

***Protección de los derechos fundamentales en los textos constitucionales de
1853/60 1994 en materia penal***

Autor: Dr. Adrián E. Ciorciari¹

A efectos de comenzar con la tarea encomendada, habré de reseñar en forma sintética qué entiendo por derechos fundamentales y cuál debería ser la interpretación de los mismos en el marco del bloque constitucional.-

Comenzaré por indicar que siguiendo un criterio ortodoxo existen tres generaciones de derechos tutelados en el marco constitucional, estos son: a) Civiles y Políticos; b) Económicos, Sociales y Culturales y c) de Solidaridad. En este orden de ideas y siguiendo las del Dr. Rodolfo Ariza Clerici en su opúsculo “Interpretación Constitucional” - Principio Pro Hominis -, quien por otra parte no se aparta de lo expuesto por el insigne Bidart Campos en “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine” indicaré que al momento de interpretar los textos del bloque constitucional, se deberá seleccionar la norma que sea en cada caso más favorable a la persona humana, en relación a su libertad y al resto de sus derechos, lo que me lleva a decir sin temor a equivocarme que se deberá optar por la interpretación más extensiva cuando se trate de proteger derechos y por la más restringida al momento de indicar restricciones a los mismos. Cabe destacar también, que en el transcurso de la breve investigación realizada a fin de efectuar esta tarea tuve acceso a un trabajo realizado por Mariela J. Tenembaum y Agustín M. Lavalle, publicado por la Provincia de Buenos Aires – Ministerio Público – Defensoría de Casación - titulado: El principio pro homine y su aplicación por los tribunales superiores editado en la ciudad de La Plata el 8 de marzo de 2010 en el que se destaca la jurisprudencia en tal sentido por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Provincia de Buenos Aires y el Tribunal de Casación Penal de esa misma provincia.-

¹ Contador Público Nacional (egresado de la Facultad de Cs. Económicas de la UNL), Abogado (egresado de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNL), empleado del Poder Judicial de la Prov. de Sta. Fe desempeñando funciones en el fuero Penal desde el año 1990, actualmente Asistente Jurídico de la Unidad de Defensa N° 1 del Servicio Público Provincia de Defensa Penal, Regional 1° (Santa Fe)

Por otra parte y tal como lo sostiene Enrique Bacigalupo en su obra: Principios Constitucionales del Derecho Penal:

“... los derechos fundamentales son derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo. Un rasgo esencial de este sistema consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada”.

Creo prudente en este estado delimitar el campo de investigación/estudio a los aspectos que entiendo más destacados del ordenamiento jurídico en análisis – Constitución Nacional y Derecho Penal – Derechos Fundamentales -, analizándolos desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho que propugna nuestro bloque constitucional, el cual entiendo tiene como valores superiores, la libertad, la justicia, la igualdad, y la vida.-

Efectuadas estas primeras aproximaciones y conceptualizaciones, comenzaré con el análisis de estos derechos fundamentales, en la inteligencia que el escaso tiempo disponible para la realización de este trabajo impide un desarrollo más exhaustivo del tema, que es a todas luces más amplio.

La **igualdad**: Transcribiendo el significado de este vocablo según la Real Academia Española, ejercicio que he hecho desde mis épocas de estudiante, lo que puede resultar en ocasiones tedioso, pero que en forma personal me ha permitido descubrir acepciones que hasta entonces no había tenido en cuenta, hecha esta salvedad procedo al registro: del lat. *aequalitas*, *-ātis*. 1. f. Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma calidad o cantidad; 2. f. Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo; 3. f. Principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones; 4. f. Mat. Equivalencia de dos cantidades o expresiones.

Este derecho consagrado en el Art. 16 de la Constitución Nacional es un derecho de singular importancia y además con un alto contenido filosófico y en tal sentido es de destacar lo expuesto por la filósofa Hannah Arendt en su obra “Los orígenes del Totalitarismo” en el cual expresa: “*no nacemos iguales; llegamos a ser iguales como miembros de un grupo por la fuerza de nuestra*

decisión de concedernos mutuamente derechos iguales” esta cita indica con meridiana claridad la responsabilidad que nos cabe como miembros de una comunidad de hacer respetar este derecho el que, en materia penal, en muchas ocasiones y a consecuencia de legislaciones de dudosa constitucionalidad, muchas veces redactadas en forma apresurada para salvar coyunturas políticas, es vulnerado.

En una búsqueda de jurisprudencia que avalen esta idea, he encontrado varios fallos en los que se declara la inconstitucionalidad de distintos artículos del Código Penal por vulnerar el Art. 16 de la Constitución Nacional, citaré a modo de ejemplo el dictado en fecha 08 de marzo de 2016 por el Tribunal de Casación Penal, Sala III, en la causa Nro. 71.645 caratulada: P.J., Luis Alberto s/ recurso de casación, en el cual el Dr. Vidolini en su voto indica:

“... En efecto, el tribunal subsumió el atentado contra la vida en la figura calificada, con sustento en el conocimiento efectivo del imputado respecto de la condición de policía de la víctima.

Sin embargo, he sostenido antes que ahora que los antecedentes parlamentarios de la ley 25.061 aludieron, en general, a una particular coyuntura histórica, en la que se verificaron homicidios cometidos, básicamente, contra personal policial, en varios casos con independencia de la comisión de otro delito, y por el sólo hecho de revestir la víctima la calidad de tal, siendo por ello que en tales documentos se aludió indistintamente a la necesidad de dar una mayor protección a las fuerzas de seguridad, o al peligro que supone el atentar contra dichas fuerzas, que representan al Estado, actuando en función del monopolio de la fuerza pública (ver Leif Guardia, Diego, “las agravantes por la calidad del sujeto, incorporadas por las leyes 25.601 y 25.816”, en “Reformas Penales actualizadas”, Edgardo Donna, director, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 238/240).

Ahora bien, tengo dicho que no es posible aceptar que el bien jurídico que se pretende proteger con la norma sea al Estado mismo, a su institucionalidad, a su funcionalidad en el ejercicio monopólico de la fuerza, pues la figura ha sido introducida en el capítulo relativo a los delitos contra la vida. La inconsistencia legislativa, que parece aludir en sus fundamentos a un fin que luego se revela contradictorio con el modo como finalmente se legisla ese “objetivo”, no puede resolverse en nuevas inconsistencias en el plano judicial. Entonces, la decisión legislativa que ubicó a la conducta en cuestión como un supuesto de homicidio agravado, sólo puede resolverse en el sentido de que el bien jurídico protegido es la integridad física; en el caso, la vida de un funcionario policial.

Lo dicho, sin perjuicio de señalar que el Estado ejerce el monopolio de la fuerza porque lo ha expropiado de los particulares, con el fin de garantizar su uso racional y proporcionado. Por ende, deviene un contrasentido que las deficiencias en las políticas públicas en materia de seguridad que implementa el Estado se resuelvan en un ejercicio desmedido de esa fuerza, y en beneficio de sí mismo.

A partir de esta premisa, el argumento relativo al “mayor riesgo” que asumen los integrantes de las fuerzas de seguridad no me resulta convincente, pues esa función es libremente asumida, y las situaciones de riesgo se enfrentan tras un período de entrenamiento, que al menos teóricamente los prepara para desenvolverse con más posibilidades de éxito que

cualquier ciudadano particular ante esas situaciones de peligro.”

Siguiendo con el análisis de este derecho fundamental, agregaré algunas conceptualizaciones vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la igualdad en diversos fallos.- Ha dicho la Corte en relación al significado del art. 16 de la Constitución – norma basamental para la igualdad en la Argentina:

“El texto de tal disposición, inspirada por la conciencia democrática de sus autores, que abominaban toda primacía ilegítima, que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, que suprime los títulos de nobleza y los fueros personales, para declarar enseguida, que todos los habitantes son iguales ante la ley, demuestra con toda evidencia cuál es el alto propósito que la domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias” (Fallos, 16-118, 101-401). “No es pues, la nivelación absoluta de los hombres, lo que se ha proclamado, aspiración quimérica y contraria a la naturaleza humana, sino su igualdad relativa, propiciada por una legislación tendiente a la protección en lo posible de las desigualdades naturales”.

“En tesis general y según lo definido por esta Corte en reiterados casos, el principio de igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos (Fallos, 16-118, 123-106, 124-122, entre otros)”.

“La garantía del art. 16 de la Constitución nacional no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”.

Concluiré con una frase que considero muy interesante, pero que al mismo tiempo se debe trabajar para revertir: *“Todos somos iguales ante la ley, pero no ante los encargados de aplicarla.”* Stanislaw Jerzy Lec (1909-1966) escritor polaco.-

La **justicia**: Realizaré el mismo ejercicio que propuse para el término igualdad, y el cual utilizaré como método con los derechos que iré analizando posteriormente, es así que la RAE expresa: del lat. “*iustitia*”. 1. f. Principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde. 2. f. Derecho, razón, equidad. 3. f. Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene; 4. f. Aquello que debe hacerse según derecho o razón (Pido Justicia); 5. f. Pena o castigo público y 6. f. Poder Judicial.

En términos jurídicos se puede traducir el vocablo igualdad como el derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo como tal al Derecho Constitucional por el que toda persona puede

ejercer libremente la defensa de sus derechos e intereses legítimos ante la jurisdicción. Garantía jurisdiccional a la no indefensión y al libre acceso a los tribunales a fin de obtener una resolución fundada en Derecho, a su ejecución y a la utilización del sistema de recursos. Supone una garantía procedimental que impone la observancia de las reglas del proceso y el derecho a un proceso eficaz y sin dilaciones indebidas.

Observo que esta idea de justicia como derecho/principio se encuentra expreso en el Preámbulo de la Constitución Nacional “... *afianzar la justicia* ...” y está claramente referenciada en el Art. 18 de la Constitución Nacional; Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en palabras del Profesor FIX ZAMUDIO es: “*el derecho humano a la justicia*”.-

El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, en resumen, es la herramienta que el Estado coloca en poder de los individuos con el objeto de constituir su autoauxilio; constituyéndose así en la defensa primordial y que debe ser real y verdadera frente a la conculcación de derechos. Es evidente entonces que los derechos constitucionalmente reconocidos de nada sirven, si no se garantiza su efectiva, adecuada y continua tutela por parte de un Poder Judicial independiente y además de textos legales (Códigos de Procedimiento) que permitan efectivizarlos y no actúen como cortapisas a los mismos.-

Aparentemente estaría ante un derecho/principio que se relaciona exclusivamente con el Derecho Procesal, sea Penal o de cualquier otra rama, pero surge una pregunta ineludible: ¿Cómo realizar el Derecho Penal en el marco constitucional sin un procedimiento acorde? La respuesta es que resulta casi imposible escindir, en este caso, el derecho de fondo del ritual y que los principios constitucionales del Derecho Procesal Penal tales como “*in dubio pro reo*” ó “*doble conforme*” entre otros, son parte de un todo

que coadyuvarán a integrar el marco de seguridad jurídica necesaria para la efectivización de los derechos consagrados en la carta magna en materia penal.-

Analizaré ahora desde lo jurisprudencial, basándome en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en forma breve y concisa, la evolución del doble conforme; aunque previamente indicaré los motivos de la obligatoriedad del mismo:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, regla un grupo de garantías judiciales para quien es perseguido penalmente, entre ellas el “doble conforme” o la también llamada “doble instancia”. Es así que en su Art. 8 – Garantías Judiciales – inc. h) concretamente dice: “*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*” Esta norma tiene su correlato en el Art. 14, inc. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: “*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.*” Esta garantía del “doble conforme”. Cabe recordar que ambos tratados internacionales fueron aprobados por nuestro país y convertidos en las Leyes 23.054 y 23.313 respectivamente y a partir de la reforma constitucional del año 1994 forman parte de nuestro bloque constitucional; de lo que surge claramente los motivos de su obligatoriedad y la necesidad de su regulación en el ordenamiento legal.

La Corte suprema de Justicia de la Nación se pronunció el 15-03-1988 en relación a este tema en el llamado caso “Jáuregui”, indicando que el recurso extraordinario federal permitía hacer efectiva la garantía del “doble conforme” dijo el voto de la mayoría:

“Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8°, apart. 2°, inc. h),

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley

23.054), que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de

recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los

supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella,
extremo que se da en el presente proceso; en casos como el sub examine aquella
exigencia se halla por otra parte satisfecha por la existencia del recurso
extraordinario ante esta Corte.”

En este fallo, la CSJN reiteró su jurisprudencia en la que el “doble conforme” no constituía por sí mismo, requisito de naturaleza constitucional (Fallos: 246:363; 250:753; 289:95; 290:120 entre otros muchos). Tenemos que señalar que ya en esa época Néstor Pedro SAGÜÉS en “La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica” y Germán J. BIDART CAMPOS en “La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica)” opinaban como doctrinarios avezados que esta posición de la Corte no satisfacía la garantía prevista en el Pacto de San José de Costa Rica.-

La doctrina impuesta por la Corte en el fallo “Jáuregui” mantuvo vigencia hasta el caso “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, fallo del 07-04-1995. La realidad jurídica hizo que la Corte cambiara su postura en relación a la “doble instancia”, fundamentalmente la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (Art. 75, inc. 22, 2do. párrafo) hizo que los pactos mencionados precedentemente tuvieran plena vigencia y también su interpretación jurisprudencial a nivel internacional cobró notoria relevancia, sirviendo de norte a la interpretación que de los mismos haría nuestro Tribunal Supremo. Siendo otro cambio también en el orden jurídico interno el normado por la Ley 23.774 incorporando a la legislación en materia procesal del recurso extraordinario federal el “certiorari”, otorgando de esta forma un amplísimo grado de discrecionalidad a los Supremos para abrir el recurso extraordinario, cuando las cuestiones sometidas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (Art. 280 del Código Procesal Civil).-

Dijo el fallo en su considerando 9:

“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).”

Diez años después de que se dictara el fallo “Giroidi”, la Corte Suprema reafirmaría la protección de la garantía del “doble conforme” en el caso “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, fallo de fecha 20-09-2005. En esta causa, la CSJN manifestó que el recurso de casación debe ser mucho más amplio para que la ley ritual interna coordine con los tratados internacionales incorporados al bloque constitucional.-

En el fallo “Casal” la Corte Suprema debía decidir si la casación era un recurso que tenía por objetivo la unificación de la jurisprudencia (lo que se llama objetivo político) o era un recurso de mayor amplitud. Consideró que esa finalidad política de la casación era imposible de realizar dentro del nuevo paradigma constitucional; tal como lo estableció en el considerando 13 del voto de la mayoría en el que expresa:

“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.”

Agregando en el considerando 24:

“...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 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 considerarse como una cuestión de hecho.”

Daré por concluido el análisis de este punto aún cuando la jurisprudencia a analizar es más que profusa en la materia, agrego a modo de ejemplo los siguientes fallos de la CSJN: “Martínez Areco, Ernesto”, fallado el 25 de octubre de 2005; “Recurso de hecho deducido por la defensa de Jonatan Lucas Vogel en la causa Vogel, Jonatan Lucas y otros s/ causa N° 312/03”, fallado el 20 de febrero de 2007, y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en la causa “Herrera Ulloa, Mauricio vs. Costa Rica” el 2 de julio de 2004.-

La **libertad**: Según la RAE es: Del lat. *libertas*, *-ātis*. 1. f. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; 2. f. Estado o condición de quien no es esclavo; 3. f. Estado de quien no está preso; 4. f. Falta de sujeción y subordinación; 5. f. En los sistemas democráticos, derecho de valor superior que asegura la libre determinación de las personas; 6. f. Prerrogativa, privilegio, licencia; 7. f. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes; 8. f. Contravención desenfrenada de las leyes y buenas costumbres.

Si tendría que efectuar una valoración de los derechos según su importancia, seguramente muchos nos inclinaríamos a pensar que es el más valorado. ¿Cómo entender la vida sin libertad? y

apenas lo pensamos es evidente que si no hay vida, es imposible la existencia de la libertad. Ahora bien, partiendo de la premisa de cualquier ser humano vivo, seguramente es la libertad su segundo bien máspreciado y evidentemente así lo entendieron los constituyentes, ya que desde el Preámbulo pasando por diversos artículos de la Constitución Nacional 18 y 19 a modo de ejemplo, se instituyó este derecho como la regla, como lo *normal* y que su restricción solamente es factible en contadas ocasiones y luego de un análisis racional.

Creo que los problemas que plantea el derecho a la libertad, entendiéndola en sus diferentes aspectos: libertad física, de pensamiento, de trabajo, de empresa, de prensa, etc.; debe analizarse en el marco histórico, es decir, los constituyentes de 1853/60 tuvieron una visión que se enmarcaba en las ideas triunfantes del Estado Liberal, de la Constitución Norteamericana y de la Revolución Francesa. Nuestros constituyentes de 1994 y sus intérpretes, aún con el corsé de la Ley de coincidencias básicas para la reforma o núcleo de coincidencias básicas para la reforma – Pacto de Olivos – (Ley 24.309) creo deben hacerlo en el marco del Estado Social de Derecho y en este orden de ideas el concepto de libertad, así como su ejercicio y amparo, han sufrido transformaciones que hace casi dos siglos hubieran resultado impensadas.

Siguiendo con el análisis propuesto, creo indispensable transcribir el Art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que será el basamento sobre el que se asentará el resto de este escrito en relación a la libertad, sin entrar en análisis de mayor envergadura dado lo extenso del tema:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Comenzaré señalando qué entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a este artículo y en tal sentido esta ha fijado el concepto de libertad y seguridad en el fallo CHAPARRO ALVAREZ, indicando en el párrafo 52:

“la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana . En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo “

Debo entonces indicar que cualquiera sea el motivo de la privación de la libertad del individuo, sea esta la comisión de un delito o cualquier otra razón, este despojo del preciado bien deberá ser practicado dando cumplimiento acabado a garantías que permitan el recaudo de este derecho fundamental. Siguiendo este razonamiento, entiendo que la libertad es siempre la regla y la limitación a la misma es siempre una anomalía.-

La amplitud del tema que estoy tratando me obliga a limitar su análisis a algún aspecto concreto de este derecho y elegiré en forma arbitraria un examen de estándares internacionales en relación a la prisión preventiva, su justificación, su utilización como herramienta de pena

anticipada, y cómo incide en la normativa penal haciendo desproporcionadas las penas, al sólo efecto de dar, lo que considero una respuesta inadecuada a los reclamos de “seguridad”.

Creo no equivocarme al señalar que tal como se plantea, en la práctica, la “prisión preventiva” termina convirtiéndose en una “pena anticipada” con un juicio casi sumarísimo y para verificarlo basta con concurrir a audiencias de “prisión preventiva” en nuestros tribunales y se podrá observar lo breve de las mismas, y las escasas evidencias que permiten “justificar” no sólo la presunta autoría del hecho en cabeza del endilgado, sino también evaluar con ligereza en base a una calificación provisoria del hecho si la pena podría ser de ejecución efectiva, y me pregunto: ¿Qué nos permitiría pensar que la presunta condena, del supuesto delito, del que aún no tenemos elementos probatorios claros y definitivos, ni siquiera de la autoría por parte del imputado, debería ser de cumplimiento efectivo? Demasiadas presunciones para recortar un derecho tan sacro como la libertad. Me permito transcribir el Art. 219 de nuestro Código de Procedimiento Provincial, el cual habiendo realizado un salto monumental, incluyendo un cambio absoluto en el paradigma del juzgamiento, mantiene, al menos en este tema de la prisión preventiva, ciertas rémoras del pasado, más aún cuando cíclicamente se leen y escuchan ideas que se creían desterradas de nuestro acervo jurídico, tales como la “excarcelación tasada” por parte de algunos legisladores provinciales que llama poderosamente la atención que sean abogados:

ARTÍCULO 219°.- Procedencia de la prisión preventiva.- A pedido de parte podrá imponerse prisión preventiva al detenido, cuando se estimaran reunidas las siguientes condiciones:

- 1) existencia de elementos de convicción suficientes para sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado;
- 2) la pena privativa de libertad, que razonablemente pudiera corresponder en caso de condena, sea de efectiva ejecución;
- 3) las circunstancias del caso autorizaran a presumir el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Presupuesto de validez de la medida es la celebración previa de la audiencia imputativa prevista por los artículos 274 y siguientes.

A modo de mayor abundamiento en este tema debo indicar que en el informe CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Organización de los Estados Americanos. Comisión OEA/Ser. L/V/II. Documento. 46/13. 30 diciembre de 2013. Párr. 86. Internet: <http://www.oas.org/es/cidh/ppi/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf> se señala “que el

empleo cada vez mayor de la privación de la libertad como mecanismo de control social, implica que la prisión preventiva en esos casos de justicia expedita sea utilizada como una pena anticipada, desnaturalizándose por completo su finalidad procesal cautela”

En relación a cómo en el afán de utilizar la prisión preventiva como pena anticipada, arguyendo falacias tales como “la puerta giratoria”, “entran por un lado y salen por la otra”, “nadie queda preso”, se legisla y en esto existe una amplia experiencia aún anterior a la llamada Ley Blumberg en la cual se “inflacionan” las penas, buscando elevar el mínimo, incrementando consiguientemente el máximo y haciendo de esta manera que las penas pierdan proporcionalidad en relación a los bienes jurídicos tutelados, con el único objetivo de que el mínimo de cualquier pena exceda de tres años a fin de que de esta forma, escapando a lo normado por el Art. 13 del Código Penal, la pena sea de cumplimiento efectivo y se restrinja a través de esto la libertad del individuo.-

Siguiendo con la propuesta referiré al fallo LOYO FRAIRE, Gabriel Eduardo Expte. L 193 XLIX de la CSJN de fecha 06 de marzo de 2014, el cual remite al caso: MERLINI, Ariel Osvaldo s/ p.s.a. estafa procesal” causa S.C. M. 960. XLVIII (2014) y estos a su vez a los fundamentos y conclusiones de los dictámenes del Procurador General de la Nación, en el fallo tomado por mayoría de la CSJN se sostuvo que el a quo omitió analizar la incidencia del conjunto de circunstancias, condiciones personales y comportamiento que tuvo en el marco del proceso el imputado y subordinó la posibilidad de convertir la presunción de fuga que resulta de la gravedad de la sanción a partir de condiciones fuera del orden común, que excederían las del caso, agregando que el imputado se vió privado de la posibilidad de exponer razones a favor de su libertad y que se atribuyó carácter irrevocable a aquella presunción legal, no conformándose la decisión a los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.-

En definitiva, la prisión preventiva debe ser de carácter excepcional, porque vulnera un derecho fundamental como es el de la libertad, que sin lugar a dudas afectan la integridad física y psíquica del ser humano.-

Si bien el tema del derecho a la libertad es mucho más amplio, dejaré aquí el análisis del mismo, en la inteligencia de que en futuros escritos sea en el marco de este curso o de venideros volveré a tratarlo.-

La **vida**: Del lat. *vita*. 1. f. Fuerza o actividad esencial mediante la que obra el ser que la posee. 2. f. Energía de los seres orgánicos; 3. f. Hecho de estar vivo (le debe la vida a un medicamento); 4. f. Existencia de seres vivos en un lugar (no es posible la vida en Marte); 5. f. Ser vivo (Hizo nacer la vida en este jardín); 6. f. Manera de vivir (su hija les cambió la vida); 7. f. Estado o condición a que está sujeta la manera de vivir de una persona (Vida monacal, de soldado); 8. f. Actividad que desarrolla una persona o una comunidad (vida política, vida sexual); 9. f. Tiempo que transcurre desde el nacimiento de un ser hasta su muerte o hasta el presente (una larga vida; 10. f. Duración de una cosa (un electrodoméstico de vida corta); 11. f. Narración de los hechos principales de la vida de una persona (lee vidas de santos); 12. f. Animación vitalidad de una persona o de una cosa (esta ciudad tiene poca vida nocturna, es un cuadro con mucha vida); 13. f. Viveza o ardor, especialmente de los ojos; 14. f. Cosa que origina suma complacencia (esta brisa es la vida); 15. f. Cosa que contribuye o sirve al ser o conservación de otra (el agua es vida); 16. f. Conjunto de los bienes necesarios para vivir (la vida en esta ciudad es muy cara); 17. f. Existencia después de la muerte; 18. f. Real. Visión y gozo de Dios en el cielo (mejor vida, vida eterna).

Haciendo un análisis jurídico a partir de una breve reseña de este derecho en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos integrantes de nuestro bloque constitucional, por cuanto antes de la reforma constitucional del año 1994 el derecho a la vida no se encontraba reglado en la Constitución Nacional, hoy si a través de estos tratados.-

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa: “Todo ser humano tiene derecho a la vida...” (Art. I); la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU), en su Art. 3 dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida ...”; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho a la vida como inherente a la persona humana (art. 6º) La

Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica -, indica que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida... y, en general a partir del momento de la concepción" (art. 4º), prohibiendo aplicar pena de muerte a mujeres en estado de gravidez (art. 4º, inc. 5º. La Convención sobre los Derechos del Niño, remarca en su Preámbulo que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, antes como después del nacimiento". Por el art. 6º dicha Convención reconoce que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida; y el art. 19.1 impone a los Estados el deber de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas... apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, (y) ...malos tratos...". Asumen relevante significado las "Reservas y Declaraciones de la República Argentina" al ratificar esta Convención, pues advirtió que se debe entender por niño todo ser humano desde el momento de su "concepción" y hasta los diez y ocho años de edad". A la luz de estos Tratados constitucionalizados, (coherentes con los arts. 29 y 75, inc. 23, CN). Esta recopilación de antecedentes de los pactos mencionados es efectuada por Mario Santiago Stubria en el artículo "El derecho a la vida en la Constitución Nacional y algunos intentos de reforma del Código Penal argentino" (*) - [EDCrim, (21/09/2006, nro 11.598)]; no coincidiendo en general este escriba con el contenido del mismo, aunque si con esta transcripción resumida por ajustarse a la objetividad científica.-

En su obra: "El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" la Dra. Renata Cenedesi Bom Costa Rodrigues (Doctoranda en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid) expresa: "Según la explicación del profesor Massini Correas, el derecho a la vida, que debe ser interpretado como el derecho a la inviolabilidad de la misma, tiene su fundamento o justificación racional en el principio de la dignidad" (MASSINI, Carlos I Correas. El Derecho a la vida en la sistemática de los Derechos humanos. En: *Problemas Actuales sobre Derechos humanos. Una Propuesta filosófica*. Coord. Javier Saldaña. UNAM. México, 2000. Pág. 161) y "A pesar de la unanimidad demostrada en los

principales instrumentos internacionales de derechos humanos al reconocer y garantizar el derecho la vida, no por ello dejan de presentarse, a nivel doctrinal e incluso normativo, innumerables debates. Estas discusiones se encuentran motivadas por tres peculiaridades de este derecho: a) es la base ontológica de todos los otros derechos, b) su violación es irreversible ya que implica la desaparición de su titular. c) la propia definición de “vida” genera conflictos entre conceptos éticos, morales y religiosos, lo que alimenta debates como los sostenidos sobre la eutanasia, el aborto y el suicidio asistido” (REY MARTÍNEZ, Fernando. *La Protección de la vida, un derecho en transformación y expansión* (artículo 2 y Protocolo 6). Artículo pendiente de publicación.)-.

Efectuadas estas primeras aproximaciones doctrinarias, seguiré con el análisis de algunos casos jurisprudenciales como por ejemplo: CSJ 376/2013 (49-D)/CSJ D., M. A. s/ declaración de incapacidad. En este caso la CSJN falló en fecha 07-06-2015. El mismo tiene varias particularidades, que podrían resumirse en que MAD había sufrido, hacía más de veinte años un accidente automovilístico, provocándole tales lesiones que su cerebro se encontraba desconectado, necesitando de asistencia permanente para hidratarse y alimentarse (vía sondas), las hermanas de MAD solicitan que se cese con este tratamiento terapéutico, aduciendo que él les había manifestado, lógicamente antes del accidente que no quería una vida en esas condiciones, el caso llega a la CSJN la que falla haciendo lugar a la solicitud de las hermanas de MAD.-

Eutanasia y encarnizamiento terapéutico: Por eutanasia entendemos toda acción u omisión orientada a provocar la muerte de un enfermo terminal. A su vez, no debe confundirse la eutanasia con la renuncia al encarnizamiento terapéutico, que es algo legítimo y consiste en la posibilidad de rechazar tratamientos médicos desproporcionados que no ofrecen perspectivas de mejoría cuando la muerte es inminente e inevitable. La sentencia enfatiza que “no fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas,... sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la “abstención” terapéutica ante la solicitud del paciente” (considerando 13). Claramente no es un caso de eutanasia, ya que no existe asistencia para morir, sino que se deja de proporcionar un

tratamiento. Lo que es discutible, es la idea de los Supremos sobre encarnizamiento terapéutico, por cuanto no parece muy claro, sobre todo teniendo en cuenta que es común la terapia de hidratación y alimentación vía sondas, por lo que se ha tenido más en cuenta la voluntad de no recibir más tratamiento que el presunto encarnizamiento del mismo.-

Respecto del consentimiento y la autonomía de la voluntad, la CSJN ocupa varios párrafos en aclarar que en casos como el de MAD en que el paciente no puede expresarse por sí mismo, los representantes intervienen exclusivamente dando testimonio juramentado de la voluntad del paciente con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de este. En el fallo, si bien se aclara que se está cumpliendo la voluntad explicitada por el paciente en vida a una de sus hermanas (Considerando 27), previamente en el punto 18) se expresa que él no brindó ninguna directiva anticipada formalizada por escrito. Incluso se agrega: “tal omisión no puede entenderse indicativa de voluntad alguna si se tiene en consideración que al momento del accidente no solo no se encontraban vigentes las normas que aquí se examinan, sino que esa práctica no era habitual ni se hallaba tan difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurre en la actualidad”. Tengo que destacar que al momento de producirse el accidente no se encontraba vigente la Ley de Derechos del Paciente 26.529.

También dice la Corte: “No se trata de valorar si la vida de M.A.D., tal como hoy transcurre, merece ser vivida pues ese es un juicio que, de acuerdo con el sistema de valores y principios consagrado en nuestra Constitución Nacional, a ningún poder del Estado, institución o particular corresponde realizar” (considerando 25).-

Agregaré que lo que nuestro ordenamiento jurídico penal no admite es la eutanasia o muerte asistida, por cuanto nos encontraríamos con un comportamiento tipificado como homicidio y que en relación al aborto otro tópico a tratar lo dejaré pendiente para futuros ensayos.-

BIBLIOGRAFÍA, SITIOS WEB, TRABAJOS, MONOGRAFÍAS Y FALLOS UTILIZADOS

Y CONSULTADOS:

- 1.- www.derechopenalonline.com/jurisprudencia/penal
- 2.- www.pensamientopenal.com.ar (Revista Pensamiento Penal)
- 3.- La importancia del derecho a la vida por MAC DONALD, Andrea Fabiana
- 4.- Cartapacio de Derecho. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho – Unicen
- 5.- BACIGALUPO, Enrique; “Principios Constitucionales de Derecho Penal”; ed. HAMMURABI S.R.L., 1999
- 6.- El principio pro homine y su aplicación por los Tribunales Superiores de Marcela J. Tenembaum y Agustín M. Lavalle, La Plata (Bs. As.) 8 de marzo de 2010.-
- 7.- Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal (www.juridicas.unam.mx) por Dino Carlos Coria.-
- 8.- ROXIN, Claus; Derecho Procesal Penal; 25° ed., Bs. As.; Editores del Puerto; 2003
- 9.- CAFFERATA NORES, José I.; “Proceso Penal y Derechos Humanos” La influencia de la Normativa Supranacional sobre Derechos Humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino; 2° ed., actualizado por Santiago Martínez ed. CELS.-
- 11.- Algunos aspectos del derecho a la doble instancia por María Andrea PIESCO (Revista SAJJ); 2001.-
- 12.- 341.245 C827c 166 Corte Interamericana de Derechos Humanos - *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* / Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, C.R.: Corte IDH, 2010.-
- 13.- La Garantía del doble conforme y el recurso de casación penal en la jurisprudencia de la Corte Suprema por Javier Solano AYALA.-
- 14.- Las Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, compilado por la Dra. MARTÍNEZ, Stella Maris, Defensoría General de la Nación, 1° ed., Bs. As., 2009.-

- 14.- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Libertad Provisional.-
- 15.- La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local – la experiencia de una década – por Víctor Abramovich; Alberto Bovino y Christian Courtis.-
- 16.- Un Derecho Penal fundado en la Carta Constitucional – Razones y Límites – La experiencia Italiana por Massimo Donini.-
- 17.- www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-30.pdf
- 18.- Monografía del Dr. Guillermo Eduardo Germán Hassel – Derecho Penal y Constitución
- 19.- Constitución y Derecho Penal por TIEDELMANN, Klaus; traducción Luis ARROYO ZAPATERO, Revista Española de Derecho Constitucional; 1991 en www.dialnet.unrioja.es
- 20.- “Interpretación Constitucional” - Principio Pro Homini por el Dr. Rodolfo Ariza Clerici
- 21.- SAGUÉS, Néstor Pedro; “La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”
- 22.- BIDART CAMPOS, Germán J. “La doble instancia en el proceso penal (la Convención Americana sobre derechos humanos de San José de Costa Rica)”
- 23.- Fallo: AREVALO, Martín Salomón del 27-05-2014 CSJ 558/2010 (46-A) – Inconstitucionalidad Agravante Art. 189 bis, inc. 2º, párrafo 8vo.