

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES -Secretaria de Investigación científica
Dirección de Seminarios-**

SEMINARIO: Prueba Penal y Error Judicial

TEMA: Actas Testimoniales en Sede Policial. Falta de Garantías en Sede Policial

ALUMNO: Tomas Ganin

D.N.I.N°: 37.079.233

CORREO ELECTRONICO: Tomasg_@hotmail.com.ar

TUTOR: Román De Antoni

FECHA DE ENTREGA: 25/03/2023

I.- SUMARIO

Los sistemas penales en el mundo son imperfectos, existen diferentes factores que limitan la actuación estatal en este ámbito, uno de ellos es la “cuestión social”, tema principal de la agenda en materia de política criminal de cualquier gobierno. Por esta razón, los estados deben ordenar sus prioridades a la hora de abordar la temática penal. En ocasiones y ante la emergencia, los estados a través de sus tres poderes, deciden resolver las necesidades del área en un momento histórico y en un contexto determinado, tomando decisiones que, a corto plazo resuelvan -desde la óptica social y superficialmente- los temas de mayor sensibilidad para la población. Para ello, deciden a modo de ejemplo, distintas medidas o acciones positivas como: incrementos en los presupuestos en materia de seguridad, mayor presencia policial en las calles, intensificación de las tareas de vigilancia e inteligencia, creación de fuerzas de seguridad especializadas en distintas temáticas, modificación de leyes de fondo y de forma en materia penal -endurecimiento de penas-, entre otras.

En el afán de la labor diaria, los estados olvidan dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, no se aborda de manera integral la prevención del delito -etapa anterior a la comisión de un delito-. Este tema, va mucho más allá de la sanción de una mera ley que agrave determinada pena, que se enraíza en abordar adecuadamente distintos temas sociales, económicos y culturales de manera estructural, interdisciplinariamente, con una perspectiva en derechos humanos y sostenida en el tiempo. En segundo lugar, nos encontramos con la falta de capacitación técnica de los auxiliares de la justicia -personal de las fuerzas de seguridad- quienes desconocen los principios rectores en materia de derechos humanos.

En este sentido en el presente trabajo se plantea a partir de casos concretos, la aplicación deficitaria del sistema penal, que, contrariando principios, derechos y garantías constitucionales y supraleales termina castigando y no re-educando, re-sociabilizando y re-insertando a las personas.

PALABRAS CLAVES: Violación de Garantías constitucionales. Condenas erróneas. Valoración de la Prueba. Procedimientos Policiales. Exclusión Probatoria.

Índice

	pág.
I.- Sumario -----	2
Palabras clave -----	2
II.- Resumen-----	4
III.- Violaciones Constitucionales en sede policial ---	5
A.-Tipos Tradicionales-----	8
A.1 Torturas -----	8
A.2 Reconocimiento en Rueda-----	10
A.3 Procedimientos Policiales-----	15
B Regla de exclusión -----	19
B.1 Concepto – Origen – Recepción Normativa-----	19
B.2 Jurisprudencia-----	21
IV.- Conclusión-----	22

II.- RESUMEN

Como se ha mencionado en la introducción, ningún sistema de justicia es perfecto en el mundo. En países como Argentina las dificultades son mayores por las crisis cíclicas que afectan los distintos ordenes de la sociedad contemporánea, tales como: la crisis social, económica, política e institucional. Estas cuestiones inciden de manera directa en las tomas de decisiones de un Estado, lo cual, a su vez impide administrar adecuadamente los recursos, limitando así las capacidades institucionales para la resolución de conflictos - dentro de los cuales encontramos el tratamiento del conflicto procesal penal-.

Una de las consecuencias más elocuente de lo expuesto, es la crisis que rodea a las instituciones, concretamente en el funcionamiento del Poder Judicial, el sistema penal y los auxiliares de la justicia -fuerzas de seguridad-.

Como es sabido, el sistema penal argentino es de tipo acusatorio donde el titular de la acción es el Ministerio Público Fiscal, este tiene una tarea eminentemente objetiva con el fin de buscar la verdad de los hechos. Para ello, trabaja con la colaboración de las fuerzas de seguridad quienes ejecutan los requerimientos fiscales por medio de las ordenes de los Jueces de Garantías. En este sentido es dable destacar que, el rol que desempeñan en la primera etapa de la Investigación Penal Preparatoria los operadores mencionados se torna esencial, por ello, su labor debe ser estrictamente controlada, cuestionada y criticada a los fines de lograr perfeccionar el sistema de justicia que es falible per-se.

En este sentido, el presente trabajo se focaliza reflexionar en relación a los errores más recurrentes que se dan en esta etapa del proceso penal, donde se han observado errores grotescos en la etapa de investigación, donde la recolección de toda probanza es de vital importancia, donde la cadena de

custodia de los elementos secuestrados es fundamental, la producción de ciertas probanzas es un acto irreproducible, los procedimientos policiales carecen de apego a las normas procesales y a los principios y garantías constitucionales.

Las consecuencias de este funcionamiento deficitario son nefastas, a nivel social repercuten directamente en las personas que sufren la errónea aplicación de la ley penal, y por otra parte, repercuten en la sociedad en general, la cual termina desconfiando de las instituciones vigentes, quebrantándose así el sistema republicano. Asimismo, en muchas ocasiones se trata de encubrir el mal desempeño de un área de las fuerzas de seguridad, por la conmoción social que genera saber que, las figuras que fueron creadas para protegernos -fuerzas de seguridad- en muchas ocasiones se ven implicadas en la comisión de delitos comunes.

III.- VIOLACIONES CONSTITUCIONALES EN SEDE POLICIAL

La doctrina sostiene que los fines, objetivos y propósitos esenciales del proceso penal son la búsqueda o la obtención de la verdad, una vez que se tiene conocimiento de un hecho delictual, y, de esta manera se sancione al responsable del delito aplicando la ley penal. Para conocer esto es necesario procurar la reconstrucción conceptual de ese hecho (Cafferata Nores et al., pág. 283). Ahora bien, sabemos que ese hecho delictual debe ser reconstruido respetando las garantías constitucionales que limitan la libertad probatoria, es decir, que los elementos de prueba que ingresan al proceso no sean obtenidos o incorporados de manera irregular conforme lo establece el principio de legalidad plasmado en el Art 18 de nuestra Carta Magna. (Cafferata Nores et al., pág. 287). Como se planteó en el apartado anterior, esas irregularidades en la obtención o incorporación de prueba puede llevar al juzgador a condenar erróneamente a las personas acusadas, imputadas o sospechadas de haber cometido un delito.

En este sentido en el ámbito del derecho comparado, se puede citar algún extracto publicado por el NRE “ El Registro Nacional de Exoneraciones” que funciona en el marco de la Universidad de California Irvine, la Escuela de

Derecho de la Universidad de Michigan y la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Michigan fundado en 2012 junto con el Centro de Condenas Erradas de la Facultad de Derecho de Northwestern. El cual público en el año 2020 un informe titulado “Government1 Misconduct and Convicting the Innocent. En dicho informe a partir de la experiencia estadounidense se analizan las irregularidades estatales más comunes provenientes de agentes policiales o fiscales como factores contribuyentes a la existencia de condenas erradas.

En este sentido el informe establece:

*“Diferentes tipos de irregularidad estatal: ¿Cómo se arma una causa? A partir de los diferentes casos registrados en la base de datos del NRE, **se identifican cinco categorías de official misconduct**: manipulación de testigos, irregularidades en los interrogatorios, fabricación de prueba, ocultamiento de prueba exculpatoria e irregularidades en el juicio.”* (<https://innocenceprojectargentina.org/blog/causasarmadasenargentina/>)

A estas razones estadísticas y objetivas del derecho comparado, se le podrían sumar en el orden nacional los errores más recurrentes que se dan en la primer etapa del proceso penal -investigación Penal Preparatoria- , donde por delegación del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal, las Fuerzas de Seguridad llevan a cabo tareas investigativas, colaborativas y de recolección de prueba a los fines de recolectar prueba de cargo para la IPP, tareas que muchas veces se hacen por fuera del marco de ley, desconociendo las garantías constitucionales y las normas de procedimiento penal en la materia.

En este sentido se debe partir siempre del piso mínimo a partir del cual se debe recabar prueba en el proceso penal, con estricto apego a las normas constitucionales y procesales. El art. 18 de la Constitución Nacional Reza:

“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.

Del artículo citado surgen las garantías procesales que todo imputado debe tener. Para el objeto del presente trabajo se toman dos:

- 1.- NADIE PUEDE SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SI MISMO;
- 2.- ES INVOLABLE LA DEFENSA EN JUICIO DE LA PERSONA Y DE LOS DERECHOS.-

Estas garantías Constitucionales constituyen un piso mínimo infranqueable que ningún poder del estado puede vulnerar, lo cierto es que, en la actividad jurisdiccional diaria, en donde los fiscales delegan ciertas tareas investigativas en las fuerzas de seguridad -art.59 del CPP- ocurren muchas vulneraciones de derechos, tal vez por falta de capacitación de los funcionarios o por el afán de encontrar un culpable del hecho bajo investigación.

En este sentido es dable recordar que la investigación de un hecho delictivo puede iniciarse también por iniciativa de la Policía, en este caso la tarea debe sujetarse a lo que establece el art. 268 del CPP:

“Iniciación. - La Investigación Penal Preparatoria podrá ser iniciada por denuncia, por el Ministerio Público Fiscal o por la Policía. Cuando la iniciara el Ministerio Público Fiscal, contará con la colaboración de la Policía, la cual deberá cumplir las órdenes que aquél le imparta. Si la investigación comenzara por iniciativa de la Policía, ésta comunicará al Fiscal actuante, quien ejercerá el control e impartirá instrucciones. (...)”.

Esta tarea delegada en las Fuerzas de Seguridad en donde en muchos casos se manipula en sede policial prueba muy sensible para las investigaciones, es donde posiblemente se den la mayor cantidad de errores, esto luego se extiende y se arrastra en el proceso penal arrojando como resultado el error Judicial. Ese error judicial puede consistir:

- a) Por un lado, puede ser determinante para que el órgano jurisdiccional requiera la elevación a juicio de un imputado en una IPP;
- b) Por otro lado, cierta prueba que es irreproducible como por ejemplo un reconocimiento en rueda, en violación a las garantías de ley, puede ser utilizada en juicio para fundar una sentencia condenatoria.

A) TIPOS TRADICIONALES

A continuación, se tratarán puntualmente dos de las violaciones constitucionales mas habituales en torno a la manipulación de prueba en sede policial, como ser torturas y reconocimiento en rueda.

A.1) TORTURAS

Las TORTURAS han sido históricamente una práctica ilegal que lamentablemente ha sido muy utilizada en sede policial. Esta práctica implica que los funcionarios públicos a través de la fuerza, violencia, coacción e intimidación intentar obtener informaciones para recolectar elementos de cargo en un proceso penal, como así también se utiliza para obtener confesiones de las personas sindicadas como autores de delitos.

En este sentido es dable destacar el concepto de tortura sentado en el art. 1 de la “**Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**” suscripto por argentina e introducido a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier

tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.” (Antoni) pág. 6.

Por su parte, la Asamblea General de Naciones Unidas (...) En su resolución N° 13/19 del 15 de abril de 2010, dicho organismo internacional determinó lo siguiente: *“Instar enérgicamente a los Estados a que se aseguren de que **en ningún proceso se acepte como prueba declaración alguna obtenida por medio de la tortura**, excepto contra una persona acusada de recurrir a la tortura como prueba de que se hizo la declaración; exhorta a los Estados a que consideren la posibilidad de ampliar esa prohibición a las declaraciones obtenidas por medio de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; y reconoce que la corroboración adecuada de las declaraciones, incluidas las confesiones, utilizadas como prueba en cualquier proceso constituye una garantía para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*

No obstante lo prescripto en la normativa internacional, y en la procesal, la historia da cuenta de muchos casos en los cuales estas prácticas han sido utilizadas, razón por la cual a modo de ejemplo se citan algunos casos jurisprudenciales:

1.- En este caso la justicia argentina condeno a varios funcionarios policiales por torturar a dos jóvenes:

“La Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó las condenas impuestas en 2018 por el Tribunal Oral N° 9 a los prefectos Leandro Adolfo Antúnez, Orlando Ariel Benítez, Osvaldo Alberto Ertel, Eduardo Sandoval, Ramón Falcón y Yamil Marsilli. En su resolución, los jueces Horacio Días, Eugenio Sarabayrouse y Daniel Morin prestaron especial atención a la detención arbitraria que sufrieron Iván y Ezequiel. Confirmaron que fueron detenidos y trasladados sin motivo alguno por los prefectos, quienes decidieron golpearlos,

esposarlos y secuestrarlos sin dejar rastros. La arbitrariedad de las detenciones y su ocultamiento posibilitaron las torturas que le siguieron."

(<https://www.cels.org.ar/web/2022/05/casacion-confirmando-las-condenas-a-seis-prefectos-por-torturas-en-villa-21-24/>)

2.- En el caso MONTENEGRO, este fue condenado en 1981 por delito de robo con armas en primera instancia. La condena se basó principalmente en la confesión misma de Montenegro en la que admitía el hecho. Por tal motivo, la defensa del imputado interpuso recurso extraordinario contra el fallo que lo consideró autor por entender que lo resuelto transgredía el art., 18 de la Constitución Nacional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y con ello la inviolabilidad de la defensa en juicio, sin olvidar mencionar que en el artículo mismo in fine determina que quedan abolidos para siempre [...] toda especie de tormento y los azotes. La defensa fundó su presentación en que el imputado había sido víctima de apremios ilegales, invalidándose así la declaración obtenida en sede policial en la que confiesa el ilícito.-

En ese caso la opinión del Fiscal General sostuvo:

"(...) 3- Que el recurso extraordinario cuya denegación motiva esta queja somete al Tribunal "el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad; su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley" según lo definiera la Corte Suprema de los Estados Unidos ante un caso similar ("Spano vs. New York", 360 U.S. 315-1958). 4- Que tal conflicto se halla resuelto en nuestro país desde los albores de su proceso constituyente cuando la Asamblea de 1813, calificando al tormento como "invención horrorosa para descubrir los delincuentes" mandó quemar los instrumentos utilizados para aplicarlo (ley , del 19 de mayo de .1813, " Asambleas Constituyentes Argentinas", Tomo 1, pág; 44), decisión que se concretó en: la prohibición contenida en el art. 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo, sobre cuya' base esta Corte, a lo largo de su actuación, ha descalificado las confesiones prestadas bajo la coacción

moral que importa el juramento (Fallos: 1:350 y 281:177). 5- Que el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de sU: delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito.” (10 de diciembre de 1981. "Recurso de hecho, causa Montenegro, Luciano Bernardino s/robo").

Es decir que las prácticas de torturas en sede policial se vienen dando desde hace mucho pero la justicia por su parte también va limitando ese accionar ilegal a través de sus resoluciones.

A.2) RECONOCIMIENTO EN RUEDA

El reconocimiento en rueda es un medio probatorio previsto en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires donde se establecen los parámetros con los cuales debe practicarse:

“ARTÍCULO 257.- Casos.- El Agente Fiscal podrá ordenar que se practique el reconocimiento de una persona, para identificarla o establecer que quien la menciona o alude, efectivamente la conoce o la ha visto. El reconocimiento se efectuará por medios técnicos, por testigos o por cualquier otro.

ARTÍCULO 258.- Interrogatorio previo.- Antes del reconocimiento, quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de que se trata y para que diga si antes de ese acto, la ha conocido o visto personalmente o en imagen. El declarante prestará juramento en la etapa de investigación penal preparatoria.

ARTÍCULO 259.- Forma.- (Texto según Ley 15001) La diligencia de reconocimientos se practicará, en sede judicial, enseguida del interrogatorio, poniendo a la vista del que haya de verificarlo, junto con otras tres (3) o más personas de condiciones exteriores semejantes, a la que debe ser identificada o reconocida, quién elegirá su colocación en la fila.

Desde donde no pueda ser visto, quien deba practicar el reconocimiento manifestará si se encuentra en la fila aquella a que haya hecho referencia, invitándolo a que en caso afirmativo, la indique, clara y precisamente y manifieste las diferencias y semejanzas que observare entre su estado actual y el que presentaba en la época que se refiere en su declaración.

La diligencia se hará constar en acta, donde se consignaran todas las circunstancias útiles, incluso el nombre y el domicilio de las que hubieran formado la fila.

Cuando la medida se practicare respecto del imputado, se notificará al defensor, bajo sanción de nulidad, con antelación no menor de veinticuatro (24) horas.

ARTÍCULO 261.- Reconocimiento por fotografías.- Cuando sea necesario identificar o reconocer a una persona que no está presente y que no pudiese ser habida, de la cual se tengan fotografías, se presentarán en número no inferior a cuatro (4), con otras semejantes, a quien debe efectuar el reconocimiento. En lo demás, se observarán las disposiciones precedentes.

Este procedimiento también se aplicará cuando el imputado se niegue u obstruya el desarrollo del acto.”

La normativa vigente, respetuosa de las garantías constitucionales del art. 18 es clara en cuanto establece:

- 1.- El reconocimiento debe hacerse en sede judicial;
- 2.- Antes del reconocimiento se debe hacer un interrogatorio a quien valla a practicarlo para que describa a la persona que va a reconocer;
- 3.- Junto a la persona que se va a reconocer se pondrán tres o más personas de condiciones exteriores semejantes a la que debe ser identificada o reconocida;
- 4.- Quien deba practicar el reconocimiento manifestará si identifica claramente a la persona y deberá manifestar las diferencias y semejanzas que tiene la

persona actualmente y las características que presentaba en la época que se refiere en su declaración;

5.- Se hará constar en acta el reconocimiento;

6.- Bajo pena de nulidad se notificará al defensor del imputado con 24 hs de antelación;

7.- El reconocimiento fotográfico es excepcional.

La ley es clara en cuanto establece puntillosamente en qué casos podrá hacerse el reconocimiento en rueda y bajo qué condiciones. Así también establece la excepcionalidad del reconocimiento fotográfico, el cual solo procede si la persona a la que deba reconocerse no sea hallada.

En relación a este tipo de práctica, la corte en el fallo conocido como NIEVAS se expidió claramente. En este caso el recurso fue deducido por la defensa donde cuestionó la validez de una importante prueba de cargo en base a la cual fue condenado el imputado. Esta prueba había sido un reconocimiento fotográfico, el cual había sido realizado en violación a las normas procesales, violando consecuentemente las garantías procesales. El reconocimiento fotográfico había sido en la dependencia policial y en horario nocturno, sin haberse cumplido con las normas procesales destinadas a garantizar su contralor directo tanto por el imputado, que no fue anoticiado del acto, como por el de la defensa oficial que fue notificada de su realización sin cumplir con la antelación requerida, en este marco la corte dijo:

“Tanto el tribunal de mérito como el revisor, en criterio convalidado por el a quo, rechazaron estos reproches, aduciendo que no se trataba de un acto irreproducible y que no se había demostrado el perjuicio que la omisión de la adecuada notificación hubiera ocasionado al imputado y a su defensa. Estos criterios, en una prueba de cargo decisiva -casi única- y en el contexto de las cuestiones que se desarrollarán en los siguientes considerandos, no pueden ser admitidos por esta Corte, por entender que se fundan en una concepción que vacía de contenido el derecho constitucional de defensa en juicio. Por un lado, resulta pertinente invocar las consideraciones efectuadas en Fallos: 329:5556 (“Benítez”) en cuanto a que, en este caso, a riesgo de desnaturalizar

el derecho de defensa “no es posible partir del presupuesto –implícito en el razonamiento del a quo-... [en cuanto a que] - 6 - dicho contralor resulta ‘ex ante inidóneo para lograr, al menos, echar alguna sombra de duda sobre un cuadro probatorio suficiente’”. Por otro lado y en particular, lo resuelto desatiende distintos estándares recogidos en Fallos: 329:5628 (“Miguel”) donde, por un lado, se entendió objetable que se valorara como prueba dirimente de cargo un reconocimiento impropio realizado en inobservancia a la ley procesal, pese a estar reunidos los extremos que permitían la localización del imputado para la producción de una rueda de reconocimiento de personas, supuesto que esta Corte advierte que también se verifica en este caso, en tanto González Nieva ya había sido sindicado en el legajo por la policía con anterioridad al reconocimiento fotográfico.

Por su especial correspondencia con el sub iudice, cabe también recordar la doctrina del citado precedente, en el que se efectuó una importante consideración vinculada a la directa relación entre el cumplimiento de la reglamentación procesal que prescribe el modo en que deben llevarse a cabo esta clase de medidas y el derecho de defensa, al afirmarse que “...las exigencias incumplidas no revisten el carácter de meras formalidades sino que, desde la perspectiva del derecho de defensa, configuran requisitos estrechamente ligados a la seguridad de la prueba de reconocimiento, toda vez que tanto la rueda de personas como el interrogatorio previo a los testigos que han de practicarlo constituyen verdaderas válvulas de garantía que operan en favor de la exactitud, seriedad y fidelidad del acto en la medida en que tienden a disminuir las posibilidades de error a fin de resguardar la sinceridad de la identificación” (considerando 9°). En el mismo fallo, esta Corte Suprema destacó que el incumplimiento de las exigencias formales dirigidas a resguardar el derecho de defensa del imputado adquieren “sustancial relevancia” cuando el cuestionado reconocimiento impropio se erige en la prueba por excelencia -o prácticamente exclusivapara fundar la atribución de culpabilidad respecto del acusado (considerando 8°), en especial ante la existencia de indicios concordantes que apuntan en dirección opuesta (considerando 10), aspectos que, como se verá a continuación, resultan plenamente aplicables a la situación de González Nieva en el sub examine.”

(“CSJ 4490/2015/RH1 González, Jorge Enrique s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 43.787 y 43.793.”).

La corte fue contundente al rechazar este tipo de prácticas en flagrante violación a la garantía de defensa en juicio y a las reglas procesales vigentes, tal como surge del fallo precedentemente citado, la corte misma remite a los posicionamientos ya vertidos con anterioridad en el fallo MIGUEL.

El caso se inició luego de que el conductor de un automóvil con vidrios polarizados, cuyo acompañante tenía pelo largo, efectuó varios disparos contra otro vehículo en el que transitaban seis personas produciéndole la muerte a Lucas Fernández, en Tucumán en el año 1996.

Los testigos señalaron a Jorge Miguel –quien era hijo de un importante camarista de Tucumán- quien ese día iba acompañado de una persona de pelo largo. Se solicitó la orden de captura del sospechoso, pero este se fugó y permaneció oculto en Bolivia durante aproximadamente 15 meses hasta que al ser descubierto fue deportado.

No se realizó una rueda de reconocimiento, sino que tres testigos lo reconocieron a través de una pantalla de televisión. En base a ello, el tribunal de juicio, la Sala V de la Cámara Penal de Tucumán, condenó a 12 años de prisión a Jorge Miguel.

La defensa inició un incidente de redargución de falsedad contra la sentencia e interpuso recurso de casación ante el máximo Tribunal de Tucumán. Pero estos remedios fueron desechados, lo que provocó que tuviera que interponer recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Allí la corte sentó las bases que luego replicó en el fallo antes citado y sostuvo:

“(…) 8) Que dicha práctica no resultó de la imposibilidad de proceder de otro modo pues el condenado revistió tempranamente la calidad de imputado y también había prestado declaración ante la instrucción, extremos que permitan su localización y posterior citación a efectos de llevar a cabo la medida de

prueba en los términos previstos por la ley procesal local. A su vez y más allá de que la omisión apuntada no puede cargarse sobre el imputado adquiere sustancial relevancia el hecho de que el cuestionado reconocimiento impropio se ha erigido en la prueba por excelencia o prácticamente exclusiva para fundar la atribución de culpabilidad respecto de Jorge Andrés Damián Miguel.

9) Que las exigencias incumplidas no revisten el carácter de meras formalidades sino que, desde la perspectiva del derecho de defensa, configuran requisitos estrechamente ligados a la seguridad de la prueba de reconocimiento, toda vez que tanto la rueda de personas como el interrogatorio previo a los testigos que hayan de practicarlo constituyen verdaderas válvulas de garantía que operan en favor de la exactitud, seriedad y fidelidad del acto en la medida en que tienden a disminuir las posibilidades de error a fin de resguardar la sinceridad de la identificación.” ((M. 794. XXXIX. RECURSO DE HECHO, Miguel, Jorge Andrés Damián s/ p.s.a. de homicidio).

A.3) PROCEDIMIENTOS POLICIALES

En base a un vasto trabajo del Juez Rafecas (Rafecas, 2006) se plantea la cuestión de los procedimientos policiales a los fines de analizar y reflexionar acerca de la actuación de los funcionarios públicos, donde se advierten una vez más las irregularidades, delitos y actuaciones oscuras cometidas por parte de la policía al momento de recolectar evidencias en procedimientos.

Expone el Dr. Daniel Eduardo Rafecas, sobre su experiencia en un juicio oral como secretario del fiscal, un modus operandi de la policía, donde se seleccionaba a las víctimas a las que, mediante procedimientos fraguados, se les armaba una causa judicial.

Las víctimas de estos delitos eran personas humildes, generalmente inmigrantes extranjeros, bolivianos y peruanos que eran reclutados en la Plaza de Cobo y Curapaligue, lugar donde funcionaba una bolsa de trabajo.

Uno de los casos presentaba a un narcotraficante, que, no era más que un albañil que había sido captado en la puerta de la Iglesia San Cayetano de Liniers, luego trasladado con la promesa de realizar una changa, hasta la Estación Constitución. Una vez allí, quien lo había trasladado, lo deja solo con

la excusa de ir a comprar los boletos, entonces sucede un “operativo de rutina” por policías de civil, dirigiéndose directamente al hombre, al lado de este había un bolso dejado por la persona que lo había llevado, en el cual se encontraba droga (que resulto ser rebajada al 1%, lo que era inocua). Este delito cometido por las fuerzas de seguridad llevo al albañil preso hasta que se recibió en el juzgado la pericia de la droga.

A partir de este caso, relata Rafecas, es que empiezan a surgir otros de similares características, víctimas con pocas posibilidades de reaccionar frente al sistema penal. Además, todo esto era difundido por los medios de prensa, todos episodios ficticios, que usaban como estadísticas y para publicitar la sensación de eficiencia por parte de la policía, y, de esta manera sembrar la idea de que combaten eficientemente el delito, valiéndose de personas inocentes, presentando los casos como procedimientos exitosos, que luego en la nota periodística se nombraba la dependencia que había intervenido y hasta notas a los jefes policiales a cargo del falso procedimiento. Creando así realidades, informando y a la vez desinformando.

Claro, las agencias de seguridad saben cómo influyen los medios de comunicación en la población y lo aprovechan.

Lo cierto es que las personas que todos los días caminan por las calles y toman el ómnibus y el subte junto a nosotros, tienen la visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación, o sea, que se nutren –o padecen- una criminología mediática (Zaffaroni, 2012, pág. 216).

En el contexto que se menciona, desde los medios de comunicación se identificaba una nacionalidad con el delito, por ejemplo: “caen narcos bolivianos”, también en los intentos de “asalto frustrados” no faltaba cocaína o marihuana para asociar esta como la responsable del delito, y de esta manera crear en la opinión pública la formación de estereotipos criminales.

Esta situación es muy bien explicada por Rene Girard citado por Eugenio Raúl Zaffaroni en su libro *La Cuestión Criminal* (2012):

“si el sistema penal tiene por función real canalizar la venganza y la violencia difusa de la sociedad, es menester que las personas crean que el poder punitivo está neutralizando al causante de todos sus males”.

En este sentido señala la doctrina: *“las violencias de Estado –en un Estado democrático– son violencias locales, son violencias largamente amansadas –valga el posible oxímoron– por usos y costumbres de oficinas, funcionarios, despachos, sótanos y demás burocracias municipales, provinciales y nacionales”.* (Tiscornia S. , 2017, pág. 26).

En virtud de la experiencia el Dr. Doctor Rafecas plantea en su obra que actuó en consecuencia, decidiendo elevar informe a su superior el cual llegó a la Procuración General, lo que derivó en la conformación, con la firma del Procurador General de la Nación, de una **Comisión Investigadora de este tipo de procedimientos**, formada por varios fiscales, incluso Rafecas.

Esta comisión se encargó de remitir copia del informe a todas las fiscalías penales de la ciudad de Buenos Aires para informar acerca de estos procedimientos y hagan saber de otros casos si los hubiera.

En 2004 se redacta el informe final que culminó con más de cien casos, incorporados solo aquellos donde la justicia absolvió o sobreseyó. El autor señala que en muchos casos, la Comisión Investigadora no llegó a tiempo para evitar la condena, y en algunos casos los operadores judiciales condenaron de todos modos.

Este proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, primero mediante la sanción de una ley penal material, que incrimina o permite sancionar a ciertas personas. Este tipo de criminalización lo ejercen las agencias políticas. La segunda etapa de selección la llevan a cabo policías, jueces, fiscales y agentes penitenciarios, detectan a una persona a la que se le atribuye un acto criminalizado en la primera etapa, y si es comprobado se le aplicara la sanción establecida por la primera etapa de criminalización. (Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, 2002, pág. 7)

Otro caso más actual de proceder ilegal e irregular de las fuerzas es el de Sebastián Ariel Rodríguez ("BUSTAMANTE LUDMILA ZAIRA O, 2022) ,

condenado a 50 años de cárcel a raíz de una causa por intento de copamiento a una comisaría donde una policía fue herida gravemente. El hecho ocurrió en el año 2018, se lo acuso de copar una comisaría de San Justo junto a otras personas con el objetivo de liberar a un detenido. Uno de los que participaron del asalto se fugó, que era quien tenía el mismo nombre que Rodríguez, por esta razón, agentes de la Delegación de Investigaciones de La Matanza lo detienen, se encontraba en situación de calle y siendo víctima de la adicción al paco.

Rodríguez niega ser aludido en los archivos telefónicos que recolectaron como evidencia, no le secuestraron ningún aparato telefónico, rechaza cualquier vínculo con los autores de los hechos, no solo eso, sino que esta declaración fue reforzada por los propios coimputados diciendo que no se trataba de él.

En contra del condenado declaró el testigo Acosta, quien lo señaló en rueda de reconocimiento como la persona que ve venir corriendo y le empezó a hablar cuando el declarante estaba esperando el colectivo para llegar a su trabajo. Este procedimiento fue cuestionado por la defensa ya que ninguna de las demás personas que se encontraban en él era similar a Rodríguez, esto en palabras del propio testigo Acosta, vulnerando los recaudos establecidos en el art.259 en el cual se establece que las personas deben ser de condiciones exteriores semejantes a la que deba ser identificada o reconocida.

Así y todo, el Tribunal Oral lo condena, incluso cuando existían más evidencias que lo situaban por fuera de los hechos. El señalamiento en rueda de personas es la prueba más firme, pero tampoco lo sitúan directamente en la escena de los hechos.

Se advierte que fue insuficiente para el tribunal que los coimputados no lo reconozcan como parte de la banda, tampoco la incompatibilidad personal y socioeconómica con la persona que figura en los audios telefónicos que, según los integrantes del tribunal, sin una pericia de cotejo de voz, ante la negación por parte de sus defendidos de que no era de Rodríguez, llegaron a invocar su propia apreciación subjetiva diciendo que era su voz o semejante.

B) LA REGLA DE EXCLUSION PROBATORIA

B1) CONCEPTO – ORIGEN – RECEPCION NORMATIVA

La “regla de exclusión”, en su faceta procesal, viene a imponer un límite a la libertad probatoria y determina que todo acto procesal que se haya incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional, convencional o de las formas procesales dispuestas para su producción, debe ser excluido. Por lo tanto, al ser la “regla de exclusión” parte, o un derivado, de la prohibición absoluta de la tortura, debe vedarse toda incorporación de elementos de prueba obtenidos mediante actos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (Antoni)

Lo cierto es que esta regla tuvo una evolución histórica partir del desarrollo jurisprudencial en el derecho comparado.

La regla de exclusión probatoria encuentra su origen jurisprudencial en Estados Unidos donde se encuentran sus raíces más antiguas. El primer caso en el que se trató el tema fue “Boyd v. U.S.” en el año 1886. Allí se obligó a Mr. Boyd a expedir facturas que acreditaran el incumplimiento de sus obligaciones fiscales, puesto que se encontraba vinculado a un proceso penal por evasión impositiva. La Corte excluyó la prueba por considerarla violatoria de la IV y V Enmienda ya que de ninguna manera podía obligarse al acusado a aportar prueba en su contra. (Hairabedián) año 2016.

En términos generales, es posible afirmar que toda vez que una prueba que sirva para verificar la comisión de un delito, sea obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales establecidos por la Constitución, dicha prueba resulta procesalmente inadmisibile, y por consiguiente, debe ser apartada o excluida como elemento de juicio. Palabras más, palabras menos, lo antes dicho refleja la noción de la llamada máxima o regla de exclusión.

Siempre que el denominador común consista en la concurrencia de una prueba obtenida lícitamente, pero que tiene origen o fundamento en un acto o prueba cumplido por métodos ilegales, puede encontrarse de frente a una

polémica: conocer si la irregularidad inicial repercute o no sobre la formalidad del acto subsiguiente, contagiando su vicio. O sea, saber si la regla de exclusión tiene un alcance amplio o una extensión acotada y por más restringida.

En relación a la clasificación de la prueba ilícita es necesario diferenciar entre la prueba ilícita en sí misma de aquella prueba ilícita que lo es por derivación o por efecto reflejo. La primera consiste en la prueba que es resultado inmediato y directo de la violación a un derecho fundamental. En otras palabras, cuando se habla de prueba ilícita en sí misma se quiere decir que existe una relación inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho transgredido por su obtención.

Por su parte, la llamada prueba ilícita indirecta se refiere a aquella prueba en sí misma lícita pero a la que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida, teoría que se conoce como “Frutos del Arbol Envenenado”.

En este sentido, Cafferata Nores avala la doctrina de los frutos del árbol envenenado y sostiene que no se puede permitir que la Justicia se valga de una infracción constitucional bajo el pretexto de reprimir una conducta delictiva. La operatividad propia de las garantías constitucionalmente reconocidas priva de todo valor a las pruebas que constituyan el corpus de su violación, como así también aquellas que sean su consecuencia inmediata. Así, se descalifican tanto los quebrantamientos constitucionales palmarios y evidentes; y aquellos encubiertos o indirectos. (Cafferata, 1998).

El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires establece en el art. 209 el principio de libertad probatoria, esto quiere decir que los hechos que se investigan en un procedimiento pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, todo se puede probar y puede serlo por cualquier medio. Todo ello en pos de la consecución de la verdad real, de la reconstrucción histórica de lo acontecido.

Sin embargo, el principio no es absoluto puesto que no es posible alcanzar la verdad a cualquier precio. Entre las limitaciones que sufre la libertad

probatoria interesa hacer mención a las relacionadas con las garantías individuales y las formas procesales previstas para introducir el elemento probatorio al proceso.

El límite a la libertad probatoria este dado por el art. 211 Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, el cual establece:

ARTÍCULO 211.- Exclusiones probatorias.- Carecerá de toda eficacia la actividad probatoria cumplida y la prueba obtenida, con afectación de garantías constitucionales.

Es clara la norma en cuanto establece la limitación dada por la violación de garantías constitucionales, lo cierto es que esto no fue siempre así.

B.2) JURISPRUDENCIA

En nuestra jurisprudencia el punto de partida para la exclusión de prueba ilícita fue el caso "Charles Hnos." , cuando la Corte Suprema se basó en que "siendo el resultado de una sustracción y de un procedimiento injustificable y condenado por la ley, aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad, los declara inadmisibles...". No obstante, tan promisorio comienzo, se abandonó el desarrollo de la cuestión hasta el año 1981 en que se comenzó a hacerlo de manera sistemática, con el caso "Montenegro". Esta época marca un inicio, aunque tímido al principio, en el cual distintos tribunales empezaron a excluir prueba ilícita y sus frutos. Así lo hicieron la Cámara Federal de Rosario en el caso "Monzón"; la Cámara del Crimen de la Capital Federal y la Cámara Federal de La Plata. Ya a partir de 1984 la jurisprudencia nacional reafirmó la regla de exclusión y comenzó su aplicación sistemática en distintos casos, como por ejemplo "Monticelli de Prozillo" ; "Florentino" ; "FrancOmano" ; "Rayford" y "Ruiz". En todos estos procesos, se invalidó prueba obtenida a partir de allanamientos sin orden y confesiones involuntarias, principalmente bajo tormentos. (Cafferata Nores y otro prueba nociones generales, pág. 24-25).

Caso Montenegro: En este caso, Luciano Bernardino, Montenegro (Montenegro, Luciano Bernardino s/Robo, 1981) es condenado por el delito de

robo con armas, a raíz de una confesión prestada en sede policial mediante apremios ilegales, que fue decisiva para la solución de la causa, por medio de esa confesión se permite encontrar mercadería robada en el domicilio del imputado.

Puede advertirse como el Estado comete un delito para comprobar otro delito. En un principio es la policía quien consigue la confesión de Montenegro mediante la aplicación de torturas, pero luego la mayoría del tribunal expresa que si bien existieron lesiones que demuestran que fue apremiado físicamente, su confesión permitió esclarecer el hecho ilícito, es decir, el tribunal justifica las lesiones infringidas contra el imputado porque gracias a ella se pudo obtener la prueba que vinculaba el delito cometido, con su autor. Aún así, el tribunal justifica la aplicación de torturas.

Finalmente, la CSJN revoca la sentencia, estableciendo que el acatamiento por parte de los jueces de lo establecido en el art.18 de nuestra Carta Magna no puede reducirse a procesar y castigar a los eventuales responsables de los apremios, dice al respecto, que otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al constituirla beneficiaria del hecho ilícito.

Los datos que ingresen al proceso deben ser legales, esto, como presupuesto indispensable para luego arribar a un convencimiento judicial válido. (Cafferata Nores et al., pág. 287).

IV. CONCLUSION

En el comienzo de este trabajo se planteó que ningún sistema judicial es perfecto y, naturalmente esto se ve reflejado en el sistema penal, más precisamente en su proceso.

A lo largo del trabajo, mediante la exposición de algunos casos que se pudo dar cuenta de las modalidades de las violaciones de derechos y en consecuencia de garantías constitucionales básicas de las personas.

En los casos descriptos, se puede apreciar cómo se le da un gran valor probatorio al reconocimiento fotográfico y en rueda de personas, como en González Nieva y Rodríguez respectivamente. Esto derivó en condenas altas a

los dos, lo que es doblemente grave, teniendo en cuenta que en estos casos fue la prueba de más peso, cuando sabemos de su poca fiabilidad.

Esto se vio durante el dictado -del “Seminario Prueba Penal y Error Judicial” durante una jornada abierta sobre la fiabilidad de la prueba testimonial y su impacto en las condenas erróneas donde se expuso un hecho y luego fotografías de quienes podrían ser uno de los sujetos que ingresaron a la sala del tribunal gritando y arrojando papeles. Los presentes seleccionaron a diferentes personas presentadas como el “sospechoso” lo que demuestra que siempre se debería contraponer esta prueba con las restantes evidencias recolectadas en cada caso.

La pregunta que se propone es ¿Cómo este tipo de prueba puede convencer a un juez para tomar la decisión de condenar a una persona a tantos años de cárcel?.

Desde la exposición de este trabajo se plantea la reflexión, más bien a como se incorpora esa prueba al proceso, sin respetar como debe ser su obtención, es decir, sin que pueda ser controlada por la parte perjudicada con su uso o sin confrontarla con las demás evidencias que obran en la causa.

En el caso Montenegro, no hay irregularidades, hay un delito por parte de la policía, que es la aplicación de torturas para obtener una confesión que lleva posteriormente a encontrar los elementos robados. Como se dijo anteriormente y se resalta en el mismo fallo, el Estado no puede cometer delitos para lograr eficiencia en la solución de los casos. Esto es muy peligroso para un Estado de Derecho, si en él se debe recurrir a torturas para solucionar los casos.

Puede advertirse que en principio hay un mal accionar de la policía, pero luego esas irregularidades son convalidadas, no son detectadas por las instancias posteriores o cuando son detectadas ya han generado un daño irreparable, como lo es pasar tiempo en la cárcel, con todo lo que implica, no solo la pérdida de la libertad, de su intimidad, del control sobre su vida, su dignidad. No solo cambia la vida para quien este privado de su libertad, también para su familia, padres, madres, hijos, hijas, hermanos, hermanas, etc. Y de estos para con el familiar detenido, que en muchos casos pierden a su

familia por la desconfianza que la condena o la prisión preventiva generan en ellos o por el hecho mismo por el cual son condenados o encarcelados.

En primer lugar se plantea como propuesta transformadora, la profesionalización y especialización de todas las Fuerza de Seguridad quienes son auxiliares de la justicia y deben tener las competencias justas para enfrentar dicha labor, lo cual es responsabilidad del Estado.

En segundo lugar el Estado debería revalorizar más a las fuerzas de seguridad desde el punto de vista económico particular y presupuestario para contar con elementos técnicos necesarios para a la labor.

En tercer lugar sería prudente contar con datos estadísticos oficiales de casos en donde existan este tipo de irregularidades, a los fines de poder abordar la problemática de forma integral.

Sería valioso para la sociedad contar con una base de datos a la cual recurrir, donde se identifique cuáles son las principales fuentes de errores cometidos durante los primeros actos de investigación que se dan en el proceso para proponer las medidas preventivas adecuadas. Una vez que se está en conocimiento de estos datos, ocuparse de los medios que permitirán reducir o mitigar estos errores.

Lo cierto es que, fiscales y jueces tienen en sus manos todas las herramientas que brinda la ley para llegar a la verdad, como ser la manera de valorar la prueba, el respeto a los derechos y garantías que tienen los acusados, etc. En los casos presentados, las fuerzas de seguridad son las que están más expuestas a cometer este tipo de irregularidades por diferentes motivos que deberían ser estudiados y analizados para que no condicionen decisiones de los fiscales y jueces.

Dentro de un estado de derecho, y, teniendo en cuenta que Argentina es pionero en política de derechos humanos, siendo unos de los países emblema en la lucha por estos, que ha enjuiciado y condenado a los represores por delitos de lesa humanidad, todavía resta un largo camino a recorrer a fin de zanjar las cuestiones que aún no se encuentran del todo resueltas.

Bibliografía

"BUSTAMANTE LUDMILA ZAIRA O, 110647 (Sala I Tribunal de Casacion Penal de la Provincia de Buenos Aires 25 de Agosto de 2022).

Antoni, R. d. (s.f.). *La Regla de Exclusio Probatoria desde la concepcion de los organismos internacionales de Deechos Humanos en caso de torturas. pag 4.*

Ballarini, F. (30 de Noviembre de 2015). Ningun Recuerdo es verdadero. (G. Olaberria, Entrevistador)

Cafferata Nores et al. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Cordoba: Ciencia, Derecho y Sociedad.

Cafferata Nores, Jose Montero, Jorge Velez, Victor Ferrer y otros. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Cordoba: Ciencia, Derecho y Sociedad.

Carrera, Fernando Ariel , 8398 (CSJN 25 de 10 de 2016).

Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. (2002). *Derecho Penal* . Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Gonzalez, Jorge Enrique, 43.787 y 43.793 (CSJN 8 de Octubre de 2020).

M.Binder, A. (2000). *Iniciacion / Proceso Penal Acusatorio*. Buenos Aires: Grafica Sur Editora.

Montenegro, Luciano Bernardino s/Robo (CSJN 10 de Diciembre de 1981).

Rafecas, D. E. (2006). Procedimientos Policiales Fraguados. *Revista del Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal* .

Tiscornia, S. (2017). La violencia institucional como tema de trabajo e investigacion. *Espacios de Critic y Produccion*.

Tiscornia, S. (2017). La violencia institucional como tema de trabajo e investigacion. *Espacios de Critica y Produccion*.

Zaffaroni, E. R. (2012). *La Cuestion Criminal*. Buenos Aires: Plneta.

