San José de Costa Rica integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31, Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2 de la Convención). Ello es así, independientemente del carácter operativo o programático de las normas que integran el Pacto". Consid. 13 1er párr., del 7 de julio de 1992.

miembros, quienes asumieron el compromiso de aceptar estas determinaciones⁶⁵ y vinculándolas a todos los poderes o funciones del Estado.

La misma C.S.J.N. ha señalado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones, corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)⁶⁶ y, conforme se ha insistido en jurisprudencia reiterada emitida por la Corte IDH y lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁶⁷, en donde se acordó que no se puede invocar al Derecho interno como causa de la no aplicación del tratado.

Estas reglas son consideradas principios generales del derecho, conforme las han tratado las Cortes Internacionales, en especial la propia Corte IDH, tanto en las sentencias dictadas dentro de casos contenciosos, como en las supervisiones de sentencia y opiniones consultivas.

Por ello, los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Es justamente esta obligatoriedad asumida por el Estado argentino ante organismos internacionales, en el concepto de mejorar el servicio de Justicia y brindar mayores

⁶⁵ CADH, art. 68.1: “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

⁶⁶ Locución latina, que se traduce como “lo pactado obliga”. En materia internacional se señala que: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, art. 26, de 1986).

⁶⁷ Convención de Viena, art. 27: “El Derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

garantías a sus ciudadanos, lo que genera el deber de cumplimiento de los compromisos contraídos. Más todavía, nuestro país incorporó al derecho interno, con rango constitucional (art. 75. Inc.22), a estos tratados de derechos humanos, en la reforma de 1994.

De este modo, el derecho interno adjetivo se encontró con un nuevo marco jurídico derivado de la CN, al que debió adaptarse y es en ese objetivo, en donde surgieron los conflictos con lo estipulado por las normas internacionales.

Además, es de tener en cuenta que en nuestro país predomina el paradigma “mixto” o “inquisitivo mitigado” que no es respetuoso del modelo constitucional actual que expresa literalmente diversos aspectos del proceso penal como la oralidad y publicidad del juicio, que no pueden ser dejados de lado y deben aplicarse indefectiblemente. (Cafferata Nores, J.I., 2000).

Esto es así, expresó la C.S.J.N. al pronunciarse en el caso “Martínez Areco” refiriéndose al instituto de la casación en el modelo europeo de proceso penal, porque nuestros constituyentes originarios tomaron como fuente de inspiración, entre otras, a la Constitución de los Estados Unidos⁶⁸, la que a su vez se había inspirado en el modelo inglés, por ello el modelo procesal constitucional es controversial y de juicios por jurado; pero nuestros codificadores redactaron las normas adjetivas siguiendo el modelo europeo que contiene reminiscencias inquisitivas⁶⁹, como los institutos de la prisión preventiva y la indagatoria.

⁶⁸ C.S.J.N., Sentencia “Martínez Areco”, del 18 de agosto de 2005: “Que este modelo de organización judicial no tiene nada en común con el nuestro. Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al europeo, su antípoda institucional. Los constituyentes norteamericanos, al proyectar el modelo que luego tomaría la Constitución Nacional, no desconfiaban de los jueces, sino del poder central —federal— que creaban. Temían generar un monstruo que lesionase o suprimiese el principio federal. Los derechos consagrados en la Constitución de los Estados Unidos, en su origen, no limitaban las leyes de los Estados, sino sólo las leyes federales. Los norteamericanos se independizaban de la Corona, pero no querían instituir un poder central —federal— que en definitiva viniese a ejercer un poder arbitrario análogo. Por ello, dieron a todos los jueces la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes y, en última instancia, a su Corte Suprema. El Poder Judicial norteamericano no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad; el único elemento de verticalidad fue el stare decisis. En lugar de encargar a los legisladores el control de los jueces — como los franceses—, los norteamericanos pusieron a los jueces a controlar a los legisladores. (Consid. 12)

⁶⁹ *Ibidem*: “Que el proceso penal que en la legislación comparada y a partir del modelo napoleónico acompañó a los estados legales de derechos europeos y a sus sistemas judiciales corporativos y verticalmente organizados, es el llamado mixto, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un

Es necesario observar, además, que estas garantías judiciales de la CADH y del PIDCP, tal como lo expresan desde la doctrina, no son nuevas por cuanto no agregan nada

juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusatorio es público, pero las pruebas del sumario inquisitorio siempre pesan. El viejo modelo del proceso penal napoleónico se extendió por Europa, junto con el modelo judicial vertical y la casación, siendo inseparable de ésta en materia penal.

Por el contrario, el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público.

Posiblemente sea necesaria —aquí sí— una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio”. (Consid. 16) “Que la casación penal llegó a la Argentina acompañando el modelo procesal penal europeo, considerado en su momento —con toda justicia— como un notorio avance legislativo, lo que no es comprensible si se prescindiera de la perspectiva histórica en que se produjo este hecho. La contradicción se explica porque nuestros legisladores del siglo XIX desecharon los proyectos de juicio por jurados y partieron del proceso penal español en el momento más inquisitorio de su historia contemporánea. El procedimiento que se estableció en el ámbito nacional fue escrito, con amplia vigencia del secreto; la instrucción, extremadamente inquisitoria, larga y farragosa; el juez investigador, dotado de enormes poderes. Tal fue el modelo procesal con que Obarrio debió llenar urgentemente un vacío que se hacía insoportable. La República —por vía de sanciones provinciales y del propio Congreso Nacional para la Ciudad de Buenos Aires— se regía por un código penal basado en la mejor tradición liberal europea, la sanción del primer código penal nacional no alteró esa tradición inaugurada por Carlos Tejedor, inspirado en Johann Paul Anselm von Feuerbach y el código de Baviera de 1813. Obarrio era un penalista liberal profundamente inspirado en Francesco Carrara, pero su obra legislativa procesal era requerida porque la República necesitaba códigos con urgencia y no había tiempo de modificar la pesada estructura judicial del momento. Por ende, se trataba de un texto eminentemente provisorio, pero que perduró más de un siglo y, además, fue imitado por todas las provincias. La bocanada liberal de Tomás Jofré con los códigos de San Luis primero y de la Provincia de Buenos Aires más tarde, se vió rápidamente neutralizada con la delegación de la actividad instructoria directamente en la policía dependiente del Poder Ejecutivo”. (Consid. 17).

“Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

Durante buena parte del siglo pasado —y en lo federal, hasta fines de ese siglo— no tuvimos el proceso penal propio del sistema de Poder Judicial horizontalmente organizado con control de constitucionalidad (Estado constitucional de derecho). Es más, ni siquiera tuvimos el que era corriente en los poderes judiciales corporativos sin control de constitucionalidad (estados legales de derecho), sino el producto de una coyuntura histórica española mucho más inquisitoria y derogada en su propio país de origen. No necesitábamos la casación, porque en el procedimiento escrito se imponía la apelación, en que el tribunal plural revisaba todo lo resuelto por el juez unipersonal. La unificación interpretativa era ocasional y se llevaba a cabo por medio de la inaplicabilidad de ley y los plenarios”. (Consid. 18).

nuevo al contenido del derecho procesal penal estatuido en la CN, por cuanto fueron compiladas de constituciones nacionales y declaraciones vigentes.

Sin embargo, la redacción expresa aporta claridad y evita interpretaciones imprecisas, que podría generar el texto genérico de estas garantías judiciales en nuestra Carta Magna, implícitas hasta ese momento.

Según Pastor⁷⁰, un ejemplo claro de estas ventajas de la redacción expresa, es el principio “non bis in ídem” que podría ser interpretado por la C.S.J.N. que no forma parte de los derechos no enumerados del art. 33 de la CN, sin embargo, la mención explícita en los instrumentos internacionales, evita un pronunciamiento que impida su ejecutividad.

A esta situación se debe añadir el tema del control que se realiza sobre los pronunciamientos en sentencias judiciales, los que comienzan en casación, continúan en los Tribunales Superiores de cada jurisdicción, para pasar luego a la C.S.J.N., en casos de conocimiento de la Justicia Ordinaria; mientras que en la Justicia Federal los fallos de los Tribunales son controlados por la CNCP y luego por la C.S.J.N.. Mientras que los pronunciamientos del Máximo Tribunal argentino, pueden ser controlados por la Corte IDH⁷¹.

En este contexto, observamos que el aspecto innovativo de estas garantías judiciales, radica fundamentalmente en los mecanismos de control relacionados directamente con la responsabilidad internacional del Estado por los compromisos asumidos. En este aspecto, es en donde se verifica con mayor claridad el “impacto” de las normas supranacionales en el derecho procesal penal interno, que no es teórico, sino realmente concreto, al punto de que obligó a la C.S.J.N. a modificar sus criterios jurisprudenciales, produciéndose una evolución interpretativa de estas garantías judiciales. (Pastor D.R., 1999).

⁷⁰ Dr. Daniel Pastor, “*El llamado impacto de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal*”, publicado en www.eldial.com.ar, sección Doctrina.

⁷¹ OEA/Ser.L/V/II.49 DOC. 19 P.29: “La razón que, en definitiva, explica a existencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos..., obedece a esta necesidad de encontrar una instancia a la que pueda recurrirse cuando los derechos humanos han sido violados por tales agentes u órganos estatales”.

Así sucedió en los casos “Jauregui” y “Girolodi”, en donde la C.S.J.N., a la luz de la CADH, abandonó de manera escalonada, los criterios sobre la doble instancia, que anteriormente no eran considerados como garantía constitucional. Por lo tanto, la recepción jurisprudencial de estas garantías, no se fundamentan estrictamente en la redacción explícita en los tratados internacionales, sino en la necesaria adecuación de los criterios de la C.S.J.N., para que sus pronunciamientos en esta materia no sean desautorizados y desestimados en Tribunales internacionales, generando a la vez, responsabilidad para el Estado, por no cumplir con los compromisos asumidos en el marco de esos convenios.

Es por ello, que la doctrina considera que el impacto depende también, de los pronunciamientos internacionales de los organismos de control, ya que la mayor cobertura de estas garantías judiciales no proviene de lo estatuido en los tratados internacionales del art. 75 inc. 22, porque no son nuevas, sino que provienen del temor de la C.S.J.N. a que sus sentencias sean desautorizadas por la Corte IDH, generando, además, responsabilidad para el Estado argentino en virtud de abusos de poder no reparados. (Pastor D.R., 1999).

4.1.1. El Caso Maqueda

En este sentido, el caso “Maqueda”, resulta paradigmático, en cuanto al control internacional de las sentencias emitidas por los Tribunales argentinos, ya que es un caso denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero en el que la Corte IDH no se expidió al respecto, porque se desistió de la demanda por cuanto el Estado argentino se allanó y modificó lo actuado, ordenando la inmediata libertad del imputado.

El caso en el orden internacional fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra la República Argentina, la que sometió la causa ante la Corte IDH el 25 de mayo de 1994, para que decidiera si hubo violación de la CADH por la condena a diez (10) años de prisión de Guillermo José Maqueda⁷².

⁷² Corte IDH, Resolución “Maqueda”, del 17 de enero 1995: “La Comisión solicitó a la Corte que declare que la Argentina ha violado en perjuicio de la alegada víctima, el derecho a ser oído por un tribunal imparcial (artículo 8.1); el derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2); y el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior(artículo 8.2.h), juntamente con las garantías judiciales del artículo 25, todos ellos en

Además de solicitar, entre otros, la inmediata libertad del imputado por vía de indulto o conmutación de la pena y que el Estado Argentino indemnice a Maqueda por el grave daño, material y moral, sufrido a consecuencia de la violación de sus derechos protegidos en la Convención y modificación de una ley contraria a lo instituido por la CADH.

Ahora, bien, el caso comienza, cuando Guillermo Maqueda, miembro activo del Movimiento Todos por la Patria (MTP) asiente en participar, en defensa de la democracia, de una marcha pacífica en contra de un presunto levantamiento militar en el cuartel de La Tablada; pero al asistir se encontró con un enfrentamiento armado por lo que la marcha no se pudo realizar, retirándose luego a su domicilio.

Uno de los bandos estaba integrado por miembros del MTP que intentaron copar el cuartel militar, quienes fueron detenidos y luego condenados por el hecho. Cuatro meses después, Maqueda fue detenido y la Cámara Federal de San Martín lo condenó a diez (10) años de prisión en aplicación de la Ley 23.077⁷³.

Los representantes de Maqueda interpusieron un Recurso Extraordinario, que fue rechazado, por lo que presentaron ante la C.S.J.N. un Recurso de Queja que también fue rechazado, quedando agotadas las instancias procesales en la jurisdicción interna⁷⁴.

En este contexto, el 15 de septiembre de 1992, llega a la Comisión Interamericana la denuncia de Maqueda en contra de Argentina presentada por sus padres, Human Rights Watch/Americas y Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)⁷⁵.

relación con la obligación genérica de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio de conformidad con el artículo 1.1 de la misma. Asimismo, que declare que el Estado Argentino ha violado el artículo 2 de la Convención, al no adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 8.2.h.” (Consid. 2).

⁷³ Ley 23.077, sancionada el 9 de agosto de 1984, llamada “Ley de Defensa de la Democracia” que crea un procedimiento penal especial para casos de actos de violencia que tienen por fin atentar contra el orden constitucional y la vida democrática.

⁷⁴ Corte IDH, Resolución “Maqueda”, del 17 de enero 1995: “Según la Comisión Interamericana, Guillermo Maqueda, ‘no tuvo posibilidad de interponer un recurso de revisión de la sentencia debido a que la Ley 23.077 no contempla apelación ni recurso amplio ante ningún tribunal de alzada. Por lo tanto, la única alternativa que quedaba al acusado era recurrir ante la Corte Suprema utilizando la vía del Recurso Extraordinario, un recurso de tipo excepcional y sujeto a restricciones’”. (consid. 6 in fine)

⁷⁵ *Ibidem*, “La denuncia alegaba ‘que la condena del Sr. Maqueda a diez (10) años de prisión por presunta vinculación al ataque del 23 de enero de 1989, en el Regimiento de la Infantería Motorizada 3 de La Tablada,

En el marco de las comunicaciones pertinentes, la Corte IDH destacó que es competente para tomar conocimiento del caso, porque Argentina es Estado Parte en la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984 y aceptó en esa misma fecha la competencia contenciosa de la Corte a que se refiere el artículo 62.3 de la Convención⁷⁶.

Posteriormente, la Comisión notificó a la Corte su decisión de desistir de la demanda porque el Estado argentino había dado cumplimiento a un acuerdo de partes que le permitió a Maqueda salir en libertad condicional⁷⁷.

El acuerdo en cuestión, fue firmado en Washington y establece el compromiso del Estado Argentino a dictar un decreto de conmutación de pena en favor de Maqueda para otorgarle inmediata libertad condicional.

Finalmente, al haberse cumplido todo lo establecido en el acuerdo, la Corte IDH homologó lo convenido, admitió el desistimiento de la acción deducida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictó el sobreseimiento correspondiente, pero se reservó la facultad de reabrir y continuar la tramitación del caso si hubiere en el futuro un cambio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo.

En definitiva, el Estado argentino se vio obligado a modificar lo actuado en el caso y ordenar la inmediata libertad de Maqueda, a partir de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo conocimiento del caso y lo puso a consideración de la Corte IDH para que ésta decida si hubo violación de la CADH.

Es decir, el control ejercido por el Tribunal internacional sobre la sentencia dictada por la Cámara Federal de San Martín, permitió que las garantías judiciales estatuidas en el

en la Provincia de Buenos Aires, violaba sus derechos humanos consagrados en la Convención Americana, en particular los artículos 2, 8 y 25 en relación al artículo 1.1". (consid 7).

⁷⁶ CADH 62.3: "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

⁷⁷ Corte IDH, Resolución "Maqueda", del 17 de enero 1995: "Mediante nota del 2 de noviembre de 1994, la Comisión remitió copia del acuerdo entre las partes del 20 de septiembre de 1994 y del Decreto N° 1680/94, publicado en el Boletín Oficial N° 27.895, 1a. Sección, que le permitió al señor Maqueda salir en libertad condicional. (consid. 18).

art. 8 de la CADH sean plenamente operativas en favor de Maqueda, quien recuperó inmediatamente su libertad.

Pero a la vez, por el desistimiento, quedó una cuestión sin pronunciamiento por cuanto la Comisión también había pedido que la Corte IDH se expida obligando al Estado argentino que garantice el instituto de la doble instancia, cercenado por la Ley 23.077⁷⁸.

4.2 Inconstitucionalidad e Inconvencionalidad

4.2.1 Inconstitucionalidad

La Carta Magna constituye el marco jurídico y el modelo de Estado que un pueblo eligió, en ello se basa el fundamento o razón de asegurar la supremacía de la Constitución, sobre las leyes, tratados, decretos y demás normas integradoras de la pirámide jurídica. Es en este contexto, en donde la doctrina de la supremacía exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad.

En consecuencia, toda norma o acto violatorio de esta supremacía no vale porque es inconstitucional o anticonstitucional, pero el sistema que garantiza la supremacía constitucional, requiere establecer un remedio eficaz a fin de defender y restaurar este status jerárquico violado. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales. (Bidart Campos, 1997).

Ahora bien, esta supremacía constitucional reviste un doble alcance respecto a la estructura federal de nuestro país, por lo que la CN prevalece sobre todo el orden jurídico – político del Estado Nacional y también sobre todo el derecho provincial, tal como lo

⁷⁸ Ibídem, “Que declare que el Estado Argentino está obligado a establecer un mecanismo ordinario que garantice la doble instancia en el procedimiento establecido por la ley 23.077 con el fin de lograr la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana de acuerdo a lo establecido por su artículo 2”. (consid. 4.4)

establecen los arts. 5⁷⁹ y 31⁸⁰. Este principio se completa con lo establecido en el art. 27⁸¹ (para los tratados que sólo tienen prelación sobre las leyes), del art. 28⁸² (para las leyes), y del art. 99 inc. 2^o⁸³ (para los decretos del poder ejecutivo que reglamentan a las leyes). (Bidart Campos, 1997).

Ahora bien, en la propia CN se observa la ausencia de una cláusula específica que otorgue a un órgano o Poder del Estado, la potestad de controlar que se cumpla con este objetivo que, en definitiva, tuvo una consagración jurisprudencial en el caso “Marbury v. Madison”, sustanciado en los EEUU. La constitución de los EEUU, guarda silencio también, con respecto a un órgano competente para hacer efectivo el control de la supremacía de la Constitución por lo que la opinión al respecto no era pacífica en el país del norte. Esto fue así hasta 1803, año en el que se dictó sentencia en el caso “Marbury vs. Madison”.

Los hechos en este caso dieron comienzo el 17 de febrero de 1801, luego de una reñida elección presidencial que había culminado en un empate virtual, la Cámara de Representantes eligió a Thomas Jefferson como presidente de los EEUU, pero es importante tener en cuenta que el 4 de febrero de ese año, apenas unos días antes, John Marshall había asumido como presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, luego de ocupar el cargo de Secretario de Estado de la administración saliente, encabezada por John Quincy Adams.

⁷⁹ CN. Artículo 5º.- “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

⁸⁰ *Ibidem*. Artículo 31.- “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

⁸¹ *Ibidem*. Artículo 27.- “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁸² *Ibidem*. Artículo 28.- “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

⁸³ *Ibidem*. Artículo 99.- “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

Pero, desde la elección de Jefferson hasta su asunción, el 4 de marzo, Adams antes de dejar el poder, dispuso tres medidas que darán lugar a un fuerte enfrentamiento con el presidente entrante. Logró reducir de seis a cinco el número de jueces de la Corte Suprema, para evitar que Jefferson designe un reemplazante para un magistrado enfermo. Consiguio que el Congreso aprobara la creación de dieciséis cargos de jueces de circuito. Y la tercera medida, fue obtener una rápida aprobación legislativa referida a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia (hoy Washington D. C.), por la que se creaban Juzgados de Paz para el distrito.

El día anterior a que Jefferson asumiera la presidencia, Adams propuso el nombre de 42 personas para cubrir los puestos creados, que alcanzaron inmediato acuerdo del Senado. Acuciado por el tiempo, comenzaron a notificar a los jueces, pero como eran tantos, William Madbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper quedaron sin ser formalmente comunicados.

Al asumir Jefferson, ordenó a su Secretario de Estado, William Madison, que retuviera las designaciones pendientes, por lo que Marbury y los otros tres postulados, que contaban con acuerdo del Senado, solicitaron la notificación de sus designaciones, lo que no ocurrió y que originó que en diciembre de 1801, se planteara formal demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole a ésta que ordenara a Madison, a través del denominado writ of mandamus, que los pusiera en funciones.

Recién en 1803 se conoció la sentencia, y en referencia al presente TFG, entre otros, el punto más relevante, es que muestra a la Corte como el intérprete decisivo de la Constitución, atribución que también tienen los demás tribunales del país, según lo expresado textualmente por el fallo de Marshall⁸⁴. Otro aspecto relevante del fallo está referido al carácter supremo de la Constitución, por lo que si la Legislatura pudiera alterarla por una ley ordinaria, quedaría reducida a una ley.

⁸⁴ Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Marbury v. Madison*”, 5 U.S. 137, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, del 24 de febrero de 1803: “*Por cierto que es competencia y deber de los tribunales decir lo que es la ley (...) Si dos leyes entran en conflicto, los tribunales deben decidir cómo opera cada una de ellas. Así, si una ley estuviera en contradicción con la Constitución; si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, la Corte o debería decidir el caso de conformidad con la ley, desechando la Constitución; o de acuerdo a la Constitución, desechando la ley; la Corte debe resolver cuál de estas reglas en conflicto gobierna el caso. Esto hace a la esencia misma de la función judicial*”.

Asimismo, en el derecho inglés se encuentra la sentencia del juez sir Edward Coke, en el caso “The Collegue of Psysicians v. Thomas Bonham” (Bonham case) del año 1610, un importante precedente sobre la formulación de la supremacía constitucional, por cuanto introdujo la idea de un “fundamental law”⁸⁵, lo que permitió luego, que prosperen en Inglaterra, los principios de limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía.

En consecuencia, la competencia de la Corte como intérprete decisiva de la Constitución, y la potestad de los Tribunales del país al respecto, son los aspectos valorativos tomados por la C.S.J.N., para el control de constitucionalidad de las leyes y su interpretación. En cuanto al órgano que lo ejerce, el sistema es judicial y difuso. Corresponde a todos los jueces sin distinción de categorías o jurisdicciones, nacional o provinciales todos los jueces pueden llevarlo a cabo, sin perjuicio de llegar a la Corte Suprema como tribunal último por vía de Recurso Extraordinario legislado en el art. 14 de la ley 48.

Es de tener en cuenta, entonces, que el constitucionalismo utiliza la noción de constitución formal para atender la supremacía constitucional, es decir la constitución revestida de suprallegalidad, que obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. La supremacía constitucional supone además, una gradación jerárquica, en donde la CN está en lo más alto de la pirámide y subordina a todo el orden jurídico derivado y si esta subordinación no se verifica, estamos ante un caso que denominamos “inconstitucionalidad” o “anti-constitucionalidad”.

En esta pirámide de prelación ocupan el lugar más encumbrado, la CN y los Instrumentos Internacionales del art. 75 inc. 22 CN, que en conjunto conforman el bloque de Constitucionalidad federal, al que se debe agregar la Convención Americana de Desaparición Forzada de Personas, aprobada por el Congreso en 1997. Luego vienen los Tratados sin jerarquía constitucional, art. 75 inc. 24, los Tratados de Integración, las Leyes Nacionales y las Leyes de Provincias.

⁸⁵ Juez sir Edward Coke, sentencia “The Collegue of Psysicians v. Thomas Bonham”, de 1610: “*el Common Law goza de supremacía sobre los actos del rey y aún sobre las Leyes del Parlamento*”.

4.2.2 Inconvencionalidad

En este marco, tanto la CADH como el PIDCP gozan de status constitucional en virtud del art. 75 inc. 22, por ende, tienen mayor jerarquía que las leyes, razón por la cual, los jueces, como parte del control de constitucionalidad, deben velar que no se dicten normas contrarias a lo legislado por estos instrumentos internacionales, de no ser así, estaríamos en presencia de un caso de “inconvencionalidad”, de este modo, se expidió la Corte IDH en la causa “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”⁸⁶.

La Corte IDH, se expidió en igual término en el caso “Boyce y otros Vs. Barbados”, sentencia del 20 de noviembre de 2007, indicando que lo correcto no era evaluar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión, sino más bien si era convencional⁸⁷. Idéntica postura asumió al pronunciarse en el caso “La Cantuta Vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, (consid. 173), en donde reitera la cuestión de la convencionalidad de la norma y los alcances de la responsabilidad internacional del Estado, reproduciendo lo especificado en la causa “Almonacid Arellano”⁸⁸.

⁸⁶ Corte IDH, Sentencia “*Almonacid Arellano*”, del 26 de septiembre de 2006: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Consid. 124)

⁸⁷ Corte IDH, Sentencia “*Boyce y otros Vs. Barbados*”, del 20 de noviembre de 2007: “El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (Consid. 78)

⁸⁸ Corte IDH, Sentencia “*Almonacid Arellano*”, del 26 de septiembre de 2006: “La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención

Esta responsabilidad internacional frente a los compromisos asumidos por el Estado Argentino, nace ante el quebrantamiento de un derecho o una garantía contemplada en la CADH, por ello es conveniente que los órganos jurisdiccionales ejerzan el control de convencionalidad, a los efectos de evitar las consecuencias correspondientes. Es decir, que las violaciones contra las garantías y derechos individuales estatuidos en las convenciones aprobadas por el Estado, tienen a partir de ese momento, consecuencias internacionales que antes no tenían y un control de convencionalidad, ejercido por un órgano internacional (Corte IDH), sobre lo actuado en el orden interno⁸⁹.

En este contexto, es la propia C.S.J.N., como órgano supremo, la que ha precisado los alcances de este compromiso internacional del Estado, al pronunciarse en la causa “Giroldi”, indicando la necesidad de aplicar los tratados internacionales con jerarquía constitucional, utilizando como guía la interpretación que hace de ellos el órgano de contralor internacional⁹⁰. Es decir, no solo respetar, sino garantizar la aplicación de estas garantías judiciales para no generar responsabilidades ante la comunidad internacional⁹¹.

Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”. (consid. 123)

⁸⁹ Dr. Daniel R. Pastor, “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año V, número 9. El llamado impacto de los tratados de derechos humanos en el Derecho interno con especial referencia al Derecho procesal penal”: “...cometidas por el Poder Judicial, tienen consecuencias internacionales, que antes no tenían, gracias a la existencia de los mecanismos de control de los tratados, todo lo cual demuestra que ahora al menos los custodios nacionales están custodiados por custodios internacionales”, pág. 51.

⁹⁰ C.S.J.N. “Giroldi”, del 7 de abril de 1995: “Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054)”. (Consid. 11).

⁹¹ *Ibidem*: “Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde --en la medida de su jurisdicción-- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su

Como consecuencia de estos pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la C.S.J.N., tres cuestiones quedan en claro, la primera de ellas: la necesidad de un control de convencionalidad, siguiendo los criterios asumidos por la Corte IDH como intérprete última de la Convención Americana; el segundo: la competencia exclusiva de los jueces para realizar este control, ante planteamiento de parte; y la tercera: la responsabilidad que les cabe a los Estados en torno al cumplimiento de lo estatuido por el instrumento internacional.

Podemos, además, observar tres niveles de control judicial interno: 1) control constitucional provincial; 2) control constitucional nacional; y 3) control de convencionalidad, siendo la C.S.J.N. el órgano máximo de contralor; quedando en el ámbito internacional, la Corte IDH, como intérprete última de la Convención Americana.

Un aspecto final en este tema, al momento de desarrollar este TFG, el senador Ab. Marcelo Fuentes expresó su intención de impulsar en el Congreso de la Nación, la creación de un Tribunal Constitucional, propuesta que fue tomada por el juez de la C.S.J.N., Eugenio Zaffaroni, quien se manifestó de acuerdo con la creación de un tribunal de control de constitucionalidad, pero señalando que esa reforma debería darse dentro de un cambio institucional más amplio, que incluya la instauración de un régimen parlamentario. Dijo además, que este tribunal constitucional debería ejercer un control centralizado, siguiendo el modelo de la mayoría de los países europeos; y afirmó que en Argentina seguimos el modelo de Estados Unidos “convenientemente arruinado”, por lo que lo calificó como “control débil”. (La Nación, 2013).

jurisdicción". Según dicha Corte, "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención (opinión consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 --"Excepciones al agotamiento de los recursos internos" 4, párr. 34--). Garantizar entraña, asimismo, "el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (id., parág. 23)". (Consd. 12).

Capítulo 5: Límites al abuso del Poder Penal del Estado

5.1 Garantías Judiciales del art. 8 de la CADH y del art 14 del PIDCP y los límites establecidos al abuso del poder penal del Estado, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano

5.1.1 Garantías Judiciales

5.2 Cambios de criterios en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el compromiso internacional

Capítulo 5: Límites al abuso del Poder Penal del Estado

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido en el caso “Tribunal Constitucional c/ Perú, del 31 de enero de 2001, que el respeto a los derechos humanos constituye un límite al sistema penal que ejerce el Estado⁹².

En tanto que, por sistema penal del Estado, se entiende al conjunto humano e institucional integrado por el Poder Judicial, fuerzas de seguridad y de institutos penitenciarios responsables de las funciones de prevención, investigación, juzgamiento y penalización de los delitos. (Jauchen, 2005).

Claro está que este listado de actores involucrados en el sistema penal estatal, se complementa con la actividad legislativa y de gestión de los poderes Legislativo y Ejecutivo respectivamente.

A su vez, la historia da cuenta de los distintos momentos que caracterizan al procedimiento de persecución del ciudadano por la supuesta comisión de un delito, que ha variado sustancialmente modificando el trato brindado al imputado en su persona y en el ejercicio de sus derechos, como consecuencia de que el proceso y el derecho penal son el reflejo del modelo político y social que exterioriza una sociedad, por cuanto su sistema de valores influye directamente en el plexo legal penal, de allí que el concepto de delito, su pena y el proceso penal estarán supeditado a tres cuestiones: 1) el rol que esa sociedad le asigna al Estado, 2) el valor que le reconozca al individuo, y 3) a la regulación de la relación entre ambos. (Cafferata Nores, 2000)

De este modo, observamos un primer período ubicado en las relaciones de la sociedad primitiva que comienza a socializar en el marco de las tribus, en donde no existía una organización social, por lo que ante la conducta dañosa de uno de sus integrantes, el

⁹² Corte IDH, sentencia “*Tribunal Constitucional*”, del 31 de enero de 2001: El respeto de los derechos humanos constituye en límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respeto de la demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además, la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la convención”. (consid. 68).

damnificado daba una respuesta justiciera por mano propia, era la “venganza del ofendido”, admitida como refutación válida. (Jauchen, 2005)

Luego, un segundo período se evidencia en la antigua Grecia, al igual que en Roma. Allí imperó un sistema acusatorio de enjuiciamiento en donde le estaba vedado al tribunal impulsar la acción penal de oficio y el imputado gozaba hasta la sentencia, de todos sus derechos en una posición de igualdad con su acusador, lo que le posibilitaba su legítima defensa.

Un tercer período se verifica a partir del Siglo XIII, cuando Europa continental comienza a organizarse bajo la figura de los reyes. Esta nueva organización política tiene signos que la caracterizan, entre ellos, el poder central detentado por la clase dominante y la fuerte influencia del catolicismo y el Derecho Canónico.

En la práctica, esa organización social estaba estructurada para dominar a las clases bajas y para cumplir con este objetivo se valieron del sistema penal para utilizarlo como una herramienta de sometimiento, control y resguardo, a fin de conservar y afianzar el poder que investían (Jauchen 2005). Esta es la génesis de la Inquisición.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que esta transferencia del poder penal, de la cultura tribal a un modo más civilizado para decidir los conflictos y de este modo evitar la venganza privada, conlleva el planteo de un problema grave: el poder penal, tanto en su definición, como en su ejercicio práctico representa, en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social. (Maier 2002).

Durante el oscuro período inquisitivo, el sistema persecutorio implementado no permitía al imputado el ejercicio de ninguno de sus derechos, ni siquiera de los más elementales como los inherentes a su condición humana.

Convergían, además, en una sola persona, obviamente relacionada con el poder dominante, las funciones de administrar la justicia, investigar, juzgar y de verdugo, quien inicia el proceso persecutorio de oficio, ante la mera denuncia, por lo general, anónima y arbitraria.

La confesión era entonces: la prueba, lo que determinaba la culpabilidad y pena del imputado y para obtenerla, se permitió el ejercicio de someter al denunciado a tratos crueles e inhumanos, por ello la tortura alcanzó su perfección, incluso, con la construcción de atroces máquinas de tormento y diferentes métodos de muerte.

Esta práctica se prolongó hasta fines del Siglo XVI y de la mano del iluminismo y de la necesidad de gestar un nuevo orden como contraposición al perverso sistema inquisitivo, la rebelión imperante en la base del pueblo produjo uno de los hitos históricos que signaron a la humanidad: la Revolución Francesa de 1789, que propone una nueva organización político – social, en base al lema: “igualdad, libertad y fraternidad”.

Es en ese contexto político – social en donde se plasma la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que coloca nuevamente a la persona en el centro de escena reconociendo sus derechos y deberes y dando nacimiento al constitucionalismo, que se propaga rápidamente por Europa continental, merced a la dominación napoleónica.

En el plano jurídico penal, también se verifican estos profundos cambios, por cuanto la organización política de la sociedad moderna se institucionaliza para establecer un orden y en él; entrega al Estado, la potestad absoluta de la persecución delictiva a través de un poder judicial y otorgando al imputado el respeto como ser humano.

Los nobles principios de la Revolución Francesa se cristalizaron en las constituciones, pero sin embargo, hay dos cuestiones de real importancia a tener en cuenta. El primero de ellos es que si bien se recuperó el sistema penal acusatorio, las nuevas legislaciones sustanciales y adjetivas mantenían resabios de la inquisición, vaya como ejemplo, el instituto de la prisión preventiva y la declaración indagatoria; conformado de este modo, un nuevo sistema penal mixto acusatorio – inquisitivo.

La segunda cuestión planteada está referida a las consecuencias de la nueva organización política de la era moderna, en donde se observa con el paso de los años, la tergiversación de aquellos elevados postulados que promovieron los sistemas constitucionalistas, republicanos y democráticos derivados de la Revolución Francesa, por

cuanto los poderes de turno vulneraron estos principios –o al menos los manipularon- para fortalecer, conservar y a la vez, lograr inmunidad de su poder. (Jauchen, 2005).

Nuevamente, el “sistema penal”, fue la herramienta elegida como medio idóneo de control social y no se dudó en considerar delincuente a los opositores políticos o económicos, legislando normas penales en este sentido, con prescindencia y menoscabo de los principios científicos del derecho penal y el constitucionalismo, exclusivamente con fines políticos. (Jauchen, 2005).

Es en este contexto en donde se verifica una nueva etapa en la historia de los procedimientos de persecución del ciudadano por la supuesta comisión de un delito, porque como reacción lógica a esta práctica abusiva del derecho, surgen los límites al Estado frente al individuo, plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); El PIDCP (1966), la CADH (1969) y la Convención Europea sobre Derechos Humanos (1950), entre las más destacadas.

“Estas vacunas normativas” (Jauchen, 2005, p. 61) y las nuevas ideas sobre progreso y humanización, fundamentalmente luego de la segunda guerra mundial, impulsaron reformas legislativas para adecuar el plexo jurídico a este nuevo paradigma.

En el caso concreto de nuestro país, al igual que en otros Estados de América Latina, se debe tener en cuenta, además, los últimos procesos de dictaduras militares, que se caracterizaron por la permanente violación de los derechos humanos y justamente, en el retorno a la democracia, se produce en Argentina la reforma constitucional de 1994, en donde los constituyentes otorgan en el art. 75. inc. 22, el status constitucional a estos acuerdos internacionales, conformando la etapa actual en el proceso de persecución penal.

En consecuencia, las garantías jurídicas constitucionales, complementadas ahora por estos instrumentos internacionales, establecen límites al poder punitivo del Estado, prohibiendo prácticas abusivas y garantizando el respeto irrestricto de los derechos individuales, la dignidad del hombre y de los afectados.

Pero, es necesario observar que este proceso de organización judicial está estrechamente unido a las garantías individuales, ejemplo de ello es el principio del juez

natural, que no tendría sentido si no se asegura la independencia de decisión de los órganos de administración de justicia, como garantía de seguridad jurídica para el justiciable. Otro ejemplo es que el juicio por jurados implica, histórica y políticamente, la decisión a favor de un determinado sistema de enjuiciamiento (acusatorio), al menos para el período principal del procedimiento, y no tan sólo la voluntad jurídica de integrar de determinada manera los tribunales de juicio. (Maier 2002).

Por su parte, la Corte IDH considera al proceso judicial, como un medio que ayuda a una solución justa en una controversia, merced a un conjunto de actos de diversas características reunidos bajo el nombre de “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”. (Maljar 2006).

5.1 Garantías Judiciales del art. 8 de la CADH y del art 14 del PIDCP y los límites establecidos al abuso del poder penal del Estado, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano

La Corte IDH se pronuncia en 1982 a través de una Opinión Consultiva para referirse a las reservas que algunos países realizaron sobre la vigencia y operatividad de la CADH y en ella, emite una definición sobre los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, señalando que no son tratados tradicionales entre Estados, sino que tienen como objeto la defensa de los derechos fundamentales de los hombres frente a su propio Estado, u otro contratante, los que están obligados a someterse al orden legal establecido en esas convenciones⁹³.

En tanto, en el caso “Hilaire vs. Trinidad y Tobago”, la Corte IDH -20 años después-, expresa que los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen

⁹³ Corte IDH, opinión consultiva OC-2/82, “El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”: “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. (párr. 29).

mecanismos específicos de control; que son de garantía colectiva; que estatuye obligaciones objetivas de naturaleza especial y su no observancia, produce consecuencias jurídicas⁹⁴.

De este modo, la Corte IDH destaca la plena vigencia y operatividad de los instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen límites al abuso del poder penal del Estado, en garantía del respeto irrestricto de los derechos individuales y de la dignidad del ser humano.

5.1.1 Garantías Judiciales

*** Derecho de ser oído. (Acceso a la jurisdicción) CADH 8.1 y PIDCP 14.1**

En el proceso penal, como método de juzgamiento, el imputado goza de derecho de ser oído (contracara del derecho de abstenerse a declarar), potestad esbozada de manera genérica en los art. 14⁹⁵ y 18⁹⁶ de la CN, y de manera específica en el art. 75 inc. 22, en función de la CADH 8.1 y del PIDCP 14.1. También se encuentran contemplado en los códigos adjetivos, brindándole la oportunidad de ser escuchado al ofrecer su descargo y proponer la producción de medidas probatorias tendientes a efectivizar el mismo, debiendo la instrucción realizarlas por imperativo legal.

El art. 8.1 de la CADH reza: “Toda persona tiene derecho a ser oída...”; mientras que el art. 14.1 del PIDCP establece: “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías...”.

⁹⁴ Corte IDH, (Excepciones Preliminares), Sentencia “Hilaire vs. Trinidad y Tobago”, del 1-09-01: “La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza especial, que la diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno” (Hilaire vs. Trinidad y Tobago, párr. 94).

⁹⁵ CN, art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de peticionar a las autoridades...”

⁹⁶ CN, art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ...”

Esto significa que el ciudadano tiene el derecho de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado en busca de protección de sus derechos, es decir, tener acceso a la jurisdicción para solucionar sus controversias, entendido bajo el concepto de “tutela judicial efectiva” en todos los procesos, sean estos judiciales o administrativos. (Maljar 2006).

En este marco, el abogado defensor forma parte también de ese derecho de ser oído representando a su defendido durante el proceso a través de la defensa técnica, tanto en el ofrecimiento de medidas probatorias, como también en el control de los testimonios de cargo y la producción de otras medidas, tales como estudios periciales, donde el imputado, o bien se encuentra ausente, o cuando su presencia no es necesaria.

Además, este derecho es imprescindible para posibilitar el contradictorio y para esto es preciso que se informe previamente al imputado del hecho por el cual es perseguido penalmente, con todas las características legales, en forma clara y precisa y con las circunstancias de tiempo, modo, lugar, a fin de que pueda responder con conocimiento (Jauchen, 2005).

Dos hechos importantes al momento de ser oído, es que al instante de hacerlo el imputado goce de plena libertad a fin de poder defenderse, incluso de refutar o negar cuestiones. Para esto es preciso que esté libre de presiones, coacción o intimidaciones, si esto no ocurre, su declaración es nula.

En este contexto, el derecho a ser oído alcanza su máxima expresión en la audiencia del perseguido penalmente por la supuesta comisión de un delito, ante el tribunal que lo juzga, oportunidad en la que se debe encontrar en condiciones óptimas para rechazar la imputación o admitirla, pero incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal, pero esta situación se relaciona de manera directa con la sentencia final, mientras que el principio es operativo durante todo el proceso. (Maier 2002).

Ahora bien, es la Corte IDH, al tomar conocimiento del caso “Barrios Altos”, la que abordó esta temática sentando precedentes al respecto. El caso se refiere al asesinato de 15

personas por parte de miembros de las Fuerzas Armadas de Perú, acción que también dejó a otras cuatro personas, con heridas de consideración.

Estos hechos no pudieron ser juzgados en el país, por cuanto se dictaron leyes de amnistía, por ello, la denuncia recayó en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien sometió el caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte del Estado de los arts. 4 de la CADH (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 8 (Garantías Judiciales); 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión); además, solicitó que ordenara al Perú que reabra la investigación judicial; otorgue una reparación integral adecuada; y que derogue o deje sin efecto la Ley N° 26479 que concede "amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos" y la Ley N° 26492 que "precisa ... la interpretación y los alcances de la amnistía otorgada por la Ley N° 26479".

Al llegar el caso a la Corte IDH, el Estado se allanó en la demanda y reconoció su responsabilidad. La sentencia se dictó teniendo en cuenta esta circunstancia, aun así, el alto Tribunal internacional se expidió señalando la inadmisibilidad de leyes de amnistía, de la exclusión de responsabilidad sobre la investigación y sanción a los culpables de las violaciones a los derechos humanos⁹⁷; hechos que impidieron que familiares de los asesinados y los sobrevivientes de la masacre pudieran ser oídos por un juez, violando el derecho de tener protección judicial⁹⁸.

Enfatiza también, el deber que tienen los Estados miembros de tomar los recaudos a fin de que nadie quede sin la debida protección judicial y reitera que las leyes de amnistía

⁹⁷ Corte IDH, sentencia "Barrios Altos", del 14 de marzo de 2001: "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". (consid. 41).

⁹⁸ *Ibidem*: "La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma". (consid. 42).

conducen a la indefensión de las víctimas y mantienen la impunidad, violando lo estatuido en la Convención⁹⁹; por lo que no tienen efectos jurídicos¹⁰⁰.

Finalmente, la Corte IDH señala que el derecho a la verdad, está comprendido en el derecho de las víctimas y sus familiares a dilucidar lo sucedido y determinar las responsabilidades¹⁰¹; concluyendo que Perú violó los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial.

En síntesis, si bien la Corte IDH señala expresamente que se violó el derecho de ser oídos por un juez (consid 42, 1er párr.), de manera genérica da cuenta de que los hechos llevados a cabo por el Estado peruano, impidieron que las víctimas y sus familiares puedan gozar libremente de todas las garantías que conforman el debido proceso legal.

*** Plazo razonable (Principio de celeridad). CADH 8.1 y PIDCP 14.3.c**

En la historia jurídica universal, desde las primeras expresiones escritas del derecho, el hombre ha considerado como un tema de real importancia el vincular la idea de justicia con la de concluir los pleitos o disputas con rapidez.

⁹⁹ *Ibidem*: “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”. (consid. 43).

¹⁰⁰ *Ibidem*: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”. (consid. 44).

¹⁰¹ *Ibidem*: “Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención. (consid. 48).

El tiempo de duración del proceso penal al que es sometido el imputado es entonces, uno de los puntos de análisis de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, por cuanto está directamente relacionado con el derecho de defensa, entre otras garantías constitucionales y de convenios internacionales.

En este sentido, en 1968, la C.S.J.N. se refirió a esta cuestión al tratar el caso “Mattei”¹⁰², considerándolo un derecho constitucional implícito, derivado del derecho de defensa.

Luego, la reforma de la CN de 1994, otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos y con ello, a la garantía del imputado a un plazo razonable en la duración del proceso penal, denominado “principio de celeridad”.

La CADH 7.5 reza: “Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”, mientras que en el art. 8.1 indica: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”; el art. 25 de la DADDH dispone: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a ser juzgado sin dilación injustificada”; y finalmente el art. 14.3.C del PIDCP establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

Los antecedentes históricos los encontramos en la antigua Roma, en donde la persona recibía una condena menor, si estaba mucho tiempo bajo acusación¹⁰³.

Sin embargo, es recién en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dictada en Virginia (por entonces colonia Británica), en el año 1776, en donde la celeridad para ser juzgado, quedó plasmada con total claridad¹⁰⁴.

¹⁰² C.S.J.N., “Mattei, Ángel s/ Contrabando de importación en Abasto”, del 19 de noviembre de 1968

¹⁰³ Digesto Romano, (año 533 DC): “si alguien ha estado bajo acusación por un largo tiempo, su castigo debe ser más leve en su extensión; y es así que aquellos quienes han estado mucho tiempo bajo acusación no serán castigados en la misma forma que aquellos quienes reciben su sentencia rápidamente”.

¹⁰⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, año 1776: art. 7º: “Que en toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y la naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas en su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial”.

En tiempos modernos, a esta garantía la encontramos en el Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, suscripto en Roma, en 1950¹⁰⁵.

En este contexto, al abordar el tratamiento de casos con esta temática, la Comisión Europea de Derechos Humanos ideó la doctrina de los “siete criterios”¹⁰⁶, rechazada luego por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, para resolver esta cuestión, estableció el criterio de la imposibilidad de traducir este concepto en un número fijo de días, de semanas, de meses o de años o en variar la duración según la gravedad de la infracción, discernimiento adoptado luego por la Corte IDH y por la C.S.J.N..

Esta doctrina del Tribunal Europeo fue tomada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe, al abordar el Caso “Firmenich”¹⁰⁷, en donde podemos observar dos aspectos: el primero relacionado directamente con la operatividad plena de esta garantía¹⁰⁸; y el segundo, es que instauró el criterio de que el plazo razonable no puede establecerse con precisión absoluta (en días, semanas, meses, años), sino que debe considerarse, caso por caso¹⁰⁹, a partir de los siguientes factores: duración efectiva de la detención, gravedad de la infracción y complejidad del caso. Es de tener en cuenta, que estos criterios justifican, en determinados casos, la prolongación del plazo.

¹⁰⁵ Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades. Art 6 inc 1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”.

¹⁰⁶ CEDH: Doctrina de los Siete Criterios: “1) La duración de la detención en sí misma. 2) La duración de la prisión preventiva con relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en el caso de condena. 3) Los efectos personales sobre el detenido. 4) La conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso. 5) Las dificultades para la investigación del caso. 6) La manera en que la investigación ha sido conducida. 7) La conducta de las autoridades judiciales”.

¹⁰⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N°17/89, informe Caso 10.037, (Firmenich), del 13 de abril de 1989.

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “...el concepto de "plazo razonable" del artículo 7º, 5 de la Convención, constituye la parte esencial de la reclamación. Si hubiere existido "desidia judicial" en los procesos contra Firmenich se estaría violando la garantía convencional de la disposición arriba citada, por haberse excedido el mencionado plazo. En síntesis el peticionario afirma que, habiendo transcurrido más de tres años y medio desde el momento en que se produjera la detención de Mario Eduardo Firmenich, se ha superado con largueza lo dispuesto en el artículo 379º, 6 del Código de Procedimiento en Materia Penal y el plazo del artículo 701º del propio Código que, a su juicio, consagran en el derecho interno el "plazo razonable" previsto en la Convención, dentro del cual una persona tiene derecho a ser juzgada o "a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso", consid. 7ª.

¹⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N°17/89, informe Caso 10.037, (Firmenich), del 13 de abril de 1989. Consid. 7ª, 5º y 6º párr.

En nuestro país, el leading case en la materia es la causa “Mattei”, en donde la C.S.J.N. fija el criterio que guía la jurisprudencia hasta la actualidad, porque reconocen en los principios de progresividad y preclusión, los límites para evitar la prolongación innecesaria de los procesos penales, por respeto a la dignidad del hombre, a fin de poder librarse del estado de sospecha al que está sometido¹¹⁰.

Fundamenta, además, este decisorio en el art. 18 de la CN y se expide resaltando la necesidad de obtener un inmediato pronunciamiento que defina la situación procesal del imputado, ante la ley y la sociedad, poniendo fin a la incertidumbre de la persecución penal¹¹¹.

La interpretación del Máximo Tribunal en este caso, es que retrotraer el proceso a la etapa instructoria a través de la anulación de todo lo actuado después de su clausura, sin que existían motivos reales de invalidación de los actos cumplidos, es jurídicamente intolerable por cuanto lesiona el derecho a un juicio rápido.

Una reflexión final en este ítem. La historia nos recuerda que en el modelo inquisitivo, que antiguamente se aplicó en Europa y América Latina, el juez investiga, acusa y resuelve. Con el sistema mixto nace el fiscal para investigar pero el juez conserva facultades investigativas. En el acusatorio puro, los roles están diferenciados: el fiscal investiga, el defensor defiende y el juez juzga con imparcialidad.

Esto, a su vez, está ligado a la estructura usada para debatir, que puede ser la oralidad o la escritura. El acusatorio puro, que parece ser el mejor modelo, separa radicalmente los roles de los actores; reemplaza al expediente por la audiencia, y obliga al

¹¹⁰ C.S.J.N., “Mattei”, del 29 de noviembre de 1968: “que tanto los principios de progresividad y preclusión, reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y 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 los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal”. (cons. 10).

¹¹¹ C.S.J.N., “Mattei”, del 19 de noviembre de 1968: “Que, en suma, debe reputarse en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma–, un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”. (cons. 14).

juez a resolver delante de los interesados y no en la soledad de su despacho. Y se llama a este paradigma “contradictorio” o “adversarial” porque no hay papeles sino posiciones que deben ser defendidas en público y pueden ser contradichas durante la audiencia. Así se gana en celeridad, en transparencia, en legitimidad y en la calidad de la información recolectada.

Por su parte, la Corte IDH al referirse al principio de plazo razonable, se pronunció señalando que su objetivo es impedir el estado de acusación prolongada en el tiempo y en el caso en que dictaba sentencia, estipula que la detención del imputado, es el inicio de ese plazo¹¹².

A su vez, en la causa “*Kimel Vs. Argentina*”, la Corte IDH en su sentencia, expresa que el proceso tuvo una duración de casi nueve años, pese a tratarse de un caso no complejo, indicando que las autoridades judiciales no actuaron con la rapidez necesaria¹¹³, y pese a que el Estado se allanó, se excedió los límites de lo razonable¹¹⁴.

*** Derecho a un juez competente, independiente e imparcial. CADH 8.1 y PIDCP 14.1**

El art. 8.1 CADH y el 14.1 PIDCP establecen: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal

¹¹² Corte IDH, Sentencia *Suárez Rosero*, del 12 de noviembre de 1997: “El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente. En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo”. (consid. 70).

¹¹³ Corte IDH, sentencia “*Kimel*”, del 2 de mayo de 2008: “La Comisión alegó que el proceso penal en contra de la víctima duró casi nueve años; que el caso no era complejo, pues “no existía pluralidad de sujetos procesales” y la prueba consistía esencialmente en el libro del señor Kimel; que “no consta en autos que el señor Kimel hubiera mantenido una conducta incompatible con su carácter de procesado ni entorpecido la tramitación del proceso”; y que “las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y celeridad”. Los representantes presentaron argumentos en el mismo sentido y agregaron que “el procedimiento aplicable a los delitos contra el honor, por ser delitos de acción privada, es un procedimiento simplificado que carece de etapa de investigación”. Como se indicó anteriormente, el Estado se allanó a la alegada violación del artículo 8.1 de la Convención”. (consid. 96).

¹¹⁴ *Ibidem*: “Teniendo en cuenta los hechos acreditados, el allanamiento del Estado y los criterios establecidos por este Tribunal respecto del principio del plazo razonable, la Corte estima que la duración del proceso penal instaurado en contra del señor Kimel excedió los límites de lo razonable. Del mismo modo, el Tribunal considera, conforme a su jurisprudencia, que el Estado no justificó esa duración tan prolongada. En consecuencia, declara que el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Kimel”. (consid. 97).

competente, independiente e imparcial...”; características que tienen que estar presentes siempre, más allá de cuál sea el órgano o Poder del Estado que ejerza la jurisdicción. (Maljar 2006)

En nuestro país, este derecho a la independencia e imparcialidad del juez no surge del texto constitucional originario y se incorpora en la reforma del '94 en el art. 75 inc.22, en función de la CADH 8.1 y el PIDCP 14.1.

La importancia de este principio radica en que la garantía constitucional y supranacional actúa en la dimensión intrínseca y extrínseca de los jueces, más allá del conocimiento y experiencia personal, y ello permite que no se vea afectado el principio fundamental de justicia.

En este sentido se expidió la Corte IDH al pronunciarse en el caso Tribunal Constitucional, señalando que a toda persona enjuiciada, se le debe garantizar que el órgano enjuiciador sea competente, independiente e imparcial y que su actuación esté enmarcada en los procedimientos legales¹¹⁵.

Ser oído por un tribunal competente lleva implícita la existencia de un procedimiento legal en el que se instituyó a un juez competente en materia y en territorio para atender los casos, tomar conocimiento y dictar sentencia en la controversia.

Al respecto, la Corte IDH en el caso Loayza Tamayo, se expidió indicando que la jurisdicción militar peruana no tenía competencia para juzgar a la imputada y al actuar, se apropiaron indebidamente de lo que correspondía a los tribunales ordinarios¹¹⁶.

¹¹⁵ Corte IDH, sentencia “*Tribunal Constitucional*”, del 31 de enero de 2001: “En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”. (Consid. 77).

¹¹⁶ Corte IDH, sentencia “*Loayza Tamayo*”, del 17 de septiembre de 1997; “...al aplicar los Decretos-Leyes N° 25.659 (delito de traición a la patria) y N° 25.475 (delito de terrorismo) expedidos por el Estado, la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente. En efecto, al dictar sentencia firme absolutoria por el delito de traición a la patria del cual fue acusada la señora María Elena Loayza Tamayo, la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención y menos aún para declarar, en el fallo absolutorio de última instancia, que “existiendo evidencia de la comisión del delito de terrorismo dispone remitir los actuados pertinentes al Fuero

Por su parte, las características de independencia e imparcialidad, difieren en su contenido, naturaleza y fundamentos que las sustentan, pero se complementan en la administración de la Justicia.

Independencia significa la prescindencia absoluta de la opinión de los demás, para ejercer la atribución soberana (que nadie, sin importar la jerarquía o posición social que ostente pueda incidir) a fin de dictar sentencia en cada caso concreto con total autonomía de criterio. (Jauchen, 2005).

Esta prescindencia señalada, significa que los integrantes del Poder Judicial deben actuar con libertad plena, sin condicionamientos, sujetos a la ley, al derecho y a lo que fue probado en el proceso, con prescindencia de la opinión de los poderes del Estado, ya sea del propio Poder Judicial, del Legislativo o Ejecutivo; o bien, las influencias que provienen de distintos sectores sociales, como la prensa e instituciones con relevancia en la comunidad en lo económico, político, religioso, entre otras. (Maljar 2006).

Sobre este tema, la Corte IDH, en el caso Tribunal Constitucional, sentenció que el proceso de juicio político que destituyó a los jueces, no respetó las garantías del debido proceso, ni la imparcialidad del juzgador; ni reunió las condiciones de independencia e imparcialidad¹¹⁷.

Por su parte, el principio de imparcialidad garantiza que quien imparte justicia es tercero neutral, que no tiene intereses económicos sobre el objeto de la controversia, ni

Común y poner a disposición de la Autoridad competente a la referida denunciada”. Con esta conducta los tribunales castrenses actuando ultra vires usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos judiciales ordinarios, ya que según el mencionado Decreto-Ley N° 25.475 (delito de terrorismo), correspondía a la Policía Nacional y al Ministerio Público la investigación de ese ilícito y a los jueces ordinarios el conocimiento del mismo. Por otra parte, dichas autoridades judiciales comunes eran las únicas que tenían la facultad de ordenar la detención y decretar la prisión preventiva de los acusados. Como se desprende de lo anterior, los referidos Decretos-Leyes N° 25.659 (delito de traición a la patria) y N° 25.475 (delito de terrorismo) dividieron la competencia entre los tribunales castrenses y los ordinarios y atribuyeron el conocimiento del delito de traición a la patria a los primeros y el de terrorismo a los segundos”. (consid. 61).

¹¹⁷ Corte IDH, sentencia “*Tribunal Constitucional*”, del 31 de enero de 2001: “De conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal, es evidente que el procedimiento de juicio político al cual fueron sometidos los magistrados destituidos no aseguró a éstos las garantías del debido proceso legal y no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador. Además, la Corte observa que, en las circunstancias del caso concreto, el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional”. (Consid. 84).

relaciones personales de amistad o de familia con alguna de las partes intervinientes. (Maljar 2006).

El vocablo imparcialidad en sentido jurídico, tiene una connotación complementaria con el de independencia, frente al conflicto planteado en el proceso y le otorga al juzgador una posición equidistante entre las partes involucradas. Imparcialidad es “la ajenidad del juez respecto de los intereses de las partes en causa. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es la verdadera y cuál es la falsa”. (Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 580/581).

Involucra también la necesidad de desconocimiento previo del objeto del proceso o de sus actores, a fin de que su primer contacto con el caso no tenga ningún tipo de prejuicios. Este hecho, es causal de excusación o recusación del magistrado actuante, según lo establecen los códigos procesales de Nación en el art. 47¹¹⁸ y de Santiago del Estero, art. 50 con idéntica redacción.

De este derecho a la imparcialidad, deriva también el hecho de que ningún juez pueda iniciar la acción penal de oficio, porque no puede ser juez y parte en el proceso, y

¹¹⁸ CPPN, art. 47: Motivos de Excusación.- El Juez deberá excusarse cuando exista alguno de los siguientes motivos: 1.- Si en el mismo proceso hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia sobre puntos a decidir; si hubiere intervenido como funcionario del Ministerio Público, defensor, mandatario, denunciante, particular damnificado o querellante; si hubiera actuado como perito o conocido el hecho investigado como testigo. 2.- Si como Juez hubiere intervenido o interviniere en la causa algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 3.- Si fuere pariente, en los grados preindicados, de algún interesado, su defensor o mandatario. 4.- Si él o alguno de dichos parientes tuvieren interés en el proceso. 5.- Si fuere o hubiere sido tutor o curador o hubiere estado bajo tutela o curatela de alguno de los interesados. 6.- Si él o sus parientes, dentro de los grados preindicados, tuvieren juicio pendiente iniciado con anterioridad, o sociedad o comunidad con alguno de los interesados, salvo la sociedad anónima. 7.- Si él, su cónyuge, padres o hijos u otras personas que vivan a su cargo, fueren acreedores, deudores o fiadores de alguno de los interesados, salvo que se tratare de bancos oficiales o constituidos por sociedades anónimas. 8.- Si antes de comenzar el proceso hubiese sido acusador o denunciante de alguno de los interesados, o denunciado acusado o demandado por ellos, salvo que circunstancias posteriores demostraren armonía entre ambos. 9.- Si antes de comenzar el proceso, alguno de los interesados le hubiere promovido juicio de destitución, y la acusación fuere admitida. 10.- Si hubiere dado consejos o manifestado extrajudicialmente su opinión sobre el proceso.- 11.- Si tuviere amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados. 12.- Si él, su cónyuge, padres o hijos u otras personas que vivan a su cargo hubieren recibido o recibieren beneficios de importancia de alguno de los interesados; o si después de iniciado el proceso, reciban presentes o dádivas, aunque sean de poco valor. 13.- Si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad.-

porque de hacerlo estaría violando esta garantía constitucional, pilar fundamental del Estado de Derecho. (Jauchen, 2005).

La imparcialidad implica además, que ningún juez puede adelantar opinión sobre la controversia de su conocimiento, ni ser influenciado por opiniones de medios de comunicación u opinión pública; ni recibir presión de grupos políticos, económicos, ni intentos de sobornos o amenazas contra su persona. (Maljar 2006).

En el caso Vidal Ulloa, la Corte IDH al dictar sentencia, caracterizó a la imparcialidad, indicando que contiene aspectos subjetivos y objetivos, incluyendo en los primeros a la no formación de prejuicios sobre el caso analizado; y entre los segundos, a cuestiones personales relacionadas al comportamiento de los jueces, por la importancia que tienen la apariencia, ya que está en juego la confianza que se debe infundir en los ciudadanos y en las partes del caso¹¹⁹.

Este alto Tribunal, señala además, que la imparcialidad es garantía fundamental del debido proceso¹²⁰.

*** Juicio previo. CADH 8.1 y PIDCP 14.1**

El art. 18 de la CN establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Si bien se trata de una disposición que generalmente ha sido relacionada exclusivamente con el proceso penal, es

¹¹⁹ Corte IDH, sentencian "*Vidal Ulloa*", del 2 de julio de 2004: "La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso". (Consid. 170).

¹²⁰ Corte IDH, sentencia "*Vidal Ulloa*", del 2 de julio de 2004: "La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática". (Consid. 171).

aplicable a todo tipo de proceso judicial en donde se analiza la restricción y limitación de los derechos de una persona, aunque no revista naturaleza criminal.

El principio también está contemplado en el art. 75 inc. 22 de la CN, en función del art. 26 de la DADDH, art. 10 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 9 y 14.1 del PIDCP. El CPPN en su art. 1 y el CPPPSdE en su art. 2¹²¹, con similar redacción, también lo establecen.

De esta garantía constitucional se desprende una doble exigencia, la primera: el juez natural no puede imponer una pena sin una sentencia condenatoria firme. La segunda: esta sentencia debe ser el resultado de un proceso que culmine con una declaración fundada. Requiere mínimamente la fijación legal de un programa de carácter general e inalterable, para la investigación y juzgamiento de delitos, en el que se resguarde las formas establecidas.

La sentencia aparece como parte integrante de ambas exigencias, pero en el primer caso es el requisito para imponer la pena, también con un doble aspecto constitutivo en cuanto a la imposición, declarativo en cuanto a la verificación de los presupuestos exigidos en el tipo penal: existencia del hecho, participación del imputado, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. (Jauchen, 2005).

Además, el juicio en el que se base la decisión de aplicar una pena a alguien, es tarea que le corresponde al Poder Judicial, dentro del esquema de división de poderes de un Estado, según el sistema republicano de gobierno, de donde se desprende que el presidente de la República, ni ninguna autoridad administrativa, puede condenar por sí, ni aplicar

¹²¹ CPPN, art 1 y CPPPSdE, art. 2º: “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la Provincia y competentes según sus leyes reglamentarias; ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de este Código; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento. En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado”.

penas¹²², ni ejercer funciones judiciales, conocer las causas pendientes o restablecer las ya fenecidas¹²³. (Maier 2002).

Otro requisito de esta sentencia es que debe ser válida, es decir el resultado de un procedimiento legal y regular, que haya cumplido con todas las etapas técnicas obligatorias: acusación, defensa, prueba y alegación.

En este sentido, existe en la doctrina y en la jurisprudencia una tendencia a afirmar que la sentencia penal debe ser fundada para ser válida y que ello deriva de la interpretación de art. 18 de la CN y como exigencia de la forma republicana de gobierno (CN art. 1), por lo que no es tan solo la expresión de las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas y las reglas jurídicas aplicables, como alguna vez se ha entendido en sentido muy estricto, sino, antes bien, la exposición de las razones de hecho y de Derecho que justifican la decisión. (Maier 2002).

El texto constitucional afirma la necesidad de un “juicio previo” que procure al Tribunal los elementos valorativos para la sentencia, sobre todo la premisa fáctica en la que apoyará su resolución, aplicando la ley penal, este es el sentido de este principio en el que se debe tener en cuenta que la misma palabra “proceso” aparece al final de la regla expresada en el primer párrafo del art. 18 CN, porque los preceptos de garantía judicial que el mismo artículo contiene se observan ese proceso previo; por eso se ha sostenido que la reacción penal no es inmediata a la comisión de un delito, sino mediata a ella, después de un procedimiento regular que verifica el fundamento de una sentencia de condena. Esta es la razón por la que, en nuestro sistema, el Derecho procesal penal se torna necesario para el Derecho penal, porque la realización práctica de éste no se concibe sino a través de aquél. (Maier 2002).

Ahora bien, el procedimiento previo exigido por la CN no es cualquier proceso que puedan establecer las autoridades públicas competentes, se debe tratar de un procedimiento

¹²² CN: art. 23.- “.....no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

¹²³ *Ibíd*em: art. 109.- “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

jurídico, reglado por ley, que defina los actos que lo componen y el orden en que se deben ejecutar, lo que significa la necesidad de una ley que lo establezca, en la que los órganos legislativos competentes la dicten teniendo en cuenta la organización administrativa de la justicia penal (ley de organización judicial); y el procedimiento penal que los órganos públicos de persecución y de decisión deberán observar (Código procesal penal); pero además, que todo este conjunto tenga en cuenta lo que exige la CN, es decir, que esté acorde con las seguridades individuales y las formas (juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, juicio público en la misma jurisdicción en la que se cometió el delito). Desde este punto de vista, el proceso penal, es un procedimiento de protección jurídica para los justiciables, y el Derecho procesal penal una ley reglamentaria de la Constitución. (Maier 2002).

*** Principio de inocencia y Principio “In dubio pro reo”. Su control en la Casación Penal: CADH 8.2 y PIDCP 14.2**

La jurisprudencia y la doctrina son coincidentes en que la regla rectora en un Estado de Derecho y respetuoso de los Derechos Humanos, es que nadie puede ser considerado culpable hasta que una sentencia así lo imponga y en virtud de este principio de inocencia, se reconoce al imputado un estado jurídico de no culpabilidad, que no tendrá que acreditar (aunque tiene derecho a hacerlo), como tampoco las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que pueda invocar. Esta carga recaerá sobre los organismos estatales encargados de la persecución penal, quienes deberán demostrar a través de la prueba, su culpabilidad (y la existencia de los eximentes o atenuantes argumentados).

Si aquellos no logran probar fehacientemente la responsabilidad del imputado, este deberá ser liberado definitivamente del proceso merced al principio in dubio pro reo¹²⁴ sin que pueda perseguírsele nuevamente de manera penal por el mismo hecho (non bis in

¹²⁴ El aforismo “In dubio pro reo” está consagrado en el CPPN en su art. 3º, que establece: “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”; mientras que en el CPPPSdE, en su art. 2 in fine, reza: “En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado”.

ídem), tal como se expresa literalmente en las normas adjetivas: CPPN en su art. 1 y el CPPPSdE en su art. 2¹²⁵.

Este principio deriva de las garantías constitucionales que impiden que una persona sea tratada como culpable por el solo hecho de que se le atribuya un hecho punible, hasta que el Estado, a través de sus órganos correspondientes, declare la culpabilidad y someta al imputado a una pena. Esto emerge de la necesidad de “juicio previo”, mientras tanto, los ciudadanos gozan de la “presunción de inocencia” y solo pueden ser declarados culpables por sentencia firme (Freytes -2006 Pág. 264), y por ello ninguna consecuencia penal le es aplicable hasta tanto.

Ahora bien, durante el procedimiento o, si se quiere durante la persecución penal, el imputado es considerado y tratado como un inocente, por principio, máxima fundamental en la construcción dogmática de toda la estructura del Derecho procesal penal, lo que de ninguna manera afirma que el imputado sea inocente o culpable, por cuanto el orden jurídico (normativo) sólo comienza a tratar a una persona como culpable desde el momento en el cual la sentencia de condena queda firme. (Maier 2002).

En síntesis, la presunción de inocencia no afirma que el imputado sea inocente, sino que no debe ser considerado culpable hasta que una sentencia así lo determine, es decir, no se trata de ningún beneficio ni prebenda legal a favor del perseguido penalmente, sino una limitación a la actividad sancionatoria del Estado.

Es por ello, que la doctrina considera que el “juicio previo (Art. 18 CN) y principio de inocencia son dos caras de una misma moneda”, constituyéndose en garantías básicas del Proceso Penal.

La presunción de inocencia es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de no autor mientras no se expida una resolución judicial firme. La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad, es una de las más

¹²⁵ CPPN, art 1 y CPPPSdE, art. 2º: “...ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho...”.

importantes conquistas de los últimos tiempos en materia procesal penal. (Cafferata Nores – Montero, 2004).

Su origen histórico se remonta al Derecho Romano de la última época imperial con el principio “satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari” (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente, Digesto, De Poenis, Ulpiano, 1,5). (Maier 2002).

En cuanto al derecho positivo, la primera consagración normativa la encontramos en el art. 39 de la Carta Magna inglesa de 1.215 que reconoce la presunción de inocencia del imputado, el que solo podrá ser detenido mediante condena judicial¹²⁶. El valor trascendental de este hecho radica en que en ese mismo tiempo, en Europa continental, comenzaba la Inquisición.

Luego, en el siglo XVI, se lo encuentra en las ideas del Iluminismo, plasmadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, en donde se estableció que a todo hombre se lo presume inocente hasta ser declarado culpable¹²⁷, como una respuesta lógica a las consecuencias del proceso de la “Santa Inquisición” en la que estuvo sumida Europa continental.

Por su parte, el PIDCP, en su Art. 14.2 y el Pacto de San José de Costa Rica (CADH) en su Art. 8. 2, receptan este principio como una máxima erigida universalmente como principio rector en un Estado que trate como sujetos de Derecho a los hombres y que respete su dignidad como seres humanos.

Como consecuencia de esto, se puede inferir que este principio que nace como una reacción lógica a los abusos de la Inquisición como modelo procesal arbitrario, forma parte hoy, de la conciencia universal acerca del valor de la persona y de sus derechos inherentes a su condición. (Freytes, 2006).

¹²⁶ Carta Magna de Inglaterra (1.215), art. 39: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino”.

¹²⁷ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: Art. 11 Inc. 1: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Por lo tanto, este principio significa que toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena en firme y por ello ninguna consecuencia penal le es aplicable. Desde este punto de vista, se puede afirmar que el perseguido penalmente por la supuesta comisión de un delito goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata de un aspecto político del que se debe partir y que asume (o debe asumir) la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho que, en su momento, constituyó la reacción contra una manera de perseguir penalmente que partía desde el extremo contrario. (Maier 2002).

“In dubio pro reo”

A la vez, este principio de inocencia da origen a otros preceptos, como el “in dubio pro reo”; la carga de la prueba u *Onus probandi* en cabeza del órgano acusador; el trato de inocente y la coerción procesal.

Desde el punto de vista del *in dubio pro reo*, a la hora de dictar sentencia, se trata de una *praesumptio iuris tantum*, porque impide condenar y manda absolver cuando la culpabilidad del imputado no ha sido verificada con certeza. (Maier 2002).

En el nuevo CPPPSdE, este principio se encuentra comprendido en el art. 2 in fine¹²⁸ y establecido para todo el proceso, en contraposición con lo que ocurre en otros códigos procesales provinciales, en donde se lo aplica solamente al dictar sentencia definitiva, lo que constituye un grave error conceptual por restringir una garantía constitucional que rige para todo el proceso y no solo para una de sus partes.

En referencia al principio *in dubio pro reo*, debemos tener en cuenta que para el inicio del proceso no se requiere más que la afirmación por parte de los órganos públicos autorizados de la posible existencia de un hecho delictivo. Pero para vincular a una persona al proceso se requiere, en general, motivo suficiente para sospechar su participación punible.

¹²⁸ CPPPSdE art. 2º.- “...En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado”.

De allí que si se ha obtenido certeza negativa, deberá ordenarse el sobreseimiento del imputado. Si no correspondiere sobreseer ni las pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio, en caso de duda, se dictara la prorroga extraordinaria de instrucción (conlleva la libertad del imputado), para algunos códigos; o para otros, directamente el sobreseimiento.

Solamente la certeza sobre la culpabilidad del imputado autorizara una condena en su contra; solo podrá ser declarado culpable cuando las pruebas recibidas en el juicio hayan producido la plena convicción del tribunal al respecto.

Es decir, para el Derecho Procesal Penal, el contenido de este principio es claro: la sentencia de condena y la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza, por cuanto la falta de certeza, representa la imposibilidad del Estado de quebrar el estado de inocencia estatuido en la CN que ampara al imputado, hecho que conduce a la absolución. La duda o aún la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución. Si, convencionalmente, llamamos certeza positiva o probabilidad positiva a aquella que afirma el hecho imputado, es correcto afirmar que solo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del *in dubio pro reo*. (Maier 2002).

Ahora bien, el principio “*in dubio pro reo*” en la casación penal tiene una doble interpretación, por un lado, su improcedencia en cuanto a la comprobación fehaciente de la existencia del delito y de la participación del imputado como autor.

Por otro lado, su control en casación es viable respecto al convencimiento expresado por el juez en su sentencia, la que debe estar fundada y razonada en la certeza de que los hechos existieron y ocurrieron de determinada manera, teniendo en cuenta que la duda o la probabilidad solo opera a favor del enjuiciado (*in dubio pro reo*).

Pero si la sentencia condenatoria se basa en cuestiones probables o dudosas, constituyendo fundamentos endeble en cuanto a los hechos, la culpabilidad o las circunstancias agravantes, es a todas luces una motivación ilegal que debe ser considerada nula en casación. (Freytes, 2006).

Onus probandi

Idéntica determinación se debería tomar en casos en donde en tribunal invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado, violando el principio de inocencia y el debido proceso consagrado constitucionalmente y expresado también el Art. 8.2.g de la CADH y el 14.3.g.

Esto es así, por cuanto derivado de la necesidad de afirmar la certeza sobre la existencia de un hecho punible para justificar una sentencia de condena en el procedimiento penal, la carga de la prueba de la inocencia no le corresponde al imputado o, de otra manera, que la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador, por cuanto el imputado no tiene necesidad de construir o demostrar su inocencia, ya que está establecida de antemano por la presunción constitucional que lo ampara. (Maier 2002).

Así lo entendió la C.S.J.N., al dictar sentencia en el caso “Destilerías y Viñedos El Globo”, se expide sobre este principio en esta causa iniciada en contra de la empresa por una supuesta infracción al Código Bromatológico de la provincia de Santa Fe, dejando sin efecto el fallo del a quo, cuyo dictamen se basó en la inversión del onus probando, violando las garantías del art. 18 de la CN¹²⁹, por cuanto la carga de la prueba sobre el delito imputado está en cabeza del órgano acusador, de acuerdo con el principio de inocencia, siendo contrario a la CN, hacerlo caer sobre el imputado, como se hizo en este caso.

Por su parte, la Corte IDH, en el caso “Suárez Rosero”¹³⁰ sentó jurisprudencia al declarar que el principio de estado de inocencia del imputado, es operativo hasta que su

¹²⁹ C.S.J.N., Sentencia “Destilerías y Viñedos El Globo”, del 1° de Octubre de 1969: “Que la sentencia apelada de fs. 122/123 decidió en tal sentido que la referida ley -que le sirvió de fundamento-, se hallaba vigente cuando se comprobó la infracción; de modo que las penas allí mencionadas por ‘los que vendan productos adulterados o falsificados’, son aplicables a la apelante, porque ésta no probó que el vino intervenido fuera vendido al minorista en la ciudad de Rosario antes de su vigencia”. (Consid. 2). “Que, en tales condiciones, lo resuelto en el fallo importa violación de la garantía del art. 18 de la Const. Nacional, pues invierte la carga de la prueba y la exige al imputado, sin fundamento legal que autorice tal criterio”. (Consid. 3)

¹³⁰ Corte IDH, sentencia “Suárez Rosero”, del 12 de noviembre de 1997: “Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en

culpabilidad quede demostrada y se dicte sentencia. También que el principio *in dubio pro reo*, subyace en el propósito de las garantías judiciales y es operativo en todo el proceso.

Otro aspecto a abordar está relacionado al instituto de la Casación Penal y la procedencia de la revisión de casos en los que se aplica el principio “*in dubio pro reo*”, es decir, cuando surge el conflicto porque se viola este precepto y se invierte la carga de la prueba en perjuicio del imputado, entre otros presupuestos teóricos.

Tradicionalmente la CNCP sostuvo que este principio es de carácter procesal, que funciona en el ámbito de la valoración de la prueba, que sólo incumbe al tribunal de juicio, y que no es controlable, por ese motivo, en Casación¹³¹.

Esta postura se basa en el principio de Inmediación y en la concepción subjetiva de la certeza para condenar, preceptos que se violarían en caso de aceptar la revisión en Casación.

Por lo tanto, la oralidad que rige el principio de inmediación impuso el límite a la posibilidad del control casatorio, estableciendo que el principio “*in dubio pro reo*”, es una regla que pertenece al campo de la valoración de la prueba, por lo que su aplicación o no, pertenece exclusivamente al juicio del juez de conocimiento, aspecto que no puede ser revisado en Casación, según esta concepción.

Sin embargo, la propia CNCP, al dictar sentencia en la causa “Lastra, Eduardo Daniel s/recurso de casación”, señaló que es correcta la aplicación del principio *in dubio pro reo*, ante la carencia de datos aportados al debate que alcancen para vincular, con el grado de certeza necesario en la etapa de casación, al imputado con la droga hallada, pues se ha celebrado el juicio oral sin testigos y las dudas existentes no pueden despejarse con la

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”. (Consid. 77). “La Corte considera que con la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero, se violó el principio de presunción de inocencia, por cuanto permaneció detenido del 23 de junio de 1992 al 28 de abril de 1996 y la orden de libertad dictada en su favor el 10 de julio de 1995 no pudo ser ejecutada sino hasta casi un año después. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana.”. (Consid. 78)

¹³¹ CNCP, Sala II, “Lobato”, del 14 de marzo de 1995, reg. 408.

incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales que sólo fueron tomadas por el juez en presencia del secretario, y la circunstancia de que el imputado en su momento hubiera admitido su participación en el hecho, no puede ser valorada en forma exclusiva sin que esté acompañada por otro elemento probatorio. El voto concurrente agregó que, en tanto el fiscal no propuso alguna diligencia para lograr el comparendo de los testigos de cargo y se conformó con la incorporación al debate de sus declaraciones, el resultado que lo agravia es producto de su conducta discrecional. (Dres. Ledesma, Catucci -voto concurrente-, Riggi)¹³².

Pero ha sido la C.S.J.N. la que fijó el rumbo en esta cuestión, con sus fallos que modificaron las pautas en relación a que las cuestiones de hecho y prueba siempre resultaban ajenas al control de la casación.

En este sentido se pronunció el máximo Tribunal, al dictar sentencia en el caso “Martínez Areco”, en donde revocó la sentencia apelada, en la que una de las cuestiones era el principio *in dubio pro reo*, rechazado en casación¹³³.

La C.S.J.N. señaló que la interpretación realizada por el tribunal inferior restringió el alcance del instituto casatorio respecto al principio del *in dubio pro reo*, lo que contrapone a las garantías internacionales y al propio CPPN¹³⁴.

¹³² CNCP, Sentencia “Lastra”, del 03 de mayo de 2010.

¹³³ C.S.J.N., “Martínez Areco”, del 18 de agosto de 2005: “Que en el recurso de casación, la defensa solicitó que se declarara la nulidad de la sentencia condenatoria, en virtud de su falta de fundamentación en cuanto hace a la valoración de la prueba, ya que no se habían contestado los planteos efectuados sobre la procedencia de aplicación al caso de la figura de emoción violenta, planteo éste que habría sido soslayado en la sentencia, sin merecer un tratamiento adecuado, y descartando la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, sin motivar esta decisión. Por otro lado, también solicitó la nulidad de la sentencia en orden a la defectuosa fundamentación en la individualización concreta de la pena.

El tribunal oral, a su turno, no hizo lugar al recurso de casación argumentando que los dos agravios esbozados por la defensa “bajo el ropaje de una supuesta -y no demostrada- arbitrariedad de sentencia, la defensa pretende introducir una valoración propia de las pruebas del debate que resulta absolutamente ajena a la materia del recurso casatorio. Es por ello, dada la naturaleza extraordinaria restringida y formal de la impugnación casacional, que este Tribunal, considera que las cuestiones planteadas por la defensa no resultan ser materia revisable por la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, tal como lo ha resuelto reiteradamente el Superior en innumerables fallos...”, citando posteriormente numerosos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal que confirmarían su proceder.

Esta denegación del recurso casatorio, efectuada por el tribunal oral, originó que la defensa presentara la queja correspondiente ante el *a quo*”. (Consid. 3)

¹³⁴ *Ibidem*: “Que en el caso que nos ocupa, el tribunal *a quo* rechazó el recurso de casación, al considerar que la defensa intenta ingresar en temas de valoración de la prueba para determinar el juicio de subsunción en la

Por su parte, la Corte IDH, en la causa “Herrera Ulloa”, indica que el tribunal examinador, debe proteger estas garantías judiciales¹³⁵, facilitar el acceso a recurrir el fallo¹³⁶, y garantizar un examen integral¹³⁷, es decir, todas las cuestiones planteadas, sean de hecho o de derecho.

*** Derecho a la igualdad en el proceso. CADH 8.2 y PIDCP 14.1 y 3**

El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal, es una derivación del Principio de Igualdad ante la ley¹³⁸, y propugna que las partes intervinientes (acusado y acusador) participen en igualdad de condiciones, tal como lo establecen las normas constitucionales vigentes.

En este sentido, la CN contempla este principio desde dos ópticas: una genérica: arts. 16, 18, 114, 115, 118 y 120; otra autónoma: art. 75. inc. 22 en virtud del CADH 8.2 y del PIDCP 14.1 y 3 que expresan de manera literal el principio de plena igualdad en el proceso.

figura de la emoción violenta, como así también en el procedimiento de individualización en concreto de la pena, materia que es propia de los tribunales de juicio, y en principio ajena al ámbito casacional, excepto en supuestos de extrema arbitrariedad.

Estos argumentos, a todas las luces demuestran, que la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación efectuada por el tribunal inferior en grado restringe el alcance del recurso de casación, en tanto no se avocó a tratar las cuestiones planteadas por la parte, esto es, a determinar la validez de la construcción de la sentencia del tribunal oral y sus fundamentos. En este sentido, puede decirse que no existía obstáculo alguno para que la Casación tratara los agravios expuestos por el recurrente, ya que la inmediatez no impedía examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia y el procedimiento de valoración probatoria, tanto para desechar la posibilidad de aplicación de la emoción violenta y del in dubio pro reo, como así tampoco impedía revisar la fundamentación realizada al determinarse la clase y cuantía de pena a imponer en el caso.

Por ende, la interpretación del alcance de la materia revisable por vía del recurso de casación efectuada en la sentencia impugnada, no sólo se contraponen con las garantías internacionales mencionadas, sino que tampoco condice con el texto del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación, que en forma alguna veda su discusión en el ámbito casacional” (Consid. 36).

¹³⁵ Corte IDH, Sentencia “Herrera Ulloa”, del 2 de julio de 2004: “El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen. (Consid. 163).

¹³⁶ *Ibidem*: “La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”. (Consid. 164).

¹³⁷ *Ibidem*: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”. (Consid. 165).

¹³⁸ CN, art. 16

En la práctica jurídica, el Estado a través de sus órganos públicos correspondientes, es quien persigue penalmente¹³⁹, e igualar esta organización estatal, puesta al servicio de la persecución penal, resulta imposible porque el Ministerio Público y policía ejercen esa función que se traduce en una desigualdad real entre quien acusa y quien soporta la persecución penal. Dotar al imputado de algunas facultades equivalentes al poder de persecución del Estado, es un ideal, utópico pero plausible y necesario para equiparar las posibilidades del imputado. (Maier 2002).

Este es el entendimiento que brinda la Corte IDH, según se desprende de la opinión consultiva OC-16/99, caratulada “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, en donde establece que el proceso debe reconocer el principio de igualdad ante la ley y da un paso más, al referirse a la prohibición de la discriminación¹⁴⁰, en referencia a la desigualdad de posibilidades entre acusador y acusado.

A su vez, el Manual de Amnistía Internacional, al abordar la temática, indica que el principio está referido tanto al derecho a igualdad en el proceso penal, como a la igualdad de posibilidad de acceder a la justicia.

Con respecto al primero, se refiere al texto del artículo 14.1 del PIDCP; y sobre el segundo aspecto, recuerda que el Comité de Derechos Humanos ha establecido que la garantía alcanza también a extranjeros en suelo nacional, por lo que requiere que los Estados garanticen a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto, además de los derechos judiciales¹⁴¹.

¹³⁹ CP: art. 71: “Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1°. Las que dependieren de instancia privada; 2°. Las acciones privadas.

¹⁴⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 16/99, del 1 de octubre de 1999: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. (consid. 19).

¹⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 15, del 11 de abril de 1986: “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto: “Los extranjeros deben gozar de igualdad ante los tribunales y cortes de

Una dimensión más de este principio es que todo imputado tiene derecho a recibir un trato igual que otras personas acusadas en similar situación, sin discriminación de ningún concepto. Una sentencia distinta en idénticas situaciones vulneraría el precepto.

Ahora bien, al analizar el modelo actual del proceso penal en nuestro país y compararlo con lo estatuido constitucionalmente y en instrumentos internacionales, es claro que la garantía de igualdad de condiciones no se cumple, porque según los ordenamientos jurídicos, una parte está conformada por el Fiscal (como parte y ejecutor de la acción penal), como representante del Estado en la aplicación del *ius puniendi* y las fuerzas policiales a su servicio investigativo; mientras que en la otra, se ubica el imputado y su abogado en soledad.

Esto se agrava aún más en la etapa instructoria, en donde a la evidente disparidad de condiciones, se suman medidas procesales como el “secreto de sumario”, que directamente impiden al imputado y su defensa tomar conocimiento de lo que se produce en el expediente para preparar una defensa eficaz, cercenando de ese modo derechos de raigambre constitucional.

Maier nos recuerda que en el origen del sistema mixto de enjuiciamiento penal, la instrucción preparatoria mantenía todas las características de la encuesta inquisitiva del *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, que era secreta y sin intervención defensiva, que a partir de la ley Constans (1897), que permite el ingreso del imputado y su defensor al expediente, con restricciones.

A su vez, el CPP nacional, texto original del art. 180, de fuertes rasgos inquisitivos, que aún perduran, preveía el secreto de la instrucción, situación que aún persiste pese a las reformas, permitiendo de este modo el secreto inicial de las actuaciones¹⁴², renovable por

justicia, y tener derecho a ser oídos públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos u obligaciones en un procedimiento judicial”. párr. 7.

¹⁴² CPPN. art. 204: “El sumario será público para las partes y sus defensores, que lo podrán examinar después de la indagatoria, dejando a salvo el derecho establecido en el segundo párrafo del artículo 106. Pero el juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, exceptuándose los actos definitivos e irreproducibles, que nunca serán secretos para aquéllos. La reserva no podrá durar más de diez (10) días y será decretada sólo una vez, a menos que la gravedad del

períodos sucesivos a voluntad del juez de instrucción e incomunicación del imputado¹⁴³, entre otros, es de tener en cuenta que los códigos argentinos modernos receptaron el Derecho europeo continental que emergió de la gran reforma del siglo XIX, y prevén una instrucción en la que predominan los órganos públicos, pero regulando las garantías mínimas que lo amparan frente al poder estatal arbitrario. Pero, concluida la instrucción, aparece en toda su magnitud la posibilidad de otorgar posibilidades parejas, especialmente durante el juicio, en donde se puede alcanzar un equilibrio procesal. (Maier 2002).

Otro aspecto de sumo interés, es lo que en el ámbito doctrinal se conoce como “debido proceso”, fundamento esencial del derecho procesal penal moderno y una exigencia de toda sociedad civilizada, pues los principios que lo conforman, son garantías esenciales del ciudadano que tienden a resguardar la igualdad de las partes en el procedimiento y el ejercicio de los derechos del imputado.

La historia de la legislación procesal en Argentina, nos muestra que desde sus inicios permanecen en el error, por cuanto no responde al modelo de proceso penal estatuido en la CN. El proceso debería haber sido desde sus orígenes un proceso de partes en el marco de un sistema acusatorio, con acción y jurisdicción por separado; con un Fiscal que promueva la acción a favor o en contra del acusado; un órgano jurisdiccional equidistante de las partes y un jurado popular que determine la sentencia. (Jauchen, 2005).

El modelo procesal constitucional tiene sus fuentes en el norteamericano y éste en el inglés, sin embargo, la legislación adoptó el modelo de Europa continental, con claras y notorias diferencias entre ellos; el primero acusatorio, el segundo mixto con reminiscencias de la Inquisición que cercenan derechos del imputado.

hecho o la dificultad de la investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto. No obstante, podrá decretarse nuevamente si aparecieren otros imputados. El sumario será siempre secreto para los extraños”.

¹⁴³ *Ibidem*. art. 205: “El juez podrá decretar la incomunicación del detenido por un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, prorrogable por otras veinticuatro (24) mediante auto fundado, cuando existan motivos para temer que se pondrá de acuerdo con terceros u obstaculizará de otro modo la investigación. Cuando la autoridad policial haya ejercitado la facultad que le confiere el inciso 8 del artículo 184, el juez sólo podrá prolongar la incomunicación hasta completar un máximo de setenta y dos (72) horas. En ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comuniqué con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal. Se permitirá al incomunicado el uso de libros u otros objetos que solicite, siempre que no puedan servir para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena. Asimismo se le autorizará a realizar actos civiles impostergables, que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción.

Un sistema de esta naturaleza favorece siempre al gobierno porque le permite interferir para manipularlo utilizando -de nuevo en la historia-, el sistema penal como instrumento de poder y dominación a su favor, cuestión que justifica el motivo por el cual ningún gobierno desde entonces hasta la fecha, lo haya modificado para adecuarlo a la CN. (Jauchen, 2005).

Es en este sentido que la C.S.J.N. se expidió sobre esta cuestión al dictar sentencia en el caso “Quiroga”, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302¹⁴⁴, expresando en distintos momentos que el sistema acusatorio es el único que comulga con nuestra CN.

*** Derecho a tener un traductor. CADH 8.2.a y PIDCP 14.3.f**

La necesidad de proteger los derechos de las personas que son perseguidas penalmente en un país extranjero, porque se les imputa la comisión de un delito, es una cuestión abordada por la doctrina, la jurisprudencia, órganos con jurisdicción supranacional y por los propios países a través de sus relaciones consulares en el marco del Derecho Internacional.

Este derecho está normado en la CN en el art. 75. Inc. 22 en función de la CADH 8.2.a y el PIDCP 14.3.f que indican que “toda persona inculpada de un delito tiene derecho a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”.

A su vez, el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que las autoridades que procedieron a arrestar a quien no

¹⁴⁴ C.S.J.N., Sentencia “Quiroga”, del 23 de diciembre de 2004: “Que la Constitución Nacional ha establecido la forma republicana de gobierno basada en la división de poderes, a fin de establecer un delicado equilibrio de atribuciones específicas y controles recíprocos, para garantizar el funcionamiento armónico del sistema. Como consecuencia del modelo constitucional elegido, se derivan las diferentes competencias funcionales de acusar, defender y juzgar, cuyo ejemplo paradigmático es el proceso de juicio político, donde una de las cámaras acusa (diputados) y la otra juzga (senadores), de manera de garantizar la imparcialidad en la decisión final y el ejercicio adecuado del derecho de defensa de quien ha sido objeto de juzgamiento. Aquí rige la máxima que asegura la separación de funciones y la imparcialidad de las decisiones, pues solo la acusación habilita la jurisdicción”. (consid. 19, fallo del Ministro de la Corte, Dr. Raúl Zaffaroni).

comprenda el idioma, deberá comunicarle en idioma que aquella comprenda, los motivos del arresto y a brindar asistencia gratuita, en caso necesario, y de un intérprete en el proceso¹⁴⁵.

Mientras que la Corte IDH, al expedirse sobre el “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sostuvo la necesidad de resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia para evitar discriminación¹⁴⁶ y en este sentido, señala la necesidad de que se ayude con un traductor a quien desconoce el idioma y se brinde al extranjero asistencia del consulado de su país de origen¹⁴⁷.

A la luz de estos criterios, la comunicación humana adquiere una dimensión mayor, por cuanto en el marco de un proceso penal trasciende estos valores, para instalarse en el seno propio de la vida, amenazada por una condena, e incluso la muerte, en determinadas jurisdicciones, tras el juicio legal pertinente. En este contexto, las garantías judiciales internacionales establecidas para el imputado —e incluso el propio proceso—, resultarían inútiles, en virtud de que el procedimiento se rige por el idioma de la jurisdicción, el que no es comprendido por el inculcado por ser extranjero, o bien por ser del mismo Estado, pero afectado por alguna discapacidad que lo lleve a no comprender los cargos que se le imputan. (Jauchen 2005).

¹⁴⁵ UN, resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988: “Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma empleado por las autoridades responsables del arresto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el principio 10, el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1 del principio 12 y el principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto” (Principio 14).

¹⁴⁶ Corte IDH, opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. (párr. 119)

¹⁴⁷ *Ibídem*: “Por ello se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal”. (párr. 120).

*** Derecho a la información previa y detallada de la acusación. CADH 8.2.b y PIDCP 14.3.a**

El derecho a la información previa y detallada de la acusación, en doctrina, es considerado una garantía básica para poder llevar adelante una eficaz defensa del imputado, por cuanto conocer de qué se lo acusa, le permitirá preparar adecuadamente su estrategia defensiva.

Esta garantía debe cumplirse en tres momentos del proceso penal: 1) al momento de la detención¹⁴⁸; 2) en ocasión de la declaración¹⁴⁹; 3) cuando el fiscal formula la acusación¹⁵⁰.

El derecho supranacional lo expresa así: CADH 8.2.b: “Toda persona culpada de un delito tiene derecho a.....comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”; mientras que el PIDCP 14.3.a, reza: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho a A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulado con ella”.

Este precepto fue analizado por la Corte IDH en el caso Castillo Petrucci¹⁵¹, donde constató que en el procedimiento penal seguido contra varias personas ante la justicia

¹⁴⁸ CPPN, art. 280, 2do párr.: “El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento...”

CPPPSdE, art. 66, “....Desde el mismo momento de la detención o, no siendo detenible el delito desde la primera diligencia practicada con el imputado, éste deberá ser anoticiado por la autoridad que intervenga que goza de las siguientes garantías mínimas: 1. Ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan...”

¹⁴⁹ CPPN, art. 298 y CPPPSdE, art. 338: “Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad...”

¹⁵⁰ CPPN, art. 374. “El día fijado y en el momento oportuno se constituirá el tribunal en la sala de audiencias y comprobará la presencia de las partes, defensores y testigos, peritos e intérpretes que deban intervenir. El presidente advertirá al imputado que esté atento a lo que va a oír y ordenará la lectura del requerimiento fiscal y, en su caso, del auto de remisión a juicio, después de lo cual declarará abierto el debate”.

CPPPSdE, art. 381”...Abierto el debate, y previo interrogatorio de identificación del imputado, el Presidente, luego de alertar al mismo que debe estar atento y escuchar, concederá la palabra sucesivamente al Fiscal, y al Defensor para que establezcan las líneas de la acusación y de la defensa sucesivamente. De igual manera se procederá si interviniese el querellante particular, las partes civiles, y el asegurador...”

militar del Estado demandado (Perú) quedó demostrada la violación de este principio porque los imputados no tuvieron conocimiento adecuado y oportuno de los cargos y por lo tanto, sus abogados defensores actuaron en condiciones inadecuadas, por lo que el Tribunal Internacional.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General 13, al Artículo 14 del PIDCP, realiza una evaluación sobre los alcances de este principio expresado en el apartado a) del párrafo 3, indicando que los Estados no informan convenientemente el modo en que se cumple con este principio; que las causas de la demanda deben ser indicadas de inmediato; y que las exigencias sobre la información de las causas de la acusación, pueden ser cumplidas de manera verbal o por escrito, en tanto y en cuanto indique el fundamento legal y los supuestos hechos que involucran al imputado¹⁵².

¹⁵¹ Corte IDH, Sentencia “*Castillo Petruzzi*”, del 30 de mayo de 1999: “La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada”. (Consid. 141).

“Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado (Perú) violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención”. (Consid. 142).

¹⁵² Comité de los Derechos Humanos, UN, Observación General No. 13, del 13 de abril de 1984: “Entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el párrafo 3, la primera se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella (apartado a)). El Comité observa que en los informes de los Estados no se indica con frecuencia la manera en que se respeta y garantiza este derecho. El apartado a) del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa”. (Párr. 8)

*** Derecho al tiempo y a los medios para preparar la defensa. CADH 8.2.c y PIDCP 14.3.b**

El derecho a la defensa que tiene un imputado es considerado como una de las garantías fundamentales de la persona que es perseguida penalmente porque se le atribuye la comisión de un delito, pero además, para que se cumpla este principio de raigambre constitucional, la defensa debe ser eficiente y para ello, es necesario que se la ejecute con el debido tiempo y con medios necesarios, a fin de plasmar en la práctica la “plena igualdad” de las partes en el proceso penal.

Este precepto, está normado en el 75 inc. 22 de la CN, en función del CADH 8.2.c y del PIDCP 14.3.b en donde señalan que todo persona acusada de un delito, tendrá derecho “a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

El primero de estos preceptos se refiere a la necesidad del tiempo material para tomar vista del expediente y acceder a la prueba en la que se basa la acusación formal; mientras que el segundo, se caracteriza por la evidente desigualdad existente en el proceso penal en donde el Ministerio Público Fiscal cuenta para acusar con recursos humanos, técnicos y legales, mientras el imputado para producir determinadas prueba a su favor no tiene imperio, sino que debe solicitarla al juez para lograr su producción. (Maljar 2006).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General 13, al Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, realiza una evaluación sobre los alcances de este principio expresado en el apartado b) del párrafo 3, indicando que el tiempo depende de cada caso; y que los medios, significan la libertad de acceso a lo que se produce en el proceso, a contar con un abogado para la defensa técnica y la garantía de comunicación entre imputado y abogado defensor¹⁵³.

¹⁵³ Comité de los Derechos Humanos, UN, Observación General No. 13, del 13 de abril de 1984: “El apartado b) del párrafo 3 dispone que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. Lo que constituye un “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como la oportunidad de

En base a estos preceptos, se puede inferir que negar el derecho de defensa del imputado, sólo es concebible en un régimen autoritario, inquisitivo y tiránico, pero es inimaginable en un sistema republicano y democrático, porque en el proceso penal, es el imputado el que gozan de las garantías constitucionales y supranacionales.

Un aspecto que se observa como obstáculo en el ejercicio de la preparación de la defensa, con tiempo y medios adecuados, es el instituto del “secreto del sumario”, que los jueces dictan y que aparece como un oscuro impedimento para tomar conocimiento de lo que se produce en el expediente.

Este instituto, implementado para que los antiguos pretores romanos puedan mantener “en secreto” sus acciones con fines políticos, emerge en la actualidad fuera de contexto, en relación a un Estado democrático que reconoce los derechos de los ciudadanos.

Por ello, la garantía de conceder al imputado los medios adecuados para su defensa, debe interpretarse, en sentido amplio, el lugar, comodidades con ese objetivo, posibilidad de comunicaciones, acceso a las pruebas y documentos que hacen a la acusación, y demás elementos mínimos del expediente para ejercer una defensa eficaz.

En este sentido, la Corte IDH, al dictar sentencia en caso “Loayza Tamayo”, expresó que lo actuado no alcanza para cumplir con los estándares de un juicio justo, que limita la actividad del defensor, impidiendo que conozca lo producido en el proceso¹⁵⁴.

contratar a un abogado y de comunicarse con éste. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, debe poder recurrir a un abogado. Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte”. (párr. 9).

¹⁵⁴ Corte IDH, Sentencia “Loayza Tamayo”, del 17 de septiembre de 1997: “En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por un procedimiento excepcional en el que, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso”. (Consid. 62).

A su vez, en el caso “Cantoral Benavidez”, la sentencia de la Corte IDH enumeró una serie de obstáculos puestos por los jueces que impidieron la comunicación libre y privada del imputado y su abogado defensor; que éste no tuvo acceso a las pruebas ni pudo receptar testimonios de actores centrales en el caso y que tampoco pudieron conocer la identidad de los juzgadores, conjunto de hechos que impiden una adecuada defensa;¹⁵⁵ y que por lo tanto son violatorios de las garantías establecidas en la CADH 8.2c.¹⁵⁶

*** Derecho a la defensa en juicio. Derecho a un abogado defensor. CADH 8.2.d y e; PIDCP 14.3.b y d**

Según se entiende, la CN fue la primera que, con una fórmula terminante, consignó de manera categórica: “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” (art. 18), pero es exagerado afirmar, que este principio sea consecuencia de este texto, por cuanto esta garantía individual presidió y preside toda la estructura reformista del enjuiciamiento penal que nace en el siglo XVIII y se plasma en el XIX. (Maier 2002).

“Para la persona imputada de un delito y por el cual se la somete a proceso, sin duda éste es el derecho por excelencia, el supremo e inviolable derecho a defenderse, el que, más allá de su contenido genérico, implica múltiples derivaciones” (Jauchen, 2005, pág. 149).

Ahora bien, en el devenir histórico, la Declaración de derechos del Estado de Virginia de 1776, si bien no lo expresaba de manera literal, ya preveía este principio¹⁵⁷,

¹⁵⁵ Corte IDH, sentencia “Cantoral Benavides”, del 18 de agosto de 2000: “Está probado en la presente causa que en el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor; b) el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado inculpativo; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso; y c) los jueces encargados de llevar los procesos por terrorismo tenían la condición de funcionarios de identidad reservada, o “sin rostro” por lo que fue imposible para Cantoral Benavides y su abogado conocer si se configuraban en relación con ellos causales de recusación y ejercer al respecto una adecuada defensa”. (Consid. 127).

¹⁵⁶ Ibídem: “...el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 8.2.c), 8.2.d) y 8.2.f) de la Convención Americana”. (Consid. 128).

¹⁵⁷ Declaración de derechos del Estado de Virginia. 1776: “En toda acusación criminal, el hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a

enumerando con claridad los principales elementos que integran el derecho a defenderse, pautas fundamentales que la C.S.J.N. ha indicado como acusación, defensa, prueba y sentencia. (Maier 2002).

Estos postulados se ven plasmados después en el texto de la Constitución de los Estados Unidos de América, en su Enmienda VI: “el acusado gozará del derecho, .. a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación; a ser confrontado con los testigos contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos de descargo; y a la asistencia de abogados para su defensa”; Enmienda V: “ninguna persona... será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal”; Enmienda XIV: “.. ningún Estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal...”.

La cláusula que otorga a los individuos el derecho inviolable de defenderse cumple, en nuestra Constitución, la misma función de limitación al uso arbitrario del poder penal por parte del Estado y como garantía del individuo, que cumple en otros países, de ahí que “debido procedimiento legal” (due process of law), citado en el Derecho norteamericano, o la garantía de un juicio imparcial y leal (fair trial), del Derecho inglés, o su traducción al Derecho europeo continental previendo “chances iguales” para el imputado (Waffengleichheit), derechos consagrados por el art. 6º, párr. 1º, la oración, de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, equivalen a nuestro “derecho de defensa”. (Maier 2002).

El Derecho positivo lo consagra en la CN en el art. 18: “...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos....”; pero en el art. 75 inc. 22, en función de la CADH art. 8.2 d y e¹⁵⁸; y el PIDCP, art. 14.3.d¹⁵⁹, avanza un poco más y coloca a la

producir prueba en su favor y aun juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable”. (Sección VIII).

¹⁵⁸ CADH 8: 2, d) “derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

¹⁵⁹ PIDCP: 14, 2 “d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

defensa técnica como uno de los principios elementales. También lo expresa el código adjetivo de la Provincia de Santiago del Estero¹⁶⁰.

Ahora bien, la defensa es considerada por la doctrina con un triple valor: como un derecho, un poder y una actividad. Como derecho por estar contemplado explícitamente en un conjunto de normas con fundamento constitucional y estar integrado al valor justicia. Como poder, porque en el proceso penal pertenece al imputado. Como actividad, porque se ejerce activamente a lo largo de todo el proceso a fin de controlar el desarrollo regular del procedimiento.

Las normas supranacionales coinciden en expresar el principio de defenderse personalmente o ser asistida por un defensor a su elección, dos maneras diferentes y complementarias, llamadas defensa material y defensa técnica, respectivamente.

La primera de ellas, tal como la norma lo indica, la lleva a cabo el propio imputado, cuando declara, proponiendo y examinando pruebas, interrogando a un testigo, entre otras diligencias procesales, hechos que presupone el conocimiento de la imputación. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

La defensa técnica es ejercida por un abogado, es necesaria y obligatoria –aun en contra de la voluntad del imputado-, porque la actividad que llevará adelante debe estar fundada en Derecho, lo que requiere de conocimiento científico.

Cabe aclarar, que la expresión “aún en contra de su voluntad”, está plenamente relacionada con el cumplimiento de lo establecido en el art. 18 CN, referido “a la inviolabilidad de la defensa en juicio”. Pero para cumplir con esta garantía constitucional, no solo es necesario observar estas características de “necesaria y obligatoria”, sino que

¹⁶⁰ CPPPSdE art. 2: “...Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento...”; art. 66 inc. 2: “A comunicarse libremente con un letrado de su elección, y que le asiste el derecho de ser asistido y comunicado con el Defensor Oficial. Si fuese extranjero, el derecho que le asiste a comunicarse con el Cónsul de su País; art. 106: “El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogados de la matrícula de su confianza o por el Defensor Oficial, lo que se hará saber por la autoridad judicial o policial que intervenga en la primera oportunidad. Podrá también defenderse personalmente, siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa o no obstaculice la normal sustanciación del proceso, supuestos en que el órgano interviniente lo invitará a elegir defensor de su confianza dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de continuar actuando el Defensor Oficial ...”.

además, debe ser efectiva y capaz de fundamentar el contradictorio válido para responder a la acusación.

El imputado, en caso de no tener medios, podrá contar con la asistencia profesional gratuita, de un abogado proporcionado por el Estado.

Una observación con respecto al defendido, es frecuente escuchar en el común de la gente que el abogado defiende a un “delincuente”, sin embargo se trata de una apreciación errónea por cuanto se asume la defensa de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que goza de la presunción de inocencia durante todo el proceso y hasta que una sentencia, previo juicio, lo declare culpable, en el marco de un proceso con fundamento constitucional (Jauchen, 2005).

Con respecto al defensor, de él se dice que es “auxiliar de la justicia”, sin embargo la doctrina es coincidente en considerar que ciertamente no es así, ni puede ser así. El abogado no es auxiliar de la Justicia ni del Juez, sino es asistente directo del imputado y defiende los intereses de su cliente particular. Es su asistente y lo representa.

En este contexto se debe observar que el art. 58 del CPCC de la Nación, señala que “en el desempeño de su profesión, el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respecto y consideración que debe guardársele”, lo que permite dimensionar la importancia del ministerio que encarna el abogado, y también sus límites. De este texto, se puede inferir que el abogado sólo es un auxiliar de las partes.

La historia evidencia que el rol principal es la defensa de los intereses de su defendido a quien se debe, lo que añade una cualidad que define el sentido de la profesión como “defensores de la libertad y del derecho, aún a costa de su propia tranquilidad. Pues les obliga a luchar no sólo contra el adversario sino, también, contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad cuando ésta se ha afirmado por esos medios”. (BIELSA, R., 1960 “*La abogacía*”, Buenos Aires, Ed. 1960, p. 26).

Por ello, la abogacía como profesión es un oficio privado pero como función social se justifica sólo si persigue un fin público; además, como integrante del sistema de justicia,

es intermediario entre el juez y la parte, y deben conciliar el interés privado de alcanzar una sentencia favorable con el interés público de afianzar la justicia.

En términos generales el abogado está habilitado para desempeñarse en el ejercicio de la procuración judicial y en la lid del patrocinio (art. 46, 48 y 56, C.P.C.C.; art. 1º, inc. 1º, ley 10.996). Como tal, no obstante representar o asistir a las partes en sus planteos judiciales, es sólo un auxiliar de éstas ante la justicia y no puede transformarse él o sus intereses en algo más importante que el proceso mismo¹⁶¹.

El abogado cumple un papel fundamental en el sistema de Justicia. Hoy se utiliza la palabra operador, y creo que se trata de un operador imprescindible. Es el asesor técnico de la parte, para que encuentre la forma adecuada de hacer valer los derechos que le corresponden, para encontrar la mejor manera de resolver el conflicto, para hacerle saber a su cliente cuáles son los derechos que le asisten, para defenderlo ante las imputaciones, para asesorarlo como víctima ante una imputación.

Ahora bien, en la misión de defender al imputado es necesaria la comunicación libre y fluida entre defensor y defendido, aspecto contemplado plenamente en el art. 8.2.d de la CADH y en el art. 14.3.b del PIDCP.

Esta comunicación puede ser personal, telefónica, epistolar o través de algún medio tecnológico moderno (sms, chat, wasap, skipe), aspecto que deberá garantizarse, irrestrictamente y que, además, debe gozar de la reserva de las confidencias vertidas en ese diálogo. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

En este pensamiento, la UN, al disponer el “Conjunto de principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, caracteriza este derecho señalando que debe hacerse “sin demoras, ni censuras y en régimen de absoluta confidencialidad”¹⁶².

¹⁶¹ SC Buenos Aires, Ac. 72277, 14/04/2004, “Mena, José Rodolfo c/ Citibank N.a. s/ Regulación por diferencia de valor”, en JUBA, sum. B27398.

¹⁶² UN, Res.43/173: Principio 17: 1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. 2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección

A su vez, la Corte IDH al tratar el caso “Suarez Rosero” resolvió una cuestión que turbaba este derecho de defensa; de contar con un abogado; de preparar una defensa adecuada y de una comunicación libre y en confidencia, por lo que consideró que el Estado violó estas garantías judiciales¹⁶³.

Esta misma Corte internacional, se expidió en el caso “Bulacio”, destacando la importancia de la comunicación confidencial entre el imputado y su abogado defensor como acto propio del derecho de defensa¹⁶⁴, reafirmando de este modo el principio de contar con un abogado defensor y de tener tiempo para preparar su defensa.

Más aún, la Corte IDH al expedirse en la Opinión Consultiva OC-11/90, sobre “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dejó en claro el derecho de defensa del imputado y de contar con un abogado defensor a su elección o bien proporcionado por el Estado, en este caso pagado o nó por el propio Estado, según la legislación interna¹⁶⁵.

tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Principio 18: 1. Toda persona detenida o presa tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo. 2. Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado. 3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden. 4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación. 5. Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

¹⁶³ Corte IDH, Sentencia “*Suárez Rosero*”, del 12 de noviembre de 1997: “Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana”. (Consid. 83).

¹⁶⁴ Corte IDH Sentencia “*Bulacio*”, del 18 de septiembre de 2003: “En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, como acto inherente a su derecho de defensa”. (Consid. 130 in fine)

¹⁶⁵ Corte IDH, *opinión consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990: “Los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciere tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna. En estos términos, un inculcado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna se lo

Indica también que la asistencia legal es una exigencia, en caso de que sea necesaria y que un Estado, si no la provee cuando se trata de un indigente, por ejemplo, no cumple con la garantía¹⁶⁶. La Corte IDH avanza aún más en esta cuestión, al considerar necesaria e imprescindible la defensa técnica, caso contrario, es un acto violatorio a lo estatuido en el artículo¹⁶⁷.

*** Derecho de interrogar a testigos y peritos. Excepciones a la oralidad: CADH 8.2.f y PIDCP 14.3.e**

Uno de los puntos controversiales está relacionado a las excepciones a la oralidad en los juicios orales y públicos que, en la práctica, afectan a todos los otros caracteres. En este sentido, el testimonio recibido en la etapa de instrucción del proceso e introducido por lectura al juicio, vulnera la publicidad, por cuanto el público no ve ni oye al testigo de manera directa; también la inmediación, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto con el testigo.

El derecho de interrogar a testigos y peritos goza de garantía constitucional en virtud el art. 75, inc. 22, en función de la CADH 8.2.f que reza: “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

En consonancia con este precepto, el PIDCP 14.3.e, señala que toda persona acusada de un delito tiene la garantía de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de

permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna. Es así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales. Pero como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente”. (párr. 25).

¹⁶⁶ *Ibidem*: “Hay que entender, por consiguiente, que el artículo 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado”. (párr. 26).

¹⁶⁷ *Ibidem*: “Aun en aquellos casos en los cuales un acusado se ve obligado a defenderse a sí mismo porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo”. (párr. 27).

cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

Estas garantías también están establecidas en los códigos procesales penales de la Nación y de la Provincia de Santiago del Estero, los que indican el modo en que se llevará a cabo el interrogatorio a los testigos, expresando, entre otras cuestiones, que ambas partes pueden preguntar y repreguntar;¹⁶⁸ pero de la lectura de este texto, queda en evidencia que el contenido de los códigos procesales no contemplan en plenitud las garantías constitucionales.

Esta situación se hace más conflictiva aún, en virtud de lo establecido en el art. 391 del CPPN¹⁶⁹; y el art. 393 del CPPPSdE¹⁷⁰ que señalan una serie de excepciones en las que

¹⁶⁸ CPPN art. 360 y el CPPPSdE, art. 387, con idéntica redacción señalan: “Formas de interrogatorio y recepción de la prueba. Los testigos, peritos o intérpretes prestarán juramento de decir verdad ante el Tribunal, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente por la parte que los propuso. Seguidamente quedarán sujetos a las repreguntas de las otras partes intervinientes. Si del curso de la repregunta surgiere la necesidad de volver a preguntar por la parte que hubiere ofrecido el testimonio, la misma lo podrá hacer con la autorización del Presidente del Tribunal, al igual que las otras partes a posteriori, guardándose siempre el orden respectivo.- Asimismo las partes en cada caso indicarán si han terminado con el testigo o si el mismo debe permanecer a disposición del Tribunal. El Presidente resolverá lo que corresponda. En el supuesto de que el testigo deba permanecer a disposición del Tribunal, podrá autorizarse al mismo a ausentarse de la sede donde se celebra el debate siempre y cuando se arbitren los medios para hacerlo comparecer cuando sea necesario. Los elementos de convicción que hayan sido secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y a los testigos a quienes se invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente”.

¹⁶⁹CCPN Art. 391: “Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 1º) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó. 2º) Cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo. 3º) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignore su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar. 4º) Cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los artículos 357 ó 386”.

¹⁷⁰ CPPPSdE “Lectura. Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado. Como excepción se podrán incorporar por su lectura: 1) La declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria, conforme las reglas que la tutelan. 2) La declaración de quien, al momento de llevarse a cabo la audiencia, hubiese fallecido, se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar o se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente. 3) Las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate. 4) La denuncia, la prueba documental o de informes y las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate, al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada. 5) Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe, siempre que se hayan respetado las reglas del artículo 266 y se estimare innecesaria su reproducción en la audiencia. 6) Las actas de anticipos extraordinarios de prueba, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del

las declaraciones testimoniales obtenidas en la etapa instructoria, pueden ser incorporadas por lectura al juicio.

De la comparación de las normas sustanciales en cuestión y estas normas adjetivas, se observan evidentes contradicciones, por cuanto los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional garantizan el derecho de interrogar a testigos y peritos, mientras que los códigos de rito permiten, en determinados casos, la incorporación por lectura de testimonios recogidos en la etapa de instrucción, impidiendo de este modo el contradictorio, característico de un proceso acusatorio que se ve vulnerado, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar.

Es justamente el contradictorio el que permitirá, excepcionalmente, la introducción del testimonio obtenido en etapa de instrucción, es decir, en el caso de que se haya producido la contradicción previamente, dando al imputado y su defensa la posibilidad de escuchar e interrogar a quien presta testimonio y cuya participación en el juicio sea materialmente imposible por causa de muerte, por ejemplo.

La identidad física del juez también se ve afectada, pues el magistrado que recibió originariamente el testimonio, no es el mismo que deberá dictar la sentencia, perdiéndose el principio de inmediatez.

Lo correcto sería que todo lo recogido durante la etapa preparatoria sea reproducido en el juicio, pues con anterioridad a este, es solo papel. De este modo, público, partes y jueces que deben dictar sentencia, podrán acceder a la prueba de manera directa con plena vigencia del contradictorio entre acusación y defensa. (Cafferata Nores, 2000).

En cualquier otro supuesto, la mera lectura del testimonio en juicio vulnera derechos de naturaleza constitucional en el marco de lo instituido por el Art. 8.2.f CADH y 14.3.e del PIDCP, contemplados en el art. 75 inc. 22 CN, por lo que autorizarlos, significaría convalidar la negligencia del Estado que es el responsable de formular y sostener la acusación.

declarante, cuando sea posible. 7) Cualquier otro acto o acta del proceso cuando la totalidad de las partes presten conformidad en la audiencia preliminar o lo consientan en la del debate, subordinado a la aquiescencia del Juez o Tribuna”.

Esta cuestión fue tratada en la CNCP en la caso “Reina”, s/ Recurso de Cámara de Casación Penal N° 4918.1. Causa N°: 3898,¹⁷¹ que resolvió anular la sentencia en un caso de robo agravado tramitada ante el Tribunal Oral Federal, porque la defensa no tuvo acceso al control de las declaraciones testimoniales.

El voto de la Dra. Catucci y el Dr. Bisordi en esta causa, en total consonancia con las normas supranacionales en estudio, desestima la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales en etapa de instrucción, al determinar que toda prueba testimonial que fundamente el decisorio, debe producirse durante el desarrollo del debate en juicio para favorecer el derecho de contralor por las partes y posibilitar, a la vez, la inmediación y publicidad.

En concreto, los códigos procesales señalan que la prueba testimonial no pueda ser suplida por la lectura de las declaraciones obtenidas en la etapa de investigación, aunque contiene, además, una permisividad legal, la que, a la luz de esta sentencia, conculca los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales, con raigambre constitucional.

Por otro lado, se debe considerar que las partes no son despojadas de su derecho a la defensa y su derivado específico de interrogar al testigo, cuando se produce en etapa de instrucción un acto definitivo e irreproducible, en el que las partes tuvieron la oportunidad de controlar el testimonio prestado por los involucrados. Es decir, el contradictorio anticipado permite la introducción por lectura de tal declaración en el posterior debate (Jauchen 2005).

Mientras tanto, en el fallo “Abasto”¹⁷², la CNCP analizó la condena impuesta a Héctor Abasto por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 19 de la Capital Federal, por resultar

¹⁷¹ CNCP, Sentencia “Reyna”, del 21 de Marzo de 2002: “Si no pudo cumplirse por la defensa con el control útil y eficaz de las declaraciones testimoniales porque fueron recibidas en un estadio procesal en que aquélla aún no existía como parte, y el juzgado interviniente no arbitro medio alguno que posibilitara un ulterior interrogatorio ni aseguró que los denunciantes permanecieran en su jurisdicción; la incorporación por lectura de los dichos incriminatorios conculca los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo rango constitucional -art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional implica que su violación sea de aquellas previstas en el art. 167, inc. 3° y 168 del C.P.P.N., y conlleve la descalificación del acto procesal y del pronunciamiento que ha sido su consecuencia cuando la prueba restante no habilita un juicio de certeza acerca de la culpabilidad del acusado”. (Voto de la Dra. Catucci y el Dr. Bisordi).

¹⁷² CNCP, Sala I, “Abasto”, del 28 de Junio de 2001.

autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas en concurso real con violaciones reiteradas (dos hechos), en contra de B.G. y M.Z.S. (esta última su esposa).

La defensa interpuso recurso de Casación contra la sentencia por considerar que se había violado el derecho de defensa en juicio, ya que el Tribunal tuvo por ciertas las declaraciones de M.Z.S., sin valorar sus rectificaciones posteriores, pero fundamentalmente porque las declaraciones de los dos testigos damnificados fueron incorporadas al debate mediante lectura, por cuanto no se encontraban en el país porque se fueron a vivir a Bolivia.

En su fallo, el Tribunal de Casación, analizó los hechos poniendo énfasis en la CADH 8.2.f y en el PIDCP 14.3.c, sosteniendo el derecho del imputado “a interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal”. Como precedentes fueron a su vez citados los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Unterpertinger” y “Bonish”.

En consecuencia, el Tribunal dictó la nulidad del juicio y se remitió la causa a los fines que se realice otro proceso donde sea respetado el derecho de defensa.

Cabe tener en cuenta, que la incorporación de las declaraciones testimoniales al debate en juicio por lectura, está estipulada en el Art. 391 Inc. 3 del CPPN y en el Art 393, inc. 3 del CPPPSdE¹⁷³, pese a ello, en el Caso Abasto, observamos que la CNCP, hizo prevalecer el status constitucional de las normas incorporadas en el art. 75, inc. 22 de la CN, dictando sentencia en consecuencia, al considerar que en la instrucción está vedada a la parte de la defensa, el “*derecho de interrogar a los testigos*”.

En este sentido, la Corte IDH, en el caso “Castillo Petruzzi”, señaló que la legislación tomada en cuenta para dictar sentencia impide el derecho a interrogar por cuanto el abogado defensor no puede controvertir lo obtenido en etapa instructoria¹⁷⁴.

¹⁷³ CPPN - Art. 391. - Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción:

Inc. 3º) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignore su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar.

¹⁷⁴ Corte IDH, sentencia “Castillo Petruzzi”, del 30 de mayo de 1999: “La Corte considera que la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las

Indica también que las limitaciones impuestas vulneran el derecho de interrogar a los testigos;¹⁷⁵ hechos a los que considera violatorios de este principio¹⁷⁶.

De igual modo, en el caso “Cantoral Benavidez”, se expidió indicando que se comprobó que en la causa, el abogado de la víctima no pudo lograr la declaración de los agentes que intervinieron en la detención y en la elaboración de las actas inculporatorias, ni la confrontación pericial de las pruebas, entre otras;¹⁷⁷ por lo que se concluyó que el Estado de Perú violó lo estatuido en el artículo 8.2.c), 8.2.d) y 8.2.f) de la Convención Americana¹⁷⁸.

En otro orden de cosas, otro medio probatorio habitual para esclarecer investigaciones complejas en el ámbito policial, es la utilización de la figura de “testigos anónimos”, personas de quien no se conoce la identidad y que aportan datos certeros, a partir de la cual se desarrolla la investigación. Sin embargo, al llegar al debate oral todas las pruebas recabadas devienen en ineficaces porque se produjeron violando garantías constitucionales, además, al tratarse de un anónimo que impide a la defensa el derecho de preguntar al testigo. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

En suma, en el supuesto de que una condena se base solo en declaraciones que no tuvieron la oportunidad de ser examinadas durante el debate o en etapa instructoria, trae

supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, tal como ha sido consignado (supra 141), la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculporado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial”. (Consid. 153).

¹⁷⁵ *Ibidem*: “La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. (Consid. 155).

¹⁷⁶ *Ibidem*: “...por lo tanto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.f de la Convención”. (Consid. 156).

¹⁷⁷ Corte IDH sentencia “*Cantoral Benavides*”, del 18 de agosto de 2000: “Está probado en la presente causa que en el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor; b) el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado inculporatorio; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso; y c) los jueces encargados de llevar los procesos por terrorismo tenían la condición de funcionarios de identidad reservada, o “sin rostro” por lo que fue imposible para Cantoral Benavides y su abogado conocer si se configuraban en relación con ellos causales de recusación y ejercer al respecto una adecuada defensa”. (Consid. 127).

¹⁷⁸ *Ibidem*: considerando 128.

aparejada la nulidad de la sentencia por clara violación de los derechos conferidos por los instrumentos internacionales con rango constitucional.

*** Derecho de incoercibilidad del imputado: CADH 8.2.g/ 8.3 y PIDCP 14.3.g**

Con la irrupción del pensamiento liberal en el proceso penal reformado del siglo XIX se abrió paso a la idea de que el imputado debía ser reconocido como un sujeto procesal dotado de derechos autónomos en el proceso¹⁷⁹, por lo tanto se podía hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuía participación en un hecho punible.

Esta posición que “provenía de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad”. (Horvitz Lennon, y López, “*Derecho procesal penal chileno*”, 2005, tomo I Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile. Pág. 225.), es superadora de la concepción inquisitiva que veía al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, lo que generaba que se buscara en él la verdad, propiciando todo tipo de excesos y abusos en contra del imputado.

En este contexto, se observa que los términos coerción o coacción representan el uso de la fuerza para limitar o cercenar las libertades o facultades de las personas para lograr un fin. Ahora bien, en el caso de coerción legítima que ejerce el Estado, se trata del uso de un poder acordado por ley (que debe respetar las reglas constitucionales que limitan el poder estatal); a su vez, la pena (también las medidas de seguridad y corrección), es el medio clásico de coerción del derecho penal material, es decir, la ejecución forzada, pero el derecho procesal, penal y civil, también utiliza la pena estatal para lograr determinados fines (prisión preventiva, embargo, allanamiento domiciliario, etc.), potestades que la “presunción de inocencia” no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta, prueba de ello es el texto del art. 9 de la

¹⁷⁹ ROXIN, Claus. “*Derecho procesal penal*”. 2.000. Trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Buenos Aires, Ed. Del Puerto, Pág. 124.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano¹⁸⁰ que admite esta posibilidad. La CN sigue estos preceptos, pese a impedir la coerción, tolera el arresto por orden escrita de autoridad competente, durante el procedimiento de persecución penal. (Maier 2002).

En síntesis, la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el procedimiento en sí, es decir, por eso en el Derecho procesal penal, el fundamento real de una medida de coerción solo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad. (Maier 2002).

Derecho a no ser obligado a declarar en su contra

Entre los derechos fundamentales se encuentra el de incoercibilidad del imputado, lo que significa que no puede ser obligado a declarar contra su propia persona, sobre los hechos que se le atribuyen; incluyendo su derecho a guardar silencio sin que esto pueda ser utilizado como prueba en su contra, o bien como circunstancias agravantes de la pena. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

Además, el derecho de no declarar contra sí mismo, ni declararse culpable, tiene como objeto vedar la acción intimidatoria del Estado tanto física (torturas), como psíquica (tratos crueles) para lograr la confesión del imputado. (Maljar, 2006).

Este principio nos remite –contrario sensu- a la época de Inquisición, en donde la confesión era la prueba por excelencia por lo que se legalizó todo tipo de tormentos y torturas atroces, con el fin de obtenerla. Con la Revolución Francesa se modificó esta cruel metodología y el naciente constitucionalismo se ocupó de incorporar a su letra esta garantía.

¹⁸⁰ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 9: “...presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

Los antecedentes históricos locales dan cuenta que en la época colonial, se aplicaron en América las leyes de Las Siete Partidas¹⁸¹ cuyo contenido estaba influenciado por la Inquisición, a través del Derecho Canónico. En lo referido a tormentos, el único antecedente registrado es el del acalde Don Martín de Álzaga que aplicó este método en la conspiración de los franceses (1797), pero con un repudio total de la comunidad, al punto que se vio obligado a pedir disculpas.

La Asamblea de 1813 abolió esta práctica y décadas después, Alberdi proponía esta garantía en su proyecto de Constitución Nacional, que luego se plasmó en art. 18.

Derecho a conocer sus derechos

En el Derecho comparado, el caso *Miranda*¹⁸² es uno de los más debatidos e importantes de la jurisprudencia de EEUU, tanto que dio origen a la famosa “*Enmienda Miranda*” o la obligación de que el acusado conozca su derecho.

Este leading case anuló la sentencia original declarando inadmisibles que se condenara a una persona sobre la base de sus dichos durante el arresto y sin que previamente se le hubiere informado de sus derechos constitucionales, garantizados por la Quinta Enmienda: guardar silencio, que cualquier cosa que manifestara podría ser utilizada en su contra y que tenía derecho a solicitar la asistencia de un abogado.

Es decir, no puede obligarse a ninguna persona acusada de cometer un delito a declarar contra sí misma. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dictaminado que esto se aplica no sólo a los juicios, sino también a los interrogatorios policiales. Por lo tanto, una persona que ha sido detenida por la policía puede negarse a responder cualquier pregunta relacionada con el delito del cual se le acusa. Además, si la policía quiere interrogar a un sospechoso, primero debe leerle sus derechos (conocidos en inglés como “*Miranda warnings*”). Esta norma se aplica sólo cuando la policía interroga a un sospechoso mientras se encuentra detenido.

¹⁸¹ Las Siete Partidas del Rey Alfonso X “El Sabio” (1252-1284), Partida Séptima, Título I, Ley 26: “...Y si por ventura fuese hombre mal afamado, y otrosí hallase por pruebas algunas presunciones contra él, bien entonces le puede hacer atormentar de manera que pueda saber la verdad de él...”.

¹⁸² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, del año 1966

Cuando se les leen los derechos a los sospechosos, éstos tienen dos opciones: responder a la interrogación y, por consiguiente, renunciar a sus derechos; o invocar sus derechos según la enmienda y pueden hacerlo de dos maneras diferentes: permaneciendo callados y negándose a responder preguntas; o solicitando un abogado. Si los sospechosos invocan sus derechos, la policía debe suspender el interrogatorio de inmediato.

Este principio: “*nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”, está expresado en el art. 18 de la CN y en el art. 75 inc.22 de la CN, en función de la CADH 8.2.g y 8.3 y del PIDCP 14.3.g; y en los distintos códigos procesales de nación y provincias, con idéntica redacción. En el CPPPSdE, el art. 66 inc. 3, reza: “*Que no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable*”.

La doctrina señala que de este principio, llamado de incoercibilidad del imputado, derivan varias consecuencias directas, una de ellas, es que el derecho a la no autoincriminación voluntaria no rige solo en materia penal, sino se aplica también en el proceso administrativo, civil o laboral.

Derecho de no declarar

Otra derivación, es que el derecho del imputado de abstenerse a declarar, implica el derecho de mentir lícitamente. (Jauchen, 2005). Del mismo modo, el imputado tiene derecho de brindar toda la información que conozca sobre los hechos que le imputan, en tanto y en cuanto lo haga de manera voluntaria, sin ningún tipo de coacción física o psíquica.

Estos derechos otorgan al imputado una doble posición, por un lado, la calidad de *órgano de prueba* y por el otro, la de *objeto de prueba*, identificando en el primer caso al imputado que colabora libremente con el juez, sin coacción alguna; y en la segundo, cuando el propio imputado, física y materialmente, es la prueba misma o bien la contiene. En este caso, la garantía constitucional no ampara al imputado, cuando por ejemplo, tiene lesiones o tatuajes en su piel, o bolsas de droga en su aparato digestivo, o se requiere extracción de sangre o de muestras para ADN, reconocimiento de personas, entre otros, por lo tanto

puede ser obligado a la realización de la diligencia probatoria y su negativa o reticencia puede ser consideradas como indicios en su contra. (Jauchen, 2005).

En este contexto, es de destacar que la garantía señala que el imputado no puede ser impelido o forzado para actuar como órgano de prueba, esto significa que tampoco puede ser obligado a participar en careos, inspección ocular del lugar hecho, pruebas caligráficas o de voz, entre otras; esto es en función a que durante el proceso goza del estado de presunción de inocencia y no se le puede exigir que colabore en la investigación del delito por el cual es perseguido en el proceso penal. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

Declaración obligatoria

Otro aspecto a tener en cuenta, es que se le impone al imputado, como instancia obligatoria, su presencia ante el Fiscal o el Juez de Instrucción para prestar declaración, aun cuando no lo solicitó, situación que a la luz de la “plena igualdad”, expresada en el art. 2 de la CADH y pregonada como característica del proceso acusatorio e incluso dentro del sistema mixto, se erige como un mandato que es un resabio inquisitivo que violenta el derecho al silencio que, por otra lado, se pretende garantizar por ser imperativo constitucional.

Es decir, la misma norma o conjunto de normas procesales, que establecen el derecho al silencio, prohibiendo la coacción física o psicológica, lo restringen subjetivamente con la obligatoriedad del acto de la declaración del imputado. En la práctica, el imputado opta por el silencio por expresa recomendación de su defensor, al menos, hasta que se conozca plenamente la acusación formulada en su contra, tras el levantamiento del secreto del sumario.

Durante la declaración, la garantía constitucional también protege al imputado para que el interrogatorio no se produzca en ambientes intimidatorios o amenazantes. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

La Corte IDH se expidió sobre el tema en cuestión en el caso Cantoral Benavidez, determinando que el imputado fue sometido a torturas para lograr una confesión autoincriminatoria,¹⁸³ calificando al hecho como violatorio de los derechos del imputado¹⁸⁴.

La conclusión a la que arriba la Corte IDH, encuentra su fundamento en el hecho de que las torturas y tormentos a los que fue sometido el imputado, tenían al menos, dos propósitos: vencer la resistencia física para conseguir la autoinculpación y luego, en la condena, someterlo a castigos adicionales a la privación de la libertad¹⁸⁵.

Prohibición de engañar al inculpado

La incoercibilidad moral es otro aspecto a tener en cuenta, por cuanto el imputado no puede ser engañado ni inducido a declarar ni producir pruebas en su contra, por cuanto las garantías constitucionales reconocen su condición de sujeto moral. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

En este marco, se inscribe la figura del agente encubierto, una potestad otorgada al juez en la persecución del delito, que la doctrina considera violatorio de los derechos conferidos por la CN y las normas supranacionales.

Esta cuestión, se verifica en la Ley 23.737 que autoriza a efectivos de organismos de seguridad a actuar en jurisdicciones de otras fuerzas para perseguir delincuentes¹⁸⁶.

¹⁸³ Corte IDH, sentencia “Cantoral Benavides”, del 18 de agosto de 2000: “Según se ha expresado en esta misma sentencia (supra párr. 104), Luis Alberto Cantoral Benavides fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”. (Consid. 132).

¹⁸⁴ *Ibidem*, La Corte concluye, en consecuencia, que el Estado violó, en perjuicio del señor Luis Alberto Cantoral Benavides, los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención Americana”. (Consid. 133).

¹⁸⁵ *Ibidem*, “Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas. Considera también la Corte que dichos actos fueron preparados e infligidos deliberadamente contra el señor Cantoral Benavides cuando menos con un doble propósito. En la fase previa a la condena, para suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. En la etapa posterior a la condena, para someterlo a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma”. (Consid. 104).

¹⁸⁶ Ley 23.737, art. 31: “efectivos de cualesquiera de los organismos de seguridad y de la Administración Nacional de Aduanas podrán actuar en jurisdicción de las otras en persecución de delincuentes, sospechosos de delitos e infractores de esta Ley o para la realización de diligencias urgentes relacionadas con la misma, debiendo darse inmediato conocimiento al organismo de seguridad del lugar....”.

Ahora bien, la persecución del delito no es el problema en sí, sino las formas autorizadas por esta ley, por cuanto establece la figura del agente encubierto, cuando las investigaciones no pudieran ser realizadas de otro modo. Es decir, que un integrante de la fuerza se infiltre en la organización delictiva para obtener pruebas, lograr detenciones y frustrar el hecho dañoso¹⁸⁷.

Sin embargo, la doctrina entiende que todo lo obtenido por el agente encubierto no podrá luego, ser utilizado como elemento de prueba para dictar sentencia condenatoria a los implicados, porque fue lograda por medio de engaños y simulaciones, lo que viola el derecho de incoercibilidad. Es más, consideran que si los imputados conocieran el rol de funcionarios públicos de los agentes encubiertos, difícilmente hubieran dado a conocer sus actividades ilegales. (Cafferata Nores – Montero (h), 2004).

En igual condición se encuentran las figuras de “*informante*” y del “*testigo de identidad reservada*”, cuyas declaraciones se incorporan al proceso y de quienes el defensor no conoce identidad, ni tendrá la posibilidad de preguntar. El origen de los datos se escuda en eufemismos como: llamado anónimo o producto de tareas de inteligencia, hecho que recuerdan la triste historia de la Inquisición, además de ser violatorios de los derechos individuales.

¹⁸⁷ *Ibíd*em: art. 31 bis: “durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a) Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, y b) Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad. La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués (opción a permanecer en servicio o pasar a retiro sin importar la antigüedad en la fuerza). (Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 24.424 B.O. 9/1/1995).

*** Derecho a recurrir fallo condenatorio. Casación (Garantía de la doble instancia):
Cuestiones de hecho, de derecho y valorativas: CADH 8.2.h y PIDCP 14.5**

Ante el dictado de un fallo condenatorio en su contra, el proceso penal permite al condenado impugnar el decisorio ante un tribunal superior en jerarquía, quien revisará el pronunciamiento en el convencimiento de que todo acto humano puede contener errores. (Maljar, 2006).

La CADH establece esta garantía judicial para el imputado penalmente perseguido y condenado, llamada “doble instancia”, en el art. 8º.2, h y en el art. 14.5 del PIDCP. Ambos instrumentos internacionales forman parte de la CN en el art. 75 inc. 22.

Ahora bien, esta normativa constitucional da fundamento al recurso de casación, que es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido con las solemnidades legales, según su definición clásica.

En este sentido, este recurso tenía por objeto abordar solamente cuestiones de “derecho”, en consonancia con el criterio clásico de la casación, pero a la luz de la reforma constitucional del '94, se renovó tal criterio y debe interpretarse que ya no admite una revisión acotada por parte de los Tribunales intermedios, sino que exigen un análisis integral, incluyendo a las cuestiones de hecho, para garantizar al imputado, su derecho de revisión por un estamento superior.

Esta revisión es parte del debido proceso adjetivo que garantiza el art. 18 de la CN, extensible a las provincias, en virtud del art. 5 de la CN.

Hay que tener en cuenta que el CPPN contempla la casación para casos de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva¹⁸⁸; y que también pone límites al

¹⁸⁸ CPPN, art. 456: “El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; 2) Por inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad, siempre que, con excepción de los casos de nulidad absoluta, el recurrente haya reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hecho protesta de recurrir en casación”.

imputado haciendo operativo este instituto en casos en los que la condena penal sea mayor a tres años de prisión o cinco de inhabilitación, diferenciándolas de las penas correccionales, en cuyo caso se puede instrumentar la casación ante condenas superiores a seis meses de prisión y un año de inhabilitación¹⁸⁹.

A su vez, el código ritual de la Provincia de Santiago del Estero, prevé el remedio casatorio para casos de inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal¹⁹⁰; pero no prescribe limitaciones referidas a las penas impuestas al imputado.

En la práctica, ambos procedimientos (Nación y Provincia) son similares y es de destacar, desde la óptica normativa, que se sostuvo esta vía como una instancia de revisión netamente jurídica y ajena a los hechos, salvo que se alegara y probara la existencia del absurdo valorativo.

De la lectura de lo estatuido en las normas sustanciales y adjetivas, al respecto, se observa una clara contradicción, por cuanto las segundas ponen límites que impiden la plena operatividad de la garantía judicial de la doble instancia, aspecto que tuvo resolución, cuando la C.S.J.N. se expidió en el caso “Giroldi”.

Previo a esta instancia, la C.S.J.N. se había expedido sobre la garantía de la doble instancia, incluso antes de la reforma constitucional de 1994 en el caso “Jáuregui”¹⁹¹, en el cual la mayoría de los ministros sostuvieron que el derecho de toda persona inculpada de un

¹⁸⁹ CPPN, Art. 459: “El imputado o su defensor podrán recurrir: 1°) De la sentencia del juez en lo correccional que condene a aquél a más de seis (6) meses de prisión, un (1) año de inhabilitación o cien mil australes (A100.000) de multa. 2°) De la sentencia del tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres (3) años de prisión, doscientos mil australes (A200.000) de multa o cinco (5) años de inhabilitación. 3°) De la resolución que le imponga una medida de seguridad por tiempo indeterminado. 4°) De los autos en que se le deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena. 5°) De la sentencia que lo condene a restitución o indemnización de un valor superior a once millones de australes (A11.000.000)”.

¹⁹⁰ CPPPSdE, ART. 483: “Motivos. El recurso de casación podrá ser interpuesto por los siguientes motivos: 1) Inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal o de la doctrina jurisprudencial correspondiente en la decisión impugnada. a. Cuando lo inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto grave del procedimiento o un quebrantamiento de las formas esenciales del proceso o de la resolución, el recurso sólo será admisible siempre que el interesado haya oportunamente reclamado su subsanación, o hecho formal protesta de recurrir en casación, salvo en los casos del artículo siguiente. 2) Cuando nuevos hechos o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con los ya examinados en el juicio, evidencien y manifiesten que el hecho no existió o que el imputado no lo cometió. En ese orden serán motivos especiales de casación los incluidos en el artículo 502.

¹⁹¹ C.S.J.N. Sentencia *Jáuregui, Luciano A.*, del 15 de marzo de 1988.

delito, a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior se satisfacía con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48¹⁹².

A pesar de lo resuelto por la Corte en “Jáuregui”, la doctrina no era pacífica y una de las posturas señalaban que el recurso extraordinario federal no era un medio recursivo amplio en el que pudieran replantearse todos los aspectos que hubieren sido discutidos en el curso del proceso, y que por ende no lograba satisfacer la garantía prevista en la CADH 8.2.h.

En 1995 la C.S.J.N. dictó sentencia en el caso “Girolodi”¹⁹³ poniendo fin a la doctrina sentada en el fallo “Jáuregui”, merced a que muchas circunstancias habían cambiado, por lo que modificó su postura en relación a la garantía de la “doble instancia”.

Es de tener en cuenta que en este devenir de la historia, se produjo una sustancial modificación: la reforma constitucional de 1994, en la que se le confirió jerarquía constitucional a los tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al respecto, la Corte se pronunció dando un reconocimiento pleno a estos instrumentos en las condiciones de su vigencia, tal como lo especifica el art. 75, inc. 22 de la CN, es decir, tomando como guía, el modo en que lo aplica la Corte IDH, cuya competencia reconoció el Estado argentino¹⁹⁴.

¹⁹² Ley 48, art. 14: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez. 2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. 3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

¹⁹³ C.S.J.N., Sentencia “*Girolodi, Horacio David y otros*”/ *recurso de casación*, del 7 de abril de 1995.

¹⁹⁴ *Ibidem*, “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la

Otro cambio operado se registró en 1990, con la sanción de la ley 23.774¹⁹⁵ que en opinión de la doctrina transformó al recurso extraordinario en un remedio ineficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia judicial en materia penal.

El aspecto negativo observado en esta norma, es la incorporación del “certiorati” al régimen procesal del recurso extraordinario federal, que facultaba a la C.S.J.N. a rechazar este instituto con la sola invocación del art. 280 del CPCCN¹⁹⁶.

Sin embargo, a la luz de la reforma constitucional del '94, la nueva concepción sobre la doble instancia, se refleja en el fallo “Giroldi”, sentencia en la cual la C.S.J.N. señala que el cambio producido brinda nuevos fundamentos, en los que se observa –en casos como el planteado–, que el recurso extraordinario federal no es un remedio eficaz para garantizar la garantía de la doble instancia¹⁹⁷.

A la incorporación del rechazo discrecional se sumó la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal como tribunal intermedio, y con ello se estableció que los recursos interpuestos por ante ella, constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir para asegurar el derecho que reconocen los derechos humanos.

En definitiva, la C.S.J.N. resolvió –además–, en el caso “Giroldi”, declarar la inconstitucionalidad de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del CPPN, porque

interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”. (consid. 11).

¹⁹⁵ Ley 23.774, art. 2 “...Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la Ley N° 48”.

¹⁹⁶ CPCCN, art. 280: “LLlamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de DIEZ (10) días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos. En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos. (Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 23.774 B.O. 16/4/1990)

¹⁹⁷ C.S.J.N., Sentencia “Giroldi, Horacio David y otros/ recurso de casación”, del 7 de abril de 1995: “Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención)”. (Consid. 8).

impide la plena operatividad del recurso casatorio en razón del monto de la pena, controvirtiendo lo estatuido en la CADH art. 8º, inc. 2º, apart. h¹⁹⁸.

En este camino histórico de la garantía de la “doble instancia”, un fallo de la Corte IDH adquiere una importancia trascendental para la operatividad del principio en el derecho interno.

Se trata de la sentencia recaída en la causa “Herrera Ulloa”, en donde la Corte IDH se pronunció calificando a este instituto como garantía primordial que debe ser garantizada antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada, para que se evite los perjuicios que puede producir en el imputado, una decisión adoptada con vicios¹⁹⁹.

El Tribunal Internacional también señala que para satisfacer lo consagrado por la Convención, se precisa de un tribunal superior con características jurisdiccionales que lo legitimen para realizar una verdadera revisión del fallo²⁰⁰.

Además, la doctrina es coincidente en considerar que la Corte IDH, en esta sentencia, conceptualizó al recurso, a la luz de la CADH 8.2.h, indicando que debe ser un recurso ordinario que permita la corrección de una sentencia contraria a derecho, por lo que se requiere que no se interpongan restricciones para su interposición y que brinde una

¹⁹⁸ *Ibidem*, “Que lo expuesto determina que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º, inc. 2º, apart. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, inc. 2 del Cód. Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena”. (consid. 10).

¹⁹⁹ Corte IDH, Sentencia “*Herrera Ulloa*”, del 2 de julio de 2004: “La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. (Consid. 158).

²⁰⁰ *Ibidem*, “La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. (Consid. 159)

respuesta eficaz²⁰¹; aclarando que la posibilidad de recurrir el fallo no debe ser compleja²⁰²; y que se garantice el examen integral de la sentencia recurrida²⁰³.

Estas consideraciones de la Corte IDH, tuvieron un impacto directo en la C.S.J.N., que se verifica en el fallo “Casal”²⁰⁴, en donde los ministros se expidieron indicando que le compete al Tribunal de Casación revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia condenatoria objetados por el condenado, a excepción de aquello que sea producto de una percepción exclusiva de los jueces que intervinieron en el juicio oral (principio de inmediatez); de modo tal, que el derecho procesal penal interno armonice con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En este fallo, la Corte debía decidir si la casación era un recurso limitado por el predominante objetivo de unificar criterios jurisprudenciales (objetivo político) o si era un recurso más amplio y consideró que esa finalidad política de la casación era irrealizable dentro de la perspectiva constitucional argentina que no admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes y que la principal preocupación es cuidar la supremacía constitucional²⁰⁵.

²⁰¹ Ibídem, “De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos”. (Consid. 161).

²⁰² Ibídem, “La posibilidad de ‘recurrir el fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho”. (Consid. 164).

²⁰³ Ibídem, “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”. (Consid. 165).

²⁰⁴ C.S.J.N., Sentencia “Casal, Matías Eugenio y otros/robo simple en grado de tentativa”, del 20 de septiembre de 2005.

²⁰⁵ Ibídem, “Que el llamado objetivo político del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino”. (Consid. 13).

Indica además, que el art. 456 del CPPN habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, sin sobredimensionar cuestiones reservadas a la intermediación, con la sola excepción del imperio de la oralidad, aspecto que en modo alguno limita ni reduce el recurso casatorio a cuestiones de derecho; teniendo en cuenta también la imposibilidad fáctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho y que la interpretación debe ser amplia porque es la única compatible con lo dispuesto por la CN, los instrumentos internacionales y los dictámenes de la CIDH²⁰⁶.

A su vez, el Procurador General de la Nación ya había adelantado en su dictamen en esta causa, que el fin político de la casación era irrealizable por la imposibilidad de separar con rigor hecho y derecho y que la unificación de la jurisprudencia es un mito²⁰⁷.

En otro párrafo de su dictamen, el Procurador amplía sus conceptos señalando que superado el fin político del recurso, se le debe establecer un espectro más amplio de revisión, a fin de que el imputado denuncie todo lo que considere error en la sentencia²⁰⁸.

²⁰⁶ *Ibidem*, “Que en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (Consid. 34).

²⁰⁷ Procurador General de la Nación, dictamen “Casal”, del 9 de agosto de 2005: “La suma de estos dos factores ha puesto en crisis la interpretación tradicional de los alcances del recurso de casación del condenado contra la sentencia. El fin político de la casación no sólo debe ser visto como irrealizable, tanto por la imposibilidad de separar con rigor hecho y derecho, como por las razones ya tratadas que también evidencian que la pretensión de unificar la jurisprudencia es un mito. Además, debe ser visto como un interés que tiene que ser subordinado frente al derecho del imputado a ser condenado, únicamente si el orden jurídico le ha proporcionado todas las oportunidades razonables de evitar una condena incorrecta (justicia del caso concreto). Por ello, los puntos de partida de principio que actualmente rigen la configuración del recurso del condenado contra la sentencia establecen: (i) que las resoluciones judiciales, como todas las decisiones humanas, y especialmente las que se toman desde el poder público, son susceptibles de todo tipo de equivocaciones; (ii) que el error judicial que conduce a una condena penal, cualquiera que sea la naturaleza de ese error, es de mínima tolerancia en razón de las graves consecuencias que conlleva; y (iii) que el imputado sólo puede ser condenado, en todo caso, después de que la decisión haya superado unos rigurosos controles de calidad, entre los que se cuenta especialmente la facultad del condenado de impugnar ampliamente la sentencia como parte de su derecho de defensa en juicio (derecho a defenderse una vez más [cf. Pastor, *La nueva imagen*, p. 131; Maier, *op. cit.*, ps. 713 y ss.]”. (Consid. 10)

Pero en definitiva, es la C.S.J.N. la que sienta precedente en las cuestiones de hecho o de derecho en casación, cuando en la sentencia “Casal” señala que en nuestro derecho interno resulta aplicable la teoría de la doctrina alemana conocida como del agotamiento de la capacidad de revisión y con esto se pone fin a la limitación del recurso a solamente las cuestiones de derecho²⁰⁹.

²⁰⁸ *Ibidem*, “Esto significa que los alcances de lo revisable en general en casación, es decir, de lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza. En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados. Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente sólo si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales reservadas al tribunal de mérito salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta. En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación sólo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnado.-

De este modo, tal como ya sucede en otros países cuyo derecho procesal penal es igual al nuestro, se impone la llamada teoría de la potencialidad o capacidad de rendimiento ([Leistungsfähigkeit]; cf. Sarstedt/Hamm, *Die Revision in Strafsachen*, 6ª. ed., de Gruyter, Berlín, 1998, núm. 275, p. 126; Krause, *loc. cit.*; Pastor, *op. cit.*, ps. 72 y ss.; Bacigalupo, *op. cit.*, p. 33; Roxin, *loc. cit.*). Según esta teoría el tribunal de casación tiene competencia (poder en potencia) para revisar y eliminar de la sentencia condenatoria todos aquellos errores cuya comprobación no dependa de la intermediación propia del juicio oral. Así pues, la catalogación de un vicio, con razón o sin ella, como fáctico o jurídico ya no deberá separar lo recurrible de lo irrecurrible, sino que, antes bien, todo error será materia de recurso, salvo lo percibido única y directamente por los jueces de mérito en el juicio oral (así, el contenido y la apreciación de lo declarado en el debate), pero sólo en tanto ese contenido o su fiabilidad no se pueda establecer también por otros medios no alcanzados por la intermediación.- En conclusión, el recurso de casación tiene que ser entendido de ahora en más, como instrumento de impugnación no limitado a las cuestiones de derecho y por medio del cual es posible revisar integralmente todos los aspectos de la sentencia cuestionados por el recurrente, siempre que lo impugnado no esté en relación directa con percepciones exclusivas de quien ha presenciado el juicio oral.” (Consid. 11).

²⁰⁹ C.S.J.N., *Sentencia “Casal”*, del 20 de septiembre de 2005: “Que con el texto del art. 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (Leistungsfähigkeit), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho.-

Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no sólo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal -como puede ser el beneficio de la duda- puede

En su fallo, la C.S.J.N. dejó sentado que el único límite a la casación es la inmediación y que en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a la Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. Es decir que la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. En este caso, puede decirse que la sentencia carece de fundamento.

La doctrina es coincidente en que es en este fallo cuando se adecua la legislación vigente a la nueva realidad constitucional, dejando de lado el criterio clásico, por cuanto la C.S.J.N. señaló en la ocasión, que a partir del precedente “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, fallo de la Corte IDH, (2-07-2004) los recursos ante la CNCP constituyen la vía que tiene todo condenado para recurrir en virtud del Art. 8.2.h de la CADH y del Art. 14.5 del PIDCP (Freytes, 2005).

En consecuencia, el recurso de Casación tiene como criterio actual, el ser entendido como instrumento de impugnación sin restringirlo solo a cuestiones de derecho, sino como un medio por el cual es posible revisar la sentencia condenatoria en un todo en los aspectos en que sea cuestionada; dejando de lado, solo las cuestiones propias de la inmediatez, es decir, las percepciones de quienes participaron en el juicio oral y tuvieron el rol de dictar sentencia (Freytes, 2005)

Para que el condenado pueda ejercer este derecho de la doble instancia y la garantía tenga efectiva vigencia, no solo tiene que haber un reconocimiento pleno del remedio casatorio, sino que además, en el plano procesal, se deben eliminar las exigencias rituales de excesivo rigor o los plazos brevísimos para su interposición. (Maljar, 2006)

considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al bloque constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional”. (Consid. 26).

*** Confesión válida. CADH 8.3**

Para que la confesión efectuada por el imputado sea válida, debe reunir determinados requisitos, la incoercibilidad, es el principal, de allí que esta garantía este directamente relacionada con el principio: “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, aunque éste, es más amplio (Jauchen 2.005).

Esta garantía está normada en el art. 75 inc.22 CN, en función de la CADH 8.3 que expresa: “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

Ahora bien, la confesión es la manifestación del procesado en la que reconoce ser autor, cómplice o encubridor de un delito, lo que implica reconocer su culpabilidad y con ello su responsabilidad penal.

Pero, para que la confesión tenga validez jurídica, debe cumplir con determinados requisitos, entre ellos: ser prestada en sede judicial; ante un juez competente o el fiscal de la investigación; debe ser circunstanciada, expresa y extenderse en un acta en un marco procesal también válido.

Fundamentalmente, la confesión debe ser voluntaria y consciente, que el imputado tenga libertad de discernimiento e intencionalidad sin vicios, lo que significa que no puede utilizarse ningún medio de coacción física, ni psicológica. Otro requisito es que debe ser personal, por cuanto es de naturaleza indelegable, constituyendo un acto personalísimo (Jauchen 2005).

En este marco la confesión del imputado, para ser válida, debe tener, por sobre todas las cosas, verosimilitud. Es necesario, por lo tanto que el hecho confesado sea posible y verosímil atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del procesado. Esto significa que debe tener por objeto hechos, para poder reconocer las circunstancias fácticas del proceso investigado, por ello debe ser persistente, es decir que el individuo debe declarar, siempre, sin vacilaciones y concordante con todos los demás hechos acreditados en el proceso.

Es indispensable observar también, el estado mental del confesante, es decir, el pleno dominio de sus facultades mentales.

El cumplimiento de estas características, otorgan credibilidad a la confesión, de no ser así, la confesión sería nula, de nulidad absoluta e insalvable.

Pero la sola confesión no basta para que el juez emita condena, porque ésta sola circunstancia es insuficiente para sustentar la certeza necesaria que se requiere. Es necesario contar con otros elementos de prueba que acrediten el hecho y la participación del imputado según su propia declaración.

Una consideración al respecto, en el ítem referido al principio: “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, se recuerda la triste y lamentable era de la Inquisición, en donde el objetivo era arrancarle la confesión al imputado con tormentos atroces.

Un paso en favor de la humanización y respeto por los derechos del hombre, se da a partir de la Revolución Francesa y la recuperación de un sistema penal acusatorio, aunque mixto y entre los resabios inquisitivos que conlleva, se encuentra la declaración indagatoria, que si bien otorga garantías a quien se le imputa determinados hechos delictivos, la sola denominación de esta parte del proceso penal en los anteriores códigos procesales de nación y provincias, coloca al acusado en situación de sospecha y presunción y con ello, la clara violación del principio constitucional de presunción de inocencia.

Con la reforma de los códigos procesales se da otro paso más, al eliminar la expresión “*declaración indagatoria*” y reemplazarla por “*interrogatorio del imputado*”²¹⁰, fórmula más acorde a las garantías constitucionales otorgadas al imputado en un gobierno republicano, aunque en el ordenamiento nacional, en el título del Capítulo IV, conserva la palabra “Indagatoria”.

²¹⁰ CPPN, art. 295; y CPPPSdE, art. 334, 3er párr.

*** Prohibición de doble persecución penal. Principio “Non bis in ídem” CADH 8.4 y PIDCP 14.7**

El resguardo normativo frente a la doble persecución penal goza, indudablemente, de un sólido arraigo, es uno de los más antiguos en la historia del Derecho y en la actualidad es considerado un principio de vigencia universal.

En efecto, la Enmienda V de la Constitución de EEUU²¹¹ ya la contiene y nuestra CN, si bien no previó de manera expresa, esta garantía está normados en el art. 75, inc. 22 en virtud del CADH 8.4 y PIDCP 14.7 , y en los códigos adjetivos de Nación, en su art. 1 (in fine); y el de la Provincia de Santiago del Estero, art. 2 (in fine), con idéntica redacción . En cuanto a sus orígenes históricos, sus raíces se encuentran en el Derecho Romano.

Los códigos procesales penales y la doctrina utilizan el término: “non bis in ídem” para referirse a este derecho, sin embargo, las nuevas legislaciones y bibliografías, utilizan el término: “ne bis in ídem”, al que consideran correcto por cuanto en latín, el adverbio de negación “non” se emplea para negar un hecho concreto, en cambio “ne” se utiliza de manera genérica para prohibiciones (Jauchen, 2005).

En tanto la C.S.J.N., en varios pronunciamientos ha entendido que es el riesgo a una doble condena lo que vuelve a la garantía operativa. De tal manera, los casos donde quien está siendo investigado por un hecho criminal enfrenta un nuevo proceso por el mismo hecho, pueden dar pie a posibles planteos de doble juzgamiento, aún sin existir ninguna condena previa. (Carrió, 2004).

Se ha concordado, entonces, en que la fórmula correcta debe impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho, pero esto no inhibe el recurso de revisión por condena injusta en favor del imputado, por cuanto las garantías están establecidas a favor y no en contra de quien sufre el poder penal del Estado, por lo tanto, revisar la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna, no significa violar el principio ne bis in ídem, sino, por el contrario, concederle otra oportunidad para fundar su inocencia o, al menos, la aplicación errónea del poder penal. (Maier 2002).

²¹¹ Constitución de EEUU. Enmienda V: “Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que pueda causarle la pérdida de la vida o de algún miembro”.

En 1968, la C.S.J.N., dictó sentencia en el caso “Mattei”²¹², en donde surge una afirmación concreta referida a la regla “ne bis in idem” (mencionada, como “non bis in idem”). Aunque la doctrina de este caso alude principalmente a la afectación del derecho de defensa en juicio por la excesiva demora del proceso, está claro que la regla constituye uno de los tres fundamentos legales en que se basa el fallo.

En este sentido, el caso “Matei” puede ser considerado como el leading case, ya que el actor 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. (Carrió, 2004)

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.

Pero la Corte no sólo se apoyó en la garantía de la defensa en juicio, sino, que además señaló como violatorio del derecho a juicio razonable, el hecho de que se anule lo actuado cuando solo falta que se dicte sentencia, por el hecho de no haberse reunido pruebas de cargo, responsabilidad de los encargados de producirla, cuyas consecuencias no pueden recaer sobre el imputado²¹³.

²¹² C.S.J.N., Sentencia *Mattei, Angel*, del 29 de noviembre de 1968. Fallo: 272:188

²¹³ C.S.J.N., sentencia “Mattei”, del 29 de noviembre de 1968: “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 anularlo 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).

En otros pasajes del fallo, la Corte se pronunció sobre una cuestión inherente a la dignidad humana: liberarse de estado de sospecha que importa una acusación penal, fundamento por el cual es necesario evitar que los procesos se prolonguen en el tiempo²¹⁴.

Pero en este devenir histórico, la C.S.J.N. al dictar sentencia en el caso “Weissbrod” (Fallos 312:597, de 1989), abandonó el criterio con el que analizó casos similares y no dio lugar a la aplicación del principio *ne bis in ídem*, por considerar que la causa puesta a su conocimiento, la anulación de una sentencia absolutoria por un tribunal de apelación que permitió un nuevo proceso, que se basó en el hecho de que durante la instrucción previa al juicio, se había omitido indagar al acusado por algunos de los hechos investigados.

En este caso dio preeminencia a la fase inquisitiva del proceso por sobre la etapa acusatoria. La Corte, por mayoría, desestimó la invocación del precedente “Mattei” pese a la obvia semejanza del caso, con el pretexto de que el recurso se había planteado contra la segunda y no contra la primera sentencia por lo que resultaba extemporáneo; es decir, la sentencia absolutoria anulada “ha dejado de existir”...y que por ello no hay “violación del “*ne bis in ídem*”, indica el fallo; aspecto que se tendrá que observar para que el principio sea aplicable. Lo más destacado de este fallo son los votos disidentes de los ministros Petracchi y Bacqué que advierten claramente que la anulación sólo tuvo el propósito de ahondar el interrogatorio inquisitivo.

El fallo de la Suprema Corte en este caso “contiene afirmaciones preocupantes [...] 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 sobre aplicación, constituye a mi juicio un decidido paso hacia atrás en el funcionamiento de las garantías constitucionales”. (Carrió A. D., “*Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*” 2000, Bs.As., Ed Hammurabi, 4ª.edición, pg. 408).

²¹⁴ *Ibidem*, “Que tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamentos en motivos de seguridad jurídica y 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 imperativo de satisfacer una exigencia consubstancial con el debido respecto a la dignidad del hombre, cual es el derecho que tiene toda persona de 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).

Posteriormente, la C.S.J.N. al tomar conocimiento en el caso “Polak” (Fallos: 321:2826) señala que “El Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso”, retomando de este modo el criterio aplicado en el caso Mattei y que luego reitera en el caso Sandoval, oportunidad en la que el principio del *ne bis in idem* veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho penado y veda también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho²¹⁵.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, al dictar sentencia en un caso sobre recurso de casación en el que se invoca el principio *ne bis in idem* (Fallo N° 24456), afirmó que la reedición del debate implica un nuevo juzgamiento, lo que es totalmente inconcebible en el marco constitucional de garantías²¹⁶, dando preminencia a lo estipulado en el art. 8.4 de la CADH y el art. 14.7 del PIDCP y rechazando la posibilidad de un segundo contra el imputado sobre el mismo hecho.

A su vez, la Corte IDH, analizó este principio al dictar sentencia en el caso “Loayza Tamayo”, en donde especifica su alcance y destaca el término: para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos, diferenciándolo del texto del PIDCP 14.7 que se refiere

²¹⁵ CSJN, Sentencia “Sandoval s/ homicidio agravado”, del 31 de agosto de 2010: “Que no obstante, aun cuando el aseguramiento del recurso a la querrela resulta compatible con la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal, este Tribunal no se halla eximido de la labor de controlar el criterio en virtud del cual triunfó la impugnación de dicha parte, habida cuenta de la consecuencia necesaria que de ello justamente se deriva. Sobre el particular no cabe soslayar que esta Corte ha dicho que tanto el principio de progresividad como el de preclusión obstan a la posibilidad de retrogradación del proceso y “son aplicables en la medida en que, además de haberse observado las formas esenciales del juicio, la nulidad declarada no sea consecuencia de una conducta atribuible al procesado” (Fallos: 321:2826). A su vez, en el mismo precedente se afirmó que el principio del *non bis in idem* “no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho 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. 9)

²¹⁶ STJSE, sentencia V. M. G., R. R. W., A. M. A. S. H. C. P. A. Y. E. E. L. A. Y. A. D. J., del 15 de noviembre de 2011: “La realización de un nuevo juicio resulta totalmente inconcebible con el marco constitucional de garantías que tienden a brindar seguridad jurídica, ya que si el Máximo Superior Tribunal de la provincia consideró que no existen pruebas suficientes, desarrolladas durante el debate oral para condenar, la reedición de dicho debate implica un nuevo juzgamiento que incluso podría modificar lo afirmado por el Tribunal de Casación en sentencia firme y consentida, lo que lleva a afirmar sin hesitación que se afectaría lo consagrado en el art. 8, ap. 4 del Pacto de San José de Costa Rica (“el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”) y en el Art. 14 ap. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”), normas internacionales con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional”.

al mismo delito, indicando que lo expresado por la Convención es más amplio a favor del imputado²¹⁷.

El alto Tribunal internacional señala, además, que en el caso en que toman conocimiento, la imputada fue absuelta por el Tribunal Militar²¹⁸; por lo que, juzgarla nuevamente en el fuero civil, constituye una violación a lo estatuido en la CADH 8.4²¹⁹.

*** Derecho a un juicio público. Publicidad del proceso. CADH 8.5 y PIDCP 14.1**

El derecho a un juicio público es una garantía esencial de la imparcialidad e independencia del proceso judicial, y una forma de mantener la confianza de la sociedad en el sistema de administración de la justicia.

La única excepción a este derecho es el resguardo de la intimidad y de la persona cuando menores de edad están involucrados en el proceso u otras circunstancias estrictamente definidas. El derecho a un juicio público significa que tienen derecho a estar presentes no sólo las partes que intervienen en el proceso sino también el público en general, que tiene derecho a saber cómo se administra la justicia y qué decisiones toma el poder judicial respecto de casos concretos.

²¹⁷ Corte IDH, *Sentencia “Loayza Tamayo”*, del 17 de septiembre de 1997: “En cuanto a la denuncia de la Comisión sobre violación en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo de la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento, la Corte observa que el principio de non bis in idem está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención en los siguientes términos: ... 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima”. (Consid. 66).

²¹⁸ *Ibídem*, “La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla”. (consid. 76).

²¹⁹ *Ibídem*, “De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana”. (consid. 77).

El juicio público permite un control de la actividad jurisdiccional; promueve que los ciudadanos intervengan en materia judicial y evita, a la vez, los procesos secretos. (Maljar, 2006).

Un juicio público requiere información para que el público, incluida la prensa, pueda asistir. Los tribunales deben dar a conocer la hora y el lugar y facilitar, dentro de límites razonables, la asistencia del público interesado.

Con muy pocas excepciones, las sentencias de todos los procesos penales y civiles deben hacerse públicas. Las excepciones permisibles al derecho a un juicio público están fijadas normativamente, por lo tanto, solo en esas circunstancias, estrictamente definidas, puede restringirse el acceso del público a un juicio.

Las razones por las que puede excluirse a la prensa y al público de parte o de la totalidad de un juicio son las que establece el art. 14. Inc. 1 del PIDCP. Las consideraciones son: de orden moral (juicios relacionados con delitos sexuales); orden público, referido principalmente al mantenimiento del orden en la sala del juicio; seguridad nacional en una sociedad democrática; cuando lo exija el interés de los menores o de la vida privada de las partes; o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia. Todas estas excepciones están sometidas a una interpretación estricta.

Pero hay que tener en cuenta, que los antecedentes del derecho a juicio público constituyen en la historia un método natural de resolución de conflictos, es más, no se concebía otra forma adecuada de hacerlo. En las tribus germanas del medioevo, sus juicios consistían en hallar la razón en el cuerpo del contendiente por signos reveladores externos, por lo que la publicidad formaba parte directa y necesaria del sistema. (Jauchen, 2005)

En este devenir histórico, es de real importancia las formulaciones vertidas por filósofos como Montesquieu²²⁰, Beccaria²²¹ y Voltaire²²², quienes al mismo tiempo de

²²⁰ Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, fue un cronista y pensador político francés que vivió en la Ilustración, nació el 18 de enero de 1689, en La Brède, falleció el 10 de febrero de 1755, en París. Escribió los libros: El espíritu de las leyes, Cartas persas.

criticar severamente a la Inquisición, proponían un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, basados en principios republicanos, en contraposición del absolutismo monárquico y en este mismo sentido, la publicidad aparecía como garantía opuesta a la tortura.

Lo contrario es característica propia del oscurantismo de la Inquisición descrito por Montesquieu²²³, Beccaria²²⁴ y Voltaire²²⁵, perversiones que se vieron reflejadas durante las últimas dictaduras militares en distintos países latinoamericanos, situación que nos remontó a la barbarie inquisitiva del medioevo y que significaron flagrantes violaciones a los más elementales derechos humanos. (Oliveira 1994; Jauchen 2005).

En la actualidad, la Constitución y los instrumentos supranacionales incluidos en ella a través del art. 75. inc. 22 instituyen explícitamente que el juicio seguido a toda persona perseguida penalmente debe ser público.

²²¹ Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano, nació el 11 de marzo de 1738, en Milán y falleció el 28 de noviembre de 1794, en Milán. *De los Delitos y de las penas*, pág. 54

²²² François Marie Arouet, más conocido como Voltaire, fue un escritor, historiador, filósofo y abogado francés que figura como uno de los principales representantes de la Ilustración, período que enfatizó el poder de la razón, nació el 21 de noviembre de 1694, en París; falleció el 30 de mayo de 1778, en París. Escribió los libros *Cándido*; *El Fanatismo o Mahoma* y *Edipo*.

²²³ Montesquieu – “El Espíritu de las leyes” (1748), Cap. XXV. El pensador de la ilustración ve en España el perfecto ejemplo de la mala administración de un Estado bajo influencia del clero. De nuevo, la Inquisición será la culpable de la ruina económica de los Estados, la gran enemiga de la libertad política y de la productividad social, y no sólo en España y Portugal, sino en toda Europa, señalando el peligro de que otros Estados pudieran verse contagiados. Describe al inquisidor como un ser separado de la sociedad, desgraciado de condición, privado de todo tipo de relaciones, de forma que será duro, despiadado e inexorable. El capítulo está escrito en forma de llamada de atención de una joven judía que fue quemada por la Inquisición en Lisboa. Montesquieu es por tanto uno de los primeros en señalar a los judíos como víctimas, aunque no defiende los argumentos teológicos de su protagonista en lidia con los Inquisidores, sino que los rechaza en notas de pie de página. Sin embargo, el mensaje está claro: la Inquisición es anacrónica, irracional e irreligiosa.

²²⁴ Beccaria, Cesare “*Ei delitti e delle pene*” (1764). Obra que fue prohibida por la Inquisición y que tuvo que circular clandestinamente. En ella aboga para que el Derecho Penal tenga como fundamento una justicia humanamente defensiva del hombre con miras a una rehabilitación del individuo que cometió un delito, por ello condena la crueldad del derecho penal de la inquisición, la tortura, la arbitrariedad judicial, la desigualdad de las personas ante la ley penal y la pena de muerte.

²²⁵ Voltaire. “*Histoire de Jenni*” (1775); “*Candide*” (1759). Lo descrito por el pensador de la ilustración, lo erige como el autor del siglo XVIII que más contribuyó a desacreditar la persecución religiosa. Unió los argumentos religiosos y filosóficos de Bayle y los económicos y políticos de Montesquieu para crear definitivamente el mito moderno de La Inquisición, la peor forma de persecución religiosa. Voltaire la usó a menudo para afilar su sátira y ridiculizar a sus oponentes, como lo muestra su Don Jerónimo Bueno Caracúcarador, inquisidor que aparece en *Histoire de Jenni*. Incluso en *Candide*, incluye su famosa descripción de un auto de fe en Lisboa, una joya de la sátira, con la que introduce la Inquisición en la comedia. Los ataques de Voltaire a la Inquisición se hicieron más serios y agudos a partir de 1761.

Pero bien, nuestra CN también instituye el juicio por jurados²²⁶, aún así, el país tolera todavía la inconsecuencia de una legislación que lo establezca, con lo que se otorga preferencia a los tribunales técnicos, integrados por jueces profesionales (juristas designados por el Estado) y permanentes, dando de este modo, la espalda a un siglo de evolución cultural, conservando formas antiguas del enjuiciamiento penal. (Maier 2002)

Este principio de publicidad, está contemplado en el código adjetivo nacional, en donde se indica que el juicio deberá ser oral y público, bajo pena de nulidad, las excepciones que establece son las del art. 14.1 del PIDCP y deberá ser fundada²²⁷.

Por su parte, el texto del código procesal penal de Santiago del Estero es más amplio que el nacional, por cuanto contempla, además, la protección a cualquier interviniente de hechos de intimidación o represalias, especialmente cuando se juzga casos que involucran al crimen organizado, pero advierte que ante dudas, se debe optar por la publicidad del debate²²⁸.

Pero, bajo el título: “prohibición de acceso”, el código ritual provincial establece que el Tribunal podrá sacar personas del debate por cuestión de higiene, moralidad y decoro y de todo aquel cuya presencia se considere inconveniente²²⁹.

²²⁶ CN, art. 24: “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados”.

²²⁷ CPPN, art. 363: “El debate será oral y público, bajo pena de nulidad; pero el tribunal podrá resolver, aún de oficio, que total o parcialmente se realice a puertas cerradas cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad. La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible. Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público”.

²²⁸ CPPPSdE, art. 369: “Oralidad y publicidad. El debate será oral y público, bajo sanción de nulidad; pero el Tribunal podrá resolver que total o parcialmente se realice a puertas cerradas, cuando la publicidad pudiere afectar el normal desarrollo del juicio, afecte la moral, el derecho a la intimidad de la víctima o testigo, o por razones de seguridad. Asimismo podrá también disponerlo en el caso que sea necesario proteger la seguridad de cualquiera de los intervinientes para preservarlos de la intimidación y represalias, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada. En caso de duda deberá estarse siempre por la publicidad del debate. La prensa no podrá ser excluida de la sala de audiencias, salvo el supuesto contemplado en el primer párrafo de este artículo. La resolución deberá fundarse, se hará constar en el acta y será inimpugnable. Desaparecido el motivo de la resolución, se permitirá el acceso del público”.

²²⁹ *Ibidem*, art. 370: “Prohibición de acceso. Por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, o por las causales enumeradas en el artículo anterior, el Tribunal podrá ordenar el alejamiento de toda persona cuya presencia resulte inconveniente. La admisión de público quedará condicionada a la capacidad de la Sala”.

La publicidad no significa obligatoriedad de que el público concurra al juicio, sino que el acceso del público al juicio no sea restringido, que esté libre de ir, aunque no concurra.

En este sentido, se puede señalar que la publicidad puede ser directa o indirecta. La primera es cuando el ciudadano concurre al juicio, mientras que la segunda, es cuando toma conocimiento del juicio a través de la prensa.

La Corte IDH abordó este principio al dictar sentencia en el caso “Castillo Petruzzi”, señalando que la realización del debate en un recinto militar en donde el público no tuvo acceso, es violatorio del debido proceso legal²³⁰.

Del mismo modo, en el caso “Cantoral Benavides”, la Corte IDH pudo comprobar la realización de audiencias en la cárcel²³¹; por lo que consideró que el proceso no reunió las condiciones de publicidad que establece la CADH 8.5²³².

El alto Tribunal Interamericano, sostuvo también, que el Estado no justificó la preservación de los intereses de la justicia para restringir la publicidad y consideró que el proceso podía llevarse a cabo públicamente²³³; concluyendo que el Estado violó lo establecido en el art. 8.5 de la CADH²³⁴.

²³⁰ Corte IDH, Sentencia “*Castillo Petruzzi*”, del 30 de mayo de 1999: “La Corte considera probado que los procesos militares de civiles supuestamente incurso en delitos de traición a la patria son desarrollados por jueces y fiscales “sin rostro”, y conllevan una serie de restricciones que los hacen violatorios del debido proceso legal. En efecto, se realizaron en un recinto militar, al que no tiene acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento tuvieron lugar todas las diligencias del proceso, entre ellas la audiencia misma. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado por la Convención”. (consid. 172).

²³¹ Corte IDH, sentencia “*Cantoral Benavides*”, del 18 de agosto de 2000: “Está probado en el expediente que varias audiencias que se realizaron en el proceso ante el fuero común, fueron llevadas a cabo en el interior de establecimientos carcelarios (supra párr. 63.p.)”. (Consid. 146).

²³² *Ibidem*, “Lo anterior es suficiente para constatar que el proceso adelantado por el fuero común contra Luis Alberto Cantoral Benavides, no reunió las condiciones de publicidad que exige el artículo 8.5 de la Convención. (Consid. 147).

²³³ *Ibidem*, “El Estado no presentó informaciones ni argumentos que demostraran que se debían restringir las condiciones de publicidad del proceso por ser “necesario para preservar los intereses de la justicia”, como lo prevé el artículo 8.5 de la Convención. La Corte considera que, dadas las características particulares de Luis

5.2 Cambios de criterios en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el compromiso internacional

Con respecto a la plena operatividad de las garantías judiciales de las normas supranacionales, según las sentencias de la C.S.J.N., se pueden observar tres etapas:

1) Previa a la aprobación de los tratados y luego de que el instrumento de ratificación de la CADH por parte del Gobierno argentino fuera recibido en la Secretaría de las OEA el 5 de septiembre de 1984, luego de que el Congreso de la Nación aprobará la Convención a través de la Ley N° 23.054 el 1 de marzo de 1984 y el PEN lo promulgara el 19 de marzo de 1984.

En este período, para que los tratados internacionales tengan vigencia en el orden interno, debían ser aprobados por el Poder Ejecutivo y a su vez, el Poder Legislativo debía dictar una ley que integre sus previsiones al ordenamiento jurídico nacional, cuando esto ocurría, su status jerárquico era igual a las leyes.

2) La segunda etapa comienza con la sentencia dictada en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, oportunidad en la que la C.S.J.N. expresó que los tratados internacionales, una vez aprobados y ratificados son directamente operativos en el derecho interno²³⁵.

3) Finalmente, la reforma de la CN en 1994, a través del art. 75 inc. 22, otorga jerarquía constitucional a estos tratados internacionales de derechos humanos, otorgándoles plena operatividad.

Alberto Cantoral Benavides, el proceso que se le siguió podía desarrollarse públicamente sin afectar la buena marcha de la justicia”. (consid. 148).

²³⁴ *Ibidem*, “En consecuencia, concluye la Corte que el Estado violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, el artículo 8.5 de la Convención Americana”. (consid. 149).

²³⁵ C.S.J.N., sentencia “Ekmekdjian c/ Sofovich”, del 7 de julio de 1992: “Que, en segundo término, cabe señalar que el Pacto de San José de Costa Rica integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31, Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984 (art. 74.2 de la Convención). Ello es así, independientemente del carácter operativo o programático de las normas que integran el Pacto”. (consid. 13). “Que, toda vez que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional sobre derechos humanos, le resulta aplicable la citada presunción de operatividad”. (consid. 16)

Con respecto al PIDCP, debemos tener en cuenta que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la UN el 16 de diciembre de 1966, pero recién entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, cuando se alcanzó el número de Estados necesarios para darle conformidad.

En Argentina, el Pacto fue aprobado por el Congreso de la Nación mediante Ley N° 23.313 del 17 de Abril de 1986, publicada en el Boletín Oficial, el 13 de Mayo de 1986.

En consecuencia, durante esta primera etapa, la C.S.J.N. se expidió indicando que los arts. 31 y 100 de la CN, no atribuían prelación o superioridad a los tratados internacionales con respecto a las leyes internas, de este modo se expresó, al dictar sentencia en el caso “Martín y Cia. Ltda. c/ Administración General de Puertos”, del 6 de noviembre de 1963²³⁶.

Específicamente, al referirse a la CADH, la C.S.J.N., en los casos Costa (LL. 1987-B, 269); Sánchez, Abelenda (LL. 1989-B, 551) y Eusebio, Felipe E. (LL. 1987- D, 335), sostuvo que “la ausencia de reglamentación legal impide reconocer a los derechos en el Pacto como derecho interno”²³⁷. (Maljar, 206).

La segunda etapa en este reconocimiento de la operatividad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, comienza a partir del fallo emitido por la C.S.J.N. en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992. Hasta ese momento, la opinión de la doctrina y la jurisprudencia no era pacífica.

²³⁶ C.S.J.N., sentencia “Martín y Cia.”, del 6 de noviembre de 1963: “Que corresponde establecer que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos –tratados y leyes–, son igualmente calificados como ley suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno”. (consid. 6).

²³⁷ “Costa, Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, C. 752 XIX y C. 753 XIX, del 12 de marzo de 1987 (La Ley, 1987-B, 269), según el cual “el derecho a rectificación o respuesta, contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno” y que toda restricción a la prensa “debía estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo” “in re”: “Sánchez Abelenda, Raúl c. Ediciones de la Urraca S. A. y otros”, Fallos 311:2553, consids. 9º y 10 y sus citas -La Ley, 1989-B, 551-). Citados por la C.S.J.N. en “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, párr. 26.

Es de considerar también, que la Corte se expidió en esta causa sobre una cuestión concreta: la operatividad del art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el derecho interno argentino.

La importancia de esta sentencia, radica en que en los considerandos del voto de la mayoría, los ministros de la C.S.J.N. en su pronunciamiento, dejan en claro que los tratados internacionales, una vez aprobados y ratificados, son directamente operativos en el derecho interno²³⁸.

Afirma además, que se configura la violación de un tratado internacional con la aprobación de una ley contraria a sus preceptos, o bien por la omisión de su cumplimiento²³⁹; y que un tratado internacional constitucionalmente aprobado, es orgánicamente federal que no puede ser derogado por ley del Congreso de la Nación²⁴⁰.

La C.S.J.N. fundamenta la operatividad de los tratados internacionales en lo establecido por el art. 27 de la Convención de Viena²⁴¹; acorde a los compromisos

²³⁸ C.S.J.N., sentencia “Ekmekdjian c/ Sofovich”, del 7 de julio de 1992: “Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de setiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si -como afirma el recurrente- aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa. (consid. 15).

²³⁹ *Ibíd.*, “Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acceder tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse. (consid. 16).

²⁴⁰ *Ibíd.*, “Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), El Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional). (consid. 17).

²⁴¹ *Ibíd.*, “Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

asumidos por el Estado a fin de prevenir eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos²⁴²; y cuando está dirigida a una situación concreta sin necesidad de que el Congreso la reglamente²⁴³.

La tercera etapa comienza cuando se publica en el Boletín Oficial la Ley N° 24.430, es decir, el texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), norma que fue sancionada el 15 de diciembre de 1994 y promulgada el 3 de enero de 1995, tras el trabajo realizado por la Convención Constituyente.

A partir de ese momento, a los tratados internacionales de derechos humanos se les otorgó jerarquía constitucional en virtud del Art. 75. Inc. 22 de la CN reformada, tornándose, a su vez, de aplicación inmediata y directa sin necesidad de una ley que lo reglamente. En la segunda etapa también eran operativas, pero en ese caso no lo eran de manera directa por sí mismas, sino en virtud de otro convenio internacional, la Convención de Viena, en su art. 27.

De este modo, en distintas sentencias, la C.S.J.N. adecuó su decisorio a la nueva realidad del llamado bloque de constitucionalidad, conformado por el texto de la propia CN y los tratados internacionales del art. 75, inc.22.

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". (consid. 18).

²⁴² *Ibidem*, "Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente. (consid. 19).

²⁴³ *Ibidem*, "Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. (consid. 20).

Capítulo 6: Conclusión

Capítulo 6: Conclusión

El presente TFG abordó la temática del impacto producido por el art. 8 de la CADH y el 14 del PIDCP –garantías judiciales-, en el derecho procesal penal interno en distintas etapas de nuestro país, hasta llegar a la reforma de la CN de 1994, que otorga status constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, además de generar cambios trascendentales en la organización del Poder Judicial de la Nación, por cuanto en los tribunales inferiores se verifica la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal, como organismo de revisión de sentencias.

En este devenir histórico, fue la propia C.S.J.N. la que, con sus sentencias, fue modelando el actual modo de interpretación de los instrumentos internacionales, urgido además, por el reconocimiento de competencia de la Corte IDH, como última revisora de lo estatuido en la CADH.

Es justamente, este rol de control ejercido por la Corte IDH el que generó el mayor impacto, por cuanto la Corte Suprema debió adecuar sus interpretaciones de las garantías judiciales al entendimiento del alto Tribunal internacional.

Expresarlo de este modo, aparenta ser consecuencia de una normal evolución del orden jurídico hasta consagrar con status constitucional a las garantías judiciales elementales y fundamentales de las personas. Pero la historia, la doctrina y la jurisprudencia nos vuelven a la realidad, a un camino que no fue, ni es, pacífico, como consecuencia de que los principios y valores de una sociedad no son cualidades perennes, sino que cambian y con ello, se modifica el modelo político y social que la caracteriza, alterando, además, a la interpretación judicial en el devenir de la historia.

Lo que sucedía en la sociedad tribal y la justicia por mano propia (ojo por ojo) cambió, otorgando al Estado, la potestad del servicio de justicia para acabar con la venganza personal, acorde a una incipiente organización social, que tuvo dos momentos, el del Derecho Romano y el del Derecho Canónico, este último se profundizó en la organización de los reinos y devino la Santa Inquisición, una era que analizada con los criterios de vida actuales, aparece como una lúgubre y trágica etapa de torturas y muerte.

Luego fue el turno del iluminismo como etapa lógica y superadora de la Inquisición que buscaba ser su contracara, colocando al hombre en el centro del pensamiento, fue lo que gestó la Revolución Francesa, los derechos humanos de primera generación y una organización social en base al constitucionalismo.

Lo que comenzó a gestarse a fines del Siglo XIX, se profundizó en el Siglo XX, que estuvo signado por dos guerras mundiales, la segunda con nefastas consecuencias de un gobierno totalitario que produjo el holocausto, otra etapa de muerte y desolación.

Al igual que ocurrió con la Inquisición que, como respuesta tuvo las ideas del Iluminismo; el holocausto produjo una reacción inmediata en todos los órdenes, en los que la declaración Universal de los Derechos Humanos, fue la guía para establecer los derechos y garantías judiciales que pongan un límite al abuso del Poder penal del Estado.

Luego vienen la CADH, el PIDCP y todos los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, que no solo instituyeron principios rectores, sino que además, organizaron la administración de justicia en el orden internacional, con el objeto de velar por el cumplimiento de estas garantías judiciales, aspecto innovativo, por cuanto por primera vez en la historia, el derecho internacional dejó de regular acuerdos entre dos o más países, para empezar a tomar al individuo, como persona humana beneficiaria de un número importante de normas.

A partir de este momento se internacionalizó la problemática de la defensa de los derechos humanos, porque los Estados partes comenzaron a reconocerlos, dejando de ser una cuestión exclusiva de la jurisdicción interna, con lo que el principio de no intervención perdió espacios de poder, cediendo el control último a los organismo de control internacional en esta materia.

Todo este proceso gradual aun no concluyó, falta mucho todavía, como por ejemplo, armonizar el derecho procesal penal constitucional, con el derecho procesal codificado; el primero, de neto corte acusatorio; el segundo, con resabios inquisitivos; lo mismo sucede con el juicio por jurados que promueve la CN, pero sin embargo, continúan los juicios

presididos por tribunales profesionales que emiten sus sentencias en la soledad de sus escritorios; ni qué hablar entonces de la utilización política del poder penal del Estado.

Pero por otro lado, es notable el avance en materia de protección de las garantías judiciales. Las últimas décadas se caracterizaron por los logros en este sentido, fundamentalmente, después de la triste experiencia de golpes cívicos militares en los países de América Latina, otro caso, en el que se cumple cual *conditio sine qua non*, la regla de acción – reacción, porque todos los países modificaron sus constituciones para asegurar el Estado de Derecho y con ello las garantías judiciales, hecho que extendieron a sus códigos rituales.

Luces y sombras de un proceso que aún continúa.

7. Doctrina – Jurisprudencia – Legislación

7.1 Doctrina

7.2 Jurisprudencia

7.3 Legislación

7. Doctrina – Jurisprudencia – y Legislación

7.1 Doctrina

- Ferrajoli, Luigi (1995) “*Derecho y Razón*”, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid. Editorial Trotta.
- Bidart Campos, Germán J. (1997) “*Manual de la Constitución Reformada*” – Tomo 1. Buenos Aires. Editorial Ediar
- Cafferata Nores, J.I. (2000) “*Cuestiones actuales sobre el proceso penal*”, (3ªed. Actualizada). Buenos Aires. Editorial Del Puerto.
- Maier J. (2002) “*Derecho Procesal – Tomo I: Fundamentos*”. Buenos Aires. Editorial del Puerto.
- Gelli M.A. (2003). “*Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*” (Tercera edición ampliada y actualizada). Buenos Aires: La Ley.
- Carrió A. (2004). “*Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*”, Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- Cafferata Nores J.A. y Montero (h) J.R. (2004) “*El Imputado*”. Córdoba, Editorial Mediterránea.
- Jauchen, E.M. (2005) “*Derechos del Imputado*”. Santa Fe. Editorial Rubinzal – Culzoni.
- Bertolino P.J. (2005). “*Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*”, (Comentado y Anotado). Buenos Aires: La Ley.
- Maljar D. (2006). “*El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales*”. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc.

- Sánchez Freytes, F. (2006) *“Los Derechos y Obligaciones del Defensor en el Proceso Penal”*. Buenos Aires. Editorial FD - Fabián Di Plácido Editor.
- Publicación *“Nueva Doctrina Penal”*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).
- Pastor, D. R. (1999) *“El llamado ‘impacto’ de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal”*, Revista Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 5, n.º 9 c, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, pp. 41 y ss.
- De la Rúa, J. (2005) *“El Ministerio Público en la reforma constitucional de 1994. Diez años después”*. [Versión electrónica]. *Revista Semanario Jurídico, Córdoba, Edición Especial, N° 3*. Comercio y Justicia.
- Georgion, A. E. (2010) *“La cuestión de la "jerarquía constitucional" de los tratados internacionales de derechos humanos - situación antes de la reforma constitucional de 1994 - La intención del constituyente al incorporarlos a la Constitución - La interpretación posterior”*. [Versión electrónica]. Trabajo final en el marco del Curso de postgrado en Derecho Procesal Civil. San Rafael, Mendoza.
- Honorable Convención Nacional Constituyente (1994) – Diario de Sesiones Ordinarias [Versión electrónica]

7.2 Jurisprudencia

- C.S.J.N., “Siri”, del 27 de diciembre de 1957.
- C.S.J.N., “Kot”, del 5 de septiembre de 1958.
- C.S.J.N., “Martín y Cia.”, del 6 de noviembre de 1963.
- C.S.J.N., “Mattei”, del 29 de noviembre de 1968.

- C.S.J.N., “Destilerías y Viñedos El Globo”, del 1° de Octubre de 1969.
- C.S.J.N., “Jáuregui”, del 15 de marzo de 1988.
- C.S.J.N., “Ekmekdjian, Miguel A. c.Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992.
- C.S.J.N., “Giroldi”, del 7 de abril de 1995.
- C.S.J.N., “Santillán”, del 13 de agosto de 1998.
- C.S.J.N., “Quiroga”, del 23 de diciembre de 2004.
- C.S.J.N., “Martínez Areco”, del 18 de agosto de 2005.
- C.S.J.N., “Casal” del 20 de septiembre de 2005.
- C.S.J.N. “Sandoval”, del 31 de agosto de 2010.
- Procuración General de la Nación, dictamen “Casal”, del 9 de agosto de 2005.
- CNCP, “Abasto”, del 28 de Junio de 2001.
- CNCP, “Reyna”, del 21 de Marzo de 2002.
- STJSE, sentencia V. M. G., R. R. W., A. M. A. S. H. C. P. A. Y. E. E. L. A. Y. A. D. J., del 15 de noviembre de 2011.
- Corte IDH, Sentencia *Maqueda Vs. Argentina*, del 17 de enero 1995.
- Corte IDH, Sentencia *Loayza Tamayo Vs. Perú*, del 17 de septiembre de 1997 (fondo)
- Corte IDH, Sentencia *Suárez Rosero Vs. Ecuador*, del 12 de noviembre de 1997.
- Corte IDH, Sentencia *Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, del 30 de mayo de 1999.
- Corte IDH, “*Cantoral Benavides Vs. Perú*”, del 18 de agosto de 2000.

- Corte IDH, Sentencia “*Tribunal Constitucional c/ Perú*”, del 31 de enero de 2001.
- Corte IDH, Sentencia *Barrios Altos Vs. Perú*, del 14 de marzo de 2001.
- Corte IDH, (Excepciones Preliminares), Sentencia “*Hilaire vs. Trinidad y Tobago*”, del 1 de septiembre de 2001.
- Corte IDH, Sentencia *Bulacio Vs. Argentina*, del 18 de septiembre de 2003
- Corte IDH, Sentencia *Herrera Ulloa Vs Costa Rica*, del 2 de julio de 2004.
- Corte IDH, Sentencia “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”, del 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, Sentencia “*Boyce y otros Vs. Barbados*”, del 20 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, Sentencia *Kimel Vs. Argentina*, del 2 de mayo de 2008.
- Corte IDH, *opinión consultiva OC-2/82*, del 24 de septiembre de 1982.
- Corte IDH, *opinión consultiva OC-11/90*, del 10 de agosto de 1990.
- Corte IDH, *opinión consultiva OC-16/99*, del 1 de octubre de 1999.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución Firmenich, del 13 de abril de 1989.
- UN, Carta sobre Derechos Humanos, 26 de junio de 1945.
- UN, Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 13, del 13 de abril de 1984.
- UN, Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 15, del 11 de abril de 1986.

- UN, Res. 43/173 de la Asamblea General, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, del 9 de diciembre de 1988.
- EEUU, Sentencia “*Marbury v. Madison*”, del 24 de febrero de 1803.
- EEUU, Sentencia *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, del 13 de junio de 1966.

7.3 Legislación

- C.N. Arts. 18; 31; 75, Inc 22.
- Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Código Procesal Penal de la Nación
- Código Procesal Penal de la Provincia de Santiago del Estero
- Ley 48 - Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales