

PRINCIPIO DE INOCENCIA – LIBERTAD DURANTE EL PROCESO (SU MENTIRA)

Hugo Scarso
Profesor de Derecho Penal
Universidad Católica de San Luis

“Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este”¹

1. EXORDIO

Después de 28 años en el ejercicio de la profesión de abogado, y de haber pasado por todos los estamentos que de una forma u otra beneficia al intelecto y enriquecen el alma, por el conocimiento de los roles que se desarrollan en miras al fin justicia, no solamente porque se haya instruido por su lectura, sino desde la experiencia, tanto sea de abogado defensor; querellante; Conjuez de Cámara, docencia, etc.,etc., agobia cada día mas la mentira de un principio constitucional y las distintas formas que se enmascara aquel, con el fines de su no aplicación práctica.

Mucho se escribió, escribe y escribirá sobre este principio constitucional y su consecuencia inmediata que es la libertad durante el proceso penal y muchas trabas ocultas para no llevarlo a los hechos, que terminan y sin hesitaciones en la despersonalización del imputado, con el desmembramiento de su grupo familiar, transformando en eternos procesos sin sentencia, en una situación real de marginalidad penitenciada.

2. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional, Ley suprema de la nación y los pactos internacionales, incorporadas a esta establecen los principios, derechos y

¹ Conf. Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, p 230.

garantías de todos los ciudadanos; entre ellos y como uno de los más importantes, el del debido proceso y derivado de éste, el principio de inocencia.

Desde siempre, el derecho penal ha fluctuado entre dos parámetros equidistantes y contrapuestos que son, por una parte, la obligación de castigar los delitos y al delincuente y por la otra, con respeto a los justiciables, respetar sus derechos y garantías constitucionales. Es el Estado el responsable de la búsqueda el equilibrio justo y necesario de la dicotomía expuesta con miras fundamentalmente a no conculcar el principio de libertad.

El primer atisbo concreto de este principio se lo tiene en uno de los sucesos más trascendentes de la humanidad: la Revolución Francesa del año 1789, de cuyo seno nació “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” que en su artículo noveno consagró: “se presume inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable...”

Nuestra Constitución Nacional recepta el principio de inocencia en su artículo 18 y a partir de la reforma del año 1994 queda también incorporado a partir de los instrumentos internacionales ya de jerarquía constitucional que pasan a ser ley suprema de la Nación. (art. 75 inciso 22)

Esos tratados internacionales con jerarquía constitucional de derechos humanos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que contiene el citado principio en el artículo 26, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que lo desarrolla en el artículo 11 punto 1 y finalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en el artículo 8, punto 2.

A modo de ejemplo transcribe el texto del Art. 11 de la Declaración de los Derechos Humanos que dice: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”

La historia de la aplicación del principio de inocencia se ha visto teñida por su rechazo práctico hasta la actualidad.

Desde los doctrinarios italianos, entre ellos Garófalo; el que consideraba que el principio debilita la acción procesal del estado, porque constituye un obstáculo para tornar eficaces resoluciones en contra de los inquiridos, y en la actualidad basta pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Si el hecho de la imputación tiene por presupuesto suficientes indicios de delincuencia, ella debería constituir por lo menos, una presunción de culpabilidad; razón por la cual resulta un absurdo admitir justamente lo contrario, esto es, la presunción de inocencia².

² Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Pág. 252 y 253.

Hay una frase que encierra la base del problema a tratar en la presente monografía que dice *“no existe una presunción absoluta de inocencia, porque en la mayoría de los casos el procesado resulta finalmente culpable, sino que existe un estado jurídico de imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado culpable por una sentencia firme y esto no obsta, a que durante el proceso pueda existir una reasunción de culpabilidad capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad”*³

Presunción de inocencia como garantía procesal: Si partimos de la fuente legislativa y la norma de normas es la Constitución Nacional y a esa Constitución se le ha sumado los Pactos Internacionales; hoy por hoy el principio de inocencia que se traduce como la libertad durante el proceso es obligatoria para todos los operadores del derecho penal; porque el privado de libertad no tiene sentencia condenatoria que impida el estado constitucional que posee.

El principio de libertad de una u otra forma se conculca mediante la legislación procesal y por la aplicación que de ella hace el magistrado de turno, que en la generalidad de los casos, incumplen el mandato constitucional.-

El código de procedimiento en materia criminal de cada lugar se encarga de alguna forma de perfeccionar la conculcación de la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales, colocando trampas insalvables al principio de inocencia o de libertad y se consuma, desde la detención policial y la sujeción al proceso de cada individuo en un adelanto de condena, avalado por la política criminal de cada estado, siendo que es la máxima garantía del imputado a quien no se le ha dictado condena o sea, no tiene pena.-

Entonces; hay una presunción de inocencia o una pseudo certeza de culpabilidad?

3. ESTUDIO DE LA REALIDAD

Considera el presentante que el principio de inocencia no se cumple y de manera permanente se conculca el mismo mediante trampas con tinte de legalidad, en normas que se encuentran plasmadas en los distintos códigos de procedimientos o leyes especiales, que son de menor orden en jerarquía que la ley de leyes.

Considera también que esa conculcación del principio constitucional se encuentra dado por dos factores de suma importancia:

Uno primero, nacido de la política criminal de cada estado y de la falta de solución real al problema social, que termina por intermediación necesaria del Poder Legislativo y que se plasma en normas de cumplimiento conminativo, con el aumento innecesario de las penas en el Código de fondo

³ Conf. Vélez Mariconde, Estudios de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Pág. 20 y siguientes

y en la sobreabundancia de requisitos para la obtención de libertad, en los Códigos de forma.

Uno segundo, con origen en la permisividad judicial, demostrada en la aplicación, mediante autos interlocutorios, de esas normas que se contraponen a la Constitución Nacional.

De esta manera se formaliza el juego maquiavélico de la razón de la sinrazón, los unos tratando de solucionar normativamente problemas sociales y los segundos, haciendo caso omiso al mandato constitucional en la aplicación de aquellas y que perjudican de manera directa al ser humano en su totalidad, porque la norma dictada bajo esos preceptos son generales.

a) **De la Política Criminal**

El Comité de Expertos de Naciones Unidas sobre Drogas y Seguridad Humana en las Américas (Costa Rica, Marzo de 1999), dice: "Las ciudades no son violentas por naturaleza. Sin embargo hay factores que se asocian a la violencia, tales como el desempleo, la proliferación y fácil adquisición de armas, los ambientes urbanos en decadencia, la falta de servicios básicos, la falta de coherencia social entre los emigrantes desarraigados de las zonas rurales, las inequidades entre ricos y pobres, las fallas en los sistemas policiales y judiciales, el desmoronamiento de los valores tradicionales y, en un sentido más amplio, el anonimato y el individualismo que predominan en los lugares donde poblaciones muy numerosas deben coexistir en un espacio muy reducido"... "El problema no es sólo asunto de pobreza, sino de pobreza en un ambiente de violencia, enajenación, impotencia y explotación... La resistencia pasiva, los amotinamientos, la migración y algunas formas de criminalidad podrían concebirse como los únicos medios de que dispone el pobre para expresar una necesidad urgente de cambio. No obstante, los disturbios públicos tienden a ser vistos o representados por la élite gobernante como desafíos directos al orden existente que justifican la acción policial represiva o la acción policial".

Se evidencia desde toda óptica la existencia de un nuevo orden mundial con crisis estructurales regionalizadas, marcadas por la exclusión social, con gobiernos que no toman conciencia con la realidad o la realidad no les interesa.

Esto dicho anteriormente se materializa en que en nuestro país, con la reforma constitucional de 1994 se incorporan los instrumentos internacionales en materia de DERECHOS HUMANOS, con lo cual pasa a ocupar el vértice en la jerarquía de leyes. Esos Pactos Internacionales no deben ser como lo son a la fecha, una simple letra fría impresa; sino que son de aplicación obligatoria por parte de los jueces.

Preocupa la cuestión de cómo alcanzar el cumplimiento efectivo y amplio de los derechos fundamentales, en la adopción de las políticas públicas necesarias en atención al marginado y su tratamiento normativo.

Este modelo de Política Social implica la coactividad de operar coherentemente en lo substancial tanto en lo jurídico-formal como en lo práctico-instrumental, tratando en primer lugar de desterrar los dobles discursos, políticas y prácticas discriminatorias que continúan sistemáticamente vulnerando los derechos de los que menos tienen y agudizando situaciones de violencia y de exclusión que construyen socialmente un determinado tipo de delincuencia.

El nuevo orden mundial (globalización; neoliberalismo, etc.) ha traído de la mano la desintegración social y la pérdida de identidades, con el resurgimiento de las economías no formales, que impactan sobre las democracias, el Estado de Derecho, y la vigencia de los Derechos Humanos.

Se trata de crisis estructurales que en nuestro país como en todo Latinoamérica están signadas por la fragmentación y la exclusión social, la agudización y la ampliación de la pobreza, la disolución social, así como nuevas sociabilidades con altos niveles de conflictividad y de violencia.

Se está frente a una sociedad donde las distancias sociales entre los “incluidos” y los “excluidos” ya no son de grado sino que emergen como categorías diferentes; es lo que se conoce con la denominación de "sociedad dual".

Estos procesos han venido a constituir profundos cambios en lo social, dando lugar a nuevos escenarios, habiéndose producido una profunda brecha entre sectores sociales cada vez más ricos y otros cada vez más pobre, en donde los primeros buscan mediante la formación de fortalezas, aislarse de los segundos, que son el resto y por el factor de poder que detentan y las influencia mediata que da la riqueza, conseguir la inaplicabilidad a cualquier costo de las garantías constitucionales, sobre los sectores pobres o marginales.

El estado argentino (y Latinoamérica en general) no sabe que hacer ante el avance de la delincuencia.

No hay dentro de su órbita una política clara y definida que tenga en miras una posible solución a temas relacionados con ese parámetro y si no se reestructura la educación y el trabajo, con fuentes genuinas, es imposible mirar a una solución generalizada de ese problema.

La respuesta inmediata de índole social es en primer lugar el aumento de las penas; en la modificación irracional de la normativa penal de fondo y trabas procesales que hacen a la imposibilidad del derecho de libertad bajo la aplicación del principio de inocencia.

El Estado, mediante el político de turno, ve mejor un sospechoso, privado de la libertad en un servicio penitenciario, que un sospechoso en libertad, porque a criterio de éste es un sospechoso menos dentro de la sociedad.

Es loable la tarea desarrollada en la Jornada Nacional Universitaria de Seguridad, llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y sus conclusiones de fecha 19 de agosto de 2004, sintetizando aquí las mismas, al decir entre otras cosas: a) que el aumento de las penas no influye en el delito y los discursos desarrollados se han orientado hacia una mayor punibilidad, presenciando cambios constantes de la legislación que aparecen como respuesta a situaciones coyunturales. b) la Política Criminal debe tomarse como una política de estado. No pueden cambiarse las regulaciones ante hechos de trascendencia mediática, pues ello contribuye al sentimiento de inseguridad en la medida en que incentiva el reclamo de una respuesta que no lleva a solución alguna; c) no existe una política criminal, sino respuestas esporádicas frente a determinados reclamos; d) antes de la reforma de las leyes se necesitan decisiones acerca de qué política criminal se va a diseñar y que objetivos se propone. No pueden hacerse determinadas reformas o “parches” a las leyes penales o procesales aisladas del conjunto del sistema, es decir, del proceso, de la ejecución de la pena y de la prevención. La política criminal debe ser integrada y coherente en todos los sectores del sistema penal.

Toda política criminal debe tener como fuente la Constitución Nacional y en el respeto acérrimo de las garantías constitucionales, sea el modelo de código que fuere.

La constitución es el límite a la política criminal

Porque? Porque el aumento real o ficticio de la criminalidad genera una demanda de seguridad que puede y generalmente da lugar a la adopción de medidas erróneas y aisladas que generan un estado de policía y conculcan el derecho, trayendo intranquilidad al ciudadano de ser detenido arbitrariamente, soportando pasivamente en muchas ocasiones imputaciones infundadas e inclusive detenciones ilegales.

La seguridad pública es un problema político y no hay una estrategia de seguridad que marque un cuadro situacional apropiado; un diagnóstico institucional; una reforma institucional y una estrategia seria de resolución de los conflictos. Falta un programa que pueda definir cuestiones y objetivos.

Bajo esa perspectiva y en la resolución normativa bajo esa inexistencia estructural de política criminal, se dictan las normas de aplicación conminativas, con tinte de inconstitucionalidad y las mismas deben ser operativas para los magistrados en su aplicación, salvo que ellos, en la

soledad conciente y de su estudio, declaren la inconstitucionalidad (lo que en la práctica cotidiana es misión imposible).

b) **De la permisividad judicial**

El control de constitucionalidad, es un imperativo dispuesto en la Carta Magna (art. 31 C.N.), de la que ningún Juez se halla dispensado y se trata de que aquel debe interpretar y decidir la solución del caso aplicando la Ley Fundamental, caso contrario, la decisión judicial pierde fuerza normativa.

La pérdida de la fuerza normativa, es la que se conoce con el nombre de impunidad estructural.

Los Tribunales, como operadores jurídicos, que tienen el deber de asumir la defensa de la Constitución y el control de constitucionalidad, se hallan compelidos por aquella para declarar de oficio, la inconstitucionalidad, de las normas que se le opongan.

El sistema judicial tiene el deber de custodiar la fuerza normativa y el imperio de la ley, descansando en los pilares de la Constitución Nacional; esa es su función y se debe cumplir. Para eso están designados, esa es su misión.

Ahora bien: cumplen la misión? Evidentemente que el cumplimiento de la misión para la que están designados es cumplida por algunos, trasformándose esto en una regla de excepción, a la regla general.

Por principio general fundado en la experiencia profesional, la negación al principio de inocencia; a la libertad del ser humano sometido a proceso es una regla general y aquel se transforma, en definitiva, en un nombre que se encuentra dentro de un expediente, que lleva un empleado judicial y del que nadie se acuerda. Persona sometida a proceso; sospechado de un hecho criminoso que tuvo una fecha de ingreso dentro del servicio penitenciario, con fecha inexistente de solución del conflicto, al que se denomina procesado, al que se le desposeyó de su dignidad; se le desmembró del grupo familiar; se le aisló de su medio de vida; de su trabajo, etc., se le aplicó una condena anticipada por inexistencia de sentencia y defenestró socialmente

De esa persona, el juez se olvidó de la Constitución Nacional; el político mediante normas teñidas de inconstitucionalidad logra sacar del medio a un sospechoso de un hecho criminoso, pensando que con ese actuar soluciona el problema de la delincuencia.

Para arribar el magistrado a semejante dislate debe necesariamente cumplir dos premisas sin las cuales ese comportamiento no puede tener solución positiva:

- El primero es hacer caso omiso a la obligatoriedad en la aplicación de la Constitución Nacional y de los Pactos Internacionales
- El segundo es que para plasmar en los hechos la omisividad mencionada supra, utiliza la normativa procesal a su antojo, mediante el dictado de Autos Interlocutorios que necesariamente se contraponen a los principios constitucionales, desvirtuando su sentido y alcance, incumpliendo el mandato que les da el estado de derecho y para lo que fueron designados; o sea, impartir justicia.

Ergo: hace caso omiso a la función que ejerce y a la normativa de la Carta Magna y, sacrifica el principio de libertad y de inocencia, a cambio del bien emérito del medio social que le felicite por los medios de difusión y del político de turno, en la reverencia oculta que aprueba el actuar de aquel.

La cosa evidentemente no tiene ni debe ser así.

La restricción de la libertad antes de existir condena (prisión preventiva), es una medida excepcional enderezada a:

- **Evitar la fuga del procesado y;**
- **Evitar la destrucción de pruebas, necesarias al esclarecimiento del delito.**

Extenderla más allá de lo indispensable, no dándose esos supuestos, funciona como adelanto de pena. Es una condena anticipada, sin juicio previo, prohibida por la constitución nacional.

Debe, como primer tópico para continuar un estado de encerramiento, demostrarse que el encartado durante la sustanciación del proceso pondrá en peligro con su rebeldía o con la obstrucción de la tarea de investigación penal y consecuentemente el dictado de la sentencia.

Para todo ello, debe existir un plazo razonable de detención sin juicio y ese plazo razonable, no es automático o matemático, debe necesariamente ser fijado en cada caso concreto y para cada causa en particular, siguiendo las dos pautas marcada: evitar la fuga y la hipotética destrucción de pruebas, garantizando de esta manera el dictado de una sentencia que ponga fin al proceso en el que aquel se encuentra sometido.

El estado, mediante la distribución de tareas, tanto sea en la responsabilidad del juez en los sistemas inquisitivos o del fiscal en los sistemas acusatorios, tiene un tiempo judicial para la recolección de pruebas sobre el delito enmarcado y eso lo da cada código procesal de distintas formas.

Por otra parte, existen medidas coercitivas paralelas a la de detención que obligan al procesado a evitar eludir el accionar judicial, en la generalidad de los casos, como las fianzas o cauciones; detención domiciliaria; comparendo a la sede del juzgado en día determinado o las que en definitiva fije el juez de la causa.

Un claro ejemplo de lo que debe hacer una magistrado (y no hace), se encuentra plasmado en el caso BARBARÁ de fecha 10 de noviembre de 2003.

En el mismo se tiene dicho entre otras cosas para los límites de la restricción de la libertad durante el trámite del proceso, se debe tener en cuenta no sólo la ley procesal, sino la Constitución Nacional y los Pactos de Derechos Humanos y que es un deber de los jueces plantearse este problema, a los fines de adecuar su posición al orden normativo; que la coerción no es un fin en sí mismo, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso y que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra.

Sabido es entonces que la coerción personal del imputado es la excepción y que su restricción o limitación solo es posible para asegurar cautelarmente que el proceso pueda desenvolverse para sus fines: falseamiento de las pruebas, y posibilidad de cumplimiento de la pena, respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Siguiendo a Cafferatta Nores, se tiene que “al imputado se le reconoce durante la sustanciación del proceso, un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye (que también se denomina principio de inocencia o derecho a la presunción de inocencia, art. 11 DUDH) que no tendrá que acreditar (aunque tiene derecho a ello), Y Puede formularse diciendo que todo acusado es inocente (art. XXVI, DADDH) mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, CADH), lo que ocurrirá cuando se pruebe (art. 14.2, PIDCP) que es culpable (art. XXVI, DADD). Por eso se ha podido afirmar que ... el Estado está obligado por ambos fines, aseguramiento del orden por la persecución penal y la protección de la esfera de libertad del ciudadano”....“En nuestro sistema constitucional, -aún antes de la última reforma-, el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que le impida tal derecho (art. 14 C.N). La privación de la libertad antes de la sentencia, afecta este derecho constitucional, que además tiene cómo base al art.18 de la Constitución Nacional, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal. A este panorama se agregan los Tratados sobre Derechos Humanos, antes explicitados, en virtud el art. 75, inc. 22

CN”...“En este sentido, las leyes procesales penales sólo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales⁴. Por eso la interpretación de las normas procesales, en este ámbito debe ser restrictiva, prohibiéndose la analogía en contra del imputado”.

El dictado de la prisión preventiva es la única forma que un juez puede mantener en el servicio penitenciario a una persona durante el proceso.

Ahora bien, pasados los primeros momentos de la investigación, de la recolección de las medidas probatorias urgentes y necesarias, porque se tiene que continuar con la medida del encierro? Debe seguir el alojamiento en el servicio penitenciario de un ser humano sospechado de la comisión de un hecho?

Para la continuidad de la medida coercitiva apuntada (prisión preventiva) es necesario que el juez haga una un juicio por adelantado sobre la responsabilidad de la persona detenida y por consecuentemente sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del imputado, totalmente prematura, ya que nos encontramos en la parte preparatoria del proceso y lejos, del verdadero juicio que es el juicio oral.

El juez de instrucción efectiviza una condena a priori de la sentencia, que debe dictar un tribunal en el disimulado olvido del principio rector de la libertad bajo el proceso penal, haciendo funcionar para plasmar ese olvido, con términos sacramentales de evitar la fuga del procesado o la destrucción de pruebas, necesarias al esclarecimiento del delito, como principio *iure et iure*.

Transforma así la regla de excepción que es el encarcelamiento en regla general, denegando en la falta del análisis objetivo necesario de su resolución, las menciones pormenorizadas de cuales son verdaderamente los peligros procesales de la libertad del sujeto sometido a proceso.

Se olvidan que es en la etapa del plenario o del juicio, donde se decidirá acerca de la culpabilidad o inocencia de un imputado y, consecuentemente, sobre su eventual condena o absolución producto de la sentencia que se debe dictar con posterioridad a un debate oral que garantice el debido proceso; como también se olvidan que la excarcelación no es sinónimo de absolución y que ellos, no absuelven si excarcelan, sino que cumplen con la constitución nacional y los pactos internacionales. Si no excarcelan, de manera fundada y objetiva, condenan anticipadamente que es lo que sucede como regla general. Privan “legalmente” de la libertad, al poseer facultades para ello

⁴ Véase los artículos 71 CADH; art. 91 DUDH; art. XXV DADDH y art. 91 PIDCP

invirtiendo el principio constitucional y republicano de presunción de inocencia.

Nuestra Constitución, en el art. 18, y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la integran, contienen las garantías indispensables, para resguardar a las personas que viven en un Estado de Derecho, aplicables a todos los ciudadanos por igual, nacionales o extranjeros, en tanto la ley penal argentina les sea aplicable.

No aplicar la constitución es traicionar los pilares de la equidad que debe poseer todo juez penal, en el marco de los derechos y garantías de los ciudadanos.

La medida del encarcelamiento preventivo, debe ser aplicada restrictivamente, tal como recomendó la ONU a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004, citado por la CSJN, en el mencionado fallo "Verbitsky", en los siguientes términos: "(...) Considere revisar [sus] prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional(...). "(cons. 50, 4 (i)).

Entiendo que sólo se puede considerar la imposición de esta medida como último recurso para asegurar la realización del juicio, cuando toda otra restricción resulte infructuosa para neutralizar los peligros procesales mencionados.

4. LA GARANTÍA COMO DERECHO DE GRADO CONSTITUCIONAL

De la Constitución Nacional surge que no se puede tratar como culpable a una persona a quién se le atribuya un hecho punible cualquiera sea el grado de verosimilitud en la imputación, hasta que el estado, por medio de sus órganos pronuncie una sentencia penal firme que declare la culpabilidad y lo someta a una pena. Esta garantía es propia de un estado de derecho y forma parte del sistema que tenemos en la Argentina; además que se deriva de la garantía del juicio previo.

El sospechoso o acusado no se encuentra obligado a probar su inocencia, ya que por el contrario, es el estado el que tiene la responsabilidad de probar la comisión del delito.

Sostengo que la inocencia es una garantía de Derecho Procesal Penal, estructurada como ficción legal de raigambre constitucional, que surge de la aplicación del dogma "*nulla poena sine iudicio*" -artículo 18 C.N. al proceso penal limitando la potestad preventiva y el *ius puniendi* que el Estado posee, realizada a través de sus órganos jurisdiccionales impidiéndole todo prejuzgamiento o adelanto de pena bajo pretexto de la efectiva aplicación de la ley penal y aseguramiento de la verdad real.

5. CONCLUSIÓN

Defiende y se enrola el suscripto la posición adoptada sobre la materia traída a colación, por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1; (integrada entre otros por el Dr. Gustavo Bruzzone) reiterativa de caso “Barbará” de fecha 10/11/2003, que a continuación transcribe, con subrayados que le pertenecen

En efecto; **en la causa 30.219 “G., Lidia M. Excarcelación, tent. de homicidio” Interloc. 3/110, rta. 13 de diciembre de 2006**, expresaron:

1.-No obstante la naturaleza y gravedad de los hechos que se le atribuyeron a Lidia Matilde G., por lo que se dictó su procesamiento, con prisión preventiva, en orden a los delitos de tentativa de homicidio y resistencia a la autoridad (arts. 42 y 79 del CP), debe considerarse que las escalas penales previstas para sancionar los delitos regulados en el ordenamiento jurídico, no pueden funcionar como parámetros excluyentes para otorgar la libertad de los encausados (in re: Sala I, “Barbará”, rta.: 10/11/2003)”...” Por lo tanto, en el caso traído a estudio, la tarea es analizar si existen elementos objetivos, que permitan presumir que la imputada intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación (art. 280, CPPN), para lo cual, por separado, serán analizadas tales cuestiones, y así determinar si corresponde, o no, conceder la excarcelación solicitada, conforme la petición de la defensa”... “ En este aspecto, debe considerarse que, sin perjuicio de que en atención a la penalidad establecida para el hecho el sistema procesal genera una presunción en abstracto de que la imputada, conociendo la posibilidad de un pronunciamiento condenatorio que importe la privación de su libertad, se sustraerá a la acción de la Justicia, esa presunción para el caso en concreto aparece como irrazonable y desproporcionada, de acuerdo a las constancias de la causa” ... “ En efecto, no obstante que en abstracto la medida coercitiva personal parece adecuada al fin perseguido por la ley, en autos no existen elementos de convicción suficientes para fundar la proporcionalidad del medio legalmente previsto para asegurar el cumplimiento de la decisión final que podría dictarse. El principio de proporcionalidad exige que las restricciones a los derechos fundamentales previstas por el ordenamiento positivo sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos. En consecuencia, es dable afirmar que dicho principio es una técnica para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales frente a los órganos de poder del Estado.” ... “ Por su parte, el principio de razonabilidad no se detiene en fijar un contenido a las leyes, sino que requiere que toda actividad del poder estatal -en cualquiera de sus ámbitos y funciones- sea siempre ejercida con un contenido razonable: “(...) La razonabilidad es un elemento de la proporcionalidad y ésta implica dos exámenes: uno, anterior a la decisión, es decir hacia los argumentos que justifican una convicción, referidos a la necesidad de hacer injerencia,

conectando la probable existencia de un hecho y el objeto de esa intromisión y, segundo, un examen referente a la proporcionalidad en sentido estricto, en tanto hay una ponderación de bienes perseguidos: tal el supuesto en que, en determinada situación, no se justifique la privación de libertad de un imputado frente al costo de no poder llevar adelante el proceso (...)”⁵ ... “Los principios descriptos tienen su fuente primera en la Constitución Nacional, la que expresamente establece que (...) Los principios, garantías y derechos reconocidos (...) No podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (...)” (art. 28). Por su parte, *la Corte Suprema, en ejercicio de su función protectora de los derechos y garantías constitucionales, ha dicho que la prisión preventiva tiene como fundamento evitar que su frustración de la Justicia, esto es que se entorpezca la investigación o que se eluda su decisión (condena), por lo que la sola referencia a la pena establecida para el delito por el que se acusa no constituye fundamento válido para su dictado, debiéndose precisar en cada caso cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permiten presumir fundadamente que el imputado intentará burlar la acción de la Justicia (Fallos 320:2105 y 321:3630)*. Siguiendo un similar orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “(...) Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que, aún calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (...)”⁶ ... “Sentados estos conceptos básicos, es dable afirmar que el análisis de la actitud que habrá de tener G. frente al proceso, no puede pasar por alto que la base probatoria en orden a la probable comisión de los delitos y de la responsabilidad en los mismos de la imputada, si bien soporta el auto de procesamiento dictado a su respecto, contiene dichos y circunstancias que deben ser objeto de debate y que podrían eventualmente excusar su intervención en el hecho. En esa línea, tampoco pueden desatenderse las características propias de las conductas reprochadas y, fundamentalmente, el contenido subjetivo asignado a la que se calificó más severamente (autora de tentativa de homicidio), subsunción que de variar a su respecto en las ulteriores etapas del proceso, afectaría gravemente la proporcionalidad de la restricción de su libertad.”... “En consecuencia, dado el carácter excepcional de la restricción a la libertad durante la tramitación del juicio, se impone extremar los recaudos para permitirle permanecer en libertad, no obstante lo cual, la gravedad de la pena implicada, como las circunstancias apuntadas sobre la incertidumbre del lugar en que habrá de domiciliarse indican que su comparecencia y sujeción a futuras convocatorias, se encuentre condicionada, tanto por la imposición de una caución de tipo real como a pautas de cumplimiento” ... “Para su

⁵ DE LUCA, Javier, Pruebas sobre el Cuerpo del Imputado o testigos y las Garantías Constitucionales, en Revista de Derecho Penal, Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni

⁶ (C.I.D.H., “VILLAGRÁN MORALES”, rta. el 19/11/1999, en Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley, 19/10/2001, p. 78).

fijación se tiene en cuenta que declara ser empleada doméstica con dos hijos a su cargo así como las características del domicilio en que habitaba a la fecha del hecho, que determinan que la suma a imponer se adecue a esa situación patrimonial, por lo que habrá de fijarse en la suma de dos mil pesos (\$ 2.000), teniéndose en cuenta, tal como se expuso precedentemente, estrictamente sus condiciones personales.”... “Completando lo expuesto, corresponde imponerle la obligación de presentarse ante el juzgado y/o tribunal a cargo del caso, sin perjuicio de las citaciones que se le puedan cursar por otros motivos, cada quince días; no pudiendo, asimismo, ausentarse de su domicilio sin el aviso correspondiente, así como, tampoco, traspasar los límites de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin previa autorización, bajo apercibimiento, como ya se señaló, de revocarse la medida, ejecutarse la caución y disponerse su inmediata captura en caso de incumplimiento.” ... “Asimismo, deberá entregar, de contar con él, su pasaporte, que será reservado junto con el resto de efectos del expediente; con noticia de esta circunstancia a la Policía Federal Argentina y a las autoridades migratorias a efectos de que no pueda tramitar uno sustituto y no se le permita el egreso del territorio nacional.”... “ En este sentido, la orden de libertad que haga efectivo lo dispuesto, deberá aclarar estas circunstancias” ...”En consecuencia, de acuerdo con la valoración efectuada precedentemente, el Tribunal RESUELVE: REVOCAR la resolución de fs. 4/vta., y en consecuencia, CONCEDER la excarcelación a LIDIA MATILDE G. bajo caución real de DOS MIL PESOS (\$2.000), con la obligación de presentarse ante el ante el juzgado y/o tribunal a cargo del caso cada quince días y de no ausentarse de su domicilio, ni de traspasar los límites geográficos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin previa autorización, debiendo acompañar su pasaporte (art. 324 del C.P.P.N.).

Los fallos denegatorios de excarcelación son la amplia mayoría en nuestro país.

La revisión de las pautas de posible libertad, en tipos penales “no excarcelables”, enmarcados dentro de los códigos de procedimiento, una triste quimera.

Al sujeto pasivo de una prisión preventiva, que se le deniega el beneficio excarcelatorio, se lo considera ab initio culpable, no respetándose el debido proceso ni la espera que aquel sea juzgado por el Tribunal de Juicio, para la aplicación de una sentencia, en un verdadero estado de anticipo de pena.

La vulneración acabada de nuestra constitución y la violación a los pactos internacionales, es la moneda corriente de nuestros tribunales, siendo la inocencia y la libertad en el proceso la excepción a la norma.

Utilizan a la prisión preventiva como remedio a la inoperancia del sistema político, para solucionar la problemática de la delincuencia, ante la inexistencia de una política criminal acorde a nuestros tiempos, siendo el pobre y el marginado los destinatarios directos de la misma.

La realidad nos muestra, que ésta en latente peligro el servicio de justicia y su consecuencia directa en el marco del derecho penal; esto es, la garantía de libertad. Conflicto agudo y justiciable que afecta gravemente al orden social y político, cuyo tratamiento y decisión requieren de una investigación y posterior juzgamiento pronta y oportuna, pues no pueden esperar el tránsito de los prolongados procedimientos o de tardías resoluciones, a consecuencia de que de no ponerse coto a la problemática que se denuncia, donde el Servicio Penitenciario se transforma en un depósito de seres humanos, en el cual están alojadas personas con cualquier tipo penal excarcelable o no y a las resultas del capricho de decisorios disímiles y contradictorias, que se contraponen acabadamente con los principios establecidos en la Constitución Nacional.

Para afianzar la eficiencia del servicio de justicia que todo ordenamiento procesal debe procurar, se torna indispensable encontrar un cauce adecuado a dicho conflicto, que seguramente se repetirá dado que la inexistencia de uniformidad de criterio que pone en riesgo total la libertad de las personas, modificando arbitrariamente la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo.

La evidente distorsión del funcionamiento de los parámetros excarcelatorios en la magistratura afecta al interés general, en la simple confrontación de hechos de similares características.

No debe dejar de mencionar, que es obvio que el interés general se ve afectado, dado que los mecanismos institucionales; en el caso, la jurisdicción, no cumple con su función primordial, cual es, la de impartir justicia dentro del marco normativo, en el respeto a la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales constitucionalizados.

Cualquier análisis vinculado con la prisión preventiva debe, necesariamente, **partir del principio de inocencia** o sea en este principio **se exige que el imputado sea tratado como inocente durante toda la sustanciación del proceso.**

Tal principio, que la doctrina procesal clásica – durante la vigencia de la Constitución histórica, deducía de la primera cláusula del artículo 18 C.N., al aludir al juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, hoy tiene un indiscutible reconocimiento normativo expreso en los pactos internacionales constitucionalizados. Así, el art. 14, n°2, del P.I.D.C.P. dispone, en lo que aquí interesa, que: “**Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley**”.

Como una de las principales derivaciones del principio de inocencia y de libertad durante el proceso y contrarrestar los graves efectos de la prisión preventiva se debe laborar legislativamente normas procesales que aseguren a través de otras medidas coercitivas, distintas a la privación de libertad, la finalización del proceso, con el dictado de la sentencia.

Claro ejemplo de ello lo es la previsión contenida en el artículo 159 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, según el cual: ***“Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias. El imputado, según los casos, deberá respetar los límites impuestos, ya sea referidos a una vivienda, o a una zona o región, como así las condiciones que se hubieren estimado necesarias, las que se le deberán notificar debidamente, como así también que su incumplimiento hará cesar la alternativa”***.

Ese es el rumbo para acabar con la conculcación al principio de libertad, construyámoslo entre todos los que de una manera u otra estamos comprometidos con el valor justicia.