

## **LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION EN MATERIA PENAL Y DEL CODIGO PROCESAL PENAL EN CORRIENTES.<sup>1</sup>**

**1. Introducción.** En nuestro país, después de producida la reforma constitucional de 1994 el universo de valores, principios, normas y reglas robustecieron de manera inconmensurable los derechos fundamentales amalgamados con los derechos humanos que gozaron de una égida fortalecida por tales cambios.

El trascendente cambio se advierte en la supremacía constitucional en cuya cúspide se encuentra el bloque de constitucionalidad federal que, como bloque es un “trozo grande de material compacto, con rigidez y solidez, y que tiene la característica de homogeneidad”<sup>2</sup>; así el art. 31 debe analizarse con el art.75 inc.22 de la C. Nacional para entender la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico que tiene su producción normal y local, autóctona, siendo la constitución su norma superior y principal **Y** los tratados de derechos humanos que describe el art. 75 inc.22 del mismo texto legal que tienen igual jerarquía por adopción.

El estado local cedió el monopolio de la producción normativa de máxima jerarquía lo COMPARTE con los instrumentos internacionales que señala el art.75 inc.22.

Los nuevos derechos y garantías influyeron en el funcionamiento institucional, particularmente en la relación Nación Provincias ya que al ser un estado federal; los estados partes como entes autónomos signados por el comportamiento que disponen los arts. 5, 121, 122, 123 cc y sig. de la C. Nacional no pueden desconocer los alcances de la transformación profunda el primigenio texto constitucional de 1853/60 que dio origen a las llamadas relaciones interjurisdiccionales.

Los procesos de reformas constitucionales provinciales siempre avanzaron, más y mejor, que las reformas acogidas por el Estado Federal; así recuperada la democracia se produjeron reformas constitucionales provinciales hasta 1987; otro tanto ocurrió después de la reforma constitucional de 1994, pero siempre las provincias dieron mas tutela y amplitud a los derechos fundamentales que la nación, y en caso de que esto no sucediera, prevalecía como estándar mínimo y aplicable la tutela al derecho de cuño constitucional amparado por la constitución nacional.

Esto obliga más aun a las provincias a tener *conforme* el diseño constitucional federal, que salvaguarde el sistema republicano de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la constitución nacional, y que asegure también su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria como prescribe el art. 5 de la C. N.

Dicho todo esto, ello implica necesariamente una constitución provincial y las instituciones creadas por ella y se rigen por ella, *conforme* los art.122, 123.

---

<sup>1</sup> Armando Rafael Aquino Britos. Maestría ciencias penales Facultad de derecho UNNE

<sup>2</sup> Manili Pablo Luis “ El bloque de constitucionalidad “ Ed Astrea Bs As 2017, pag XVI

Por la aplicación del art.75 inc.12 al dictar la nación los códigos de fondo, las instituciones locales que hace referencia la constitución federal deben ser *conforme* a esta, las constituciones provinciales deben receptar instituciones y normas que respeten el sistema representativo y republicano y las declaraciones, derechos y garantías. Bajo estas condiciones se garantiza (garantía federal art. 5 in fine) el goce y ejercicio de sus instituciones.

Las reformas constitucionales en Corrientes no siguieron este proceso, la reforma de 1960 no contempló los derechos sociales, la reforma de 1994 solo modificó un sistema electoral vetusto (colegio electoral) y el régimen municipal receptando una tenue autonomía, y recién en el año 2007 se produce una reforma acorde y *conforme* la transformación producida en el marco constitucional, institucional y en el plano de los derechos y garantías constitucionales.

En la actualidad en nuestra provincia se da *una situación de inconstitucionalidad por omisión*, no solo por la mora en adecuar los comportamientos a la manda constitucional local, sino también a la federal con lo más avanzado de la jurisprudencia nacional que obliga a cambios estructurales para asegurar la plenitud de los nuevos derechos y garantías que se dieron a partir de la reforma constitucional de 1994, tal el caso Quiroga de la CSJN.

En la actualidad aún se cumple con el art.182 de la Constitución Provincial que establece “*los miembros del Superior Tribunal de Justicia, el Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Los demás jueces y funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna vinculante por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y designados por éste con acuerdo del Senado. En todos los casos, el Senado escuchará en audiencia pública las impugnaciones de los ciudadanos sobre la persona del propuesto, otorgando a éste la oportunidad de responderlas*” ya que la fiscalía general sigue a cargo de una sola persona, en un solo cuerpo, sin que la división de funciones del defensor, sea diferente del fiscal y tampoco del asesor.

Así la acusación como la defensa concentrada en un mismo y solo órgano; que imparte instrucciones a dos funcionarios que tendrán una actividad no solo diferente sino totalmente antagónica por naturaleza, con clara violación del art.18 de la C. Nacional y los principios que surgen del mismo, defensa en juicio, derecho a contar con abogado, estado de inocencia.

Esto se produjo por medio de una acción contenciosa administrativa con medida cautelar, el Fiscal General ha impedido la asunción de autoridades a los cargos de Defensor General y Asesor General respectivamente, dictada en el Expte. N° 168/8 "Sotelo Cesar Pedro Fiscal General del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ Acción Contenciosa Administrativa”, donde insólitamente se declaró la nulidad de la incorporación de los cargos de Defensor General y Asesor General con

rango constitucional y dejó, en consecuencia, sin efecto las designaciones de estos funcionarios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 27 de noviembre de 2012, abrió la vía del recurso extraordinario, hizo lugar al recurso de hecho del Fiscal de Estado y declaró la nulidad de la sentencia emitida por el Superior Tribunal de Justicia, con un duro cuestionamiento al superior tribunal local revocando su decisorio, más la cuestión sigue en la misma situación como señaló nuestro tribunal cimero.

Para cumplir la decisión del máximo tribunal federal en la misma causa, el 5/2/2014, el Superior Tribunal local resolvió en sentencia N° 1 del Expte N° 168/8 pto 2° *Comunicar con habilitación de días y horas inhábiles al Poder Ejecutivo y al Honorable Senado de la Provincia de Corrientes que la abstención de prestar acuerdo o nombrar a los postulantes cuyos pliegos se hallaban en trámite para cubrir los cargos de Defensor General y Asesor General dispuesta hasta que se dictara sentencia en los autos principales, ha quedado sin efecto como consecuencia del presente fallo rechazando la legitimación del actor luego de reexaminar la cuestión a la luz de los lineamientos dados por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso concreto, debiendo librarse sendos oficios haciéndoles saber tal circunstancia.* Fallo que se dictara el 5/2/ 2014.

Desde esa fecha la mora inconstitucional es ostensible y repercute en lo que bien señaló la CSJN. Hay pues mora en cumplir con la constitución, omisión maliciosa en cumplir el fallo de la CSJN con el perjuicio para los sectores más vulnerables que no pueden abonar un abogado particular y con ello *“...se priva de la garantía del acceso a la justicia como derecho universal en el doble sentido, subjetivo y objetivo...como derecho a la defensa en el proceso y como acceso al proceso”* como explica Ferrajoli<sup>3</sup>

Esto también se traslada a la norma adjetiva que nuestra provincia tiene la potestad de reglamentar por imperio del juego armónico de los arts. 75 in.12 y 5 cc y sig de la C. Nacional.

**2.- El código procesal penal:** Algo similar, o peor, es la vigencia del código procesal penal que data del año 1971 (ley 2945) con tenues, o insignificantes modificaciones que ponen a la provincia en franco incumplimiento de los arts. 5, 121 cc y sig de la C. Nacional a sabiendas de lo que prescribe la C. Nacional, de lo que dispuso la CSJN en Quiroga y otros precedentes similares, un viejo catálogo con ribetes inquisitivos se mantiene y ello confrontado con el “bloque de constitucionalidad federal” que llena el principio “republicano” que obliga a tener un sistema representativo y republicano de acuerdo con los “principios declaraciones y garantías de la Constitución nacional”, lo que no se cumple.

Este código procesal penal dictado en 1971 bajo la influencia de las ideas de Vélez Mariconde, que para su época fue de avanzada; mas siendo

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi “la democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político” Ed Trotta España 2014 pag.227

un catálogo ritual es claro que el avance de la civilización misma ya lo dejó como una pieza de museo, ni que hablar de la modificación de la normativa superior que modificó la estructura del ordenamiento jurídico que, por ello, obliga a una adecuación, lo que no se hizo.

Si todas las cosas de la vida cambian, por el mero transcurso del tiempo, lo que antes era de avanzada, hoy o en el futuro necesitan de adecuación o cambio ya que pierden la virtualidad de otrora con la que fue ungida.

Los que teníamos 10 años en aquella ocasión hoy tenemos más de 55 y un código formal que establece modos, formas y plazos sigue estando vigente!!!! Y se mantiene...inalterable. Absurdo por ese solo hecho.

Gamboa y Romero Berdullas<sup>4</sup> sostienen con certeza que “con posterioridad a las dictaduras militares y el terrorismo de estado en los países de la región, se inició un proceso de reforma penal en América latina. La consolidación de la democracia y la recuperación de derechos y libertades antes vulnerados se convirtieron en una prioridad. Además la creciente aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIDH le brindó un lugar preferencial al sistema interamericano de derechos humanos”<sup>5</sup>.

Se advierte la notoria inconstitucionalidad de esta ley ritual en las características que pasamos a describir: la arquitectura del código procesal, si bien reconoce al fiscal el ejercicio de la acción penal, (art 5 y sig) en el título III, art.200 y siguientes pone en cabeza del juez de instrucción la investigación del hecho presuntamente delictivo que, aunque requiera la investigación el fiscal ( art. 195) el juez es quien lleva adelante dicha investigación, como regla general, y tiene la finalidad que señala el art.201 del C.P.P que señala “*La instrucción formal tendrá por objeto:1) Comprobar si existe un hecho delictuoso, median todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad;2) Establecer las circunstancias que califiquen al hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en la punibilidad; 3) Individualizar a sus autores, cómplices e instigadores; 4) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales. Las condiciones en que actuó, los motivos que hubieran podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad; 5) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque no se haya ejercido la acción resarcitoria*” y seguidamente el art.202 señala “*el juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos...*”

El C.P.P viola el principio de “ne procedex de officio”, de imparcialidad, de la garantía del debido proceso, exigen que “ la investigación como la “acusación”, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del debate, sino que su

---

<sup>4</sup>Gamboa Agustín, Romero Berdullas, Carlos “Proceso constitucional acusatorio” Ed Ad Hoc. Bs As.2014 pag.95

<sup>5</sup> Ver Cafferata Nores José I “ la reforma procesal penal en América Latina” conferencia en Washington el 18/6/1998

vigencia debe extenderse a la etapa previa de discusión acerca de la necesidad de su realización”, tal como surge del precedente Quiroga de la CSJN ( voto Dra Higton de Nolasco y Petrachi) <sup>6</sup>

En dicho caso el Dr Fayt señaló que el principio ne procedat iudex ex officio supone que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación del fiscal distinto al tribunal de juicio, en tanto ello es garantía de la imparcialidad de quien ha de juzgar, lo que se da también en la investigación y el resultado de la misma.

Esto se da en la ley procesal local en el art. 360 cuando es el juez quien dicta el auto de elevación a juicio resolviendo previamente las peticiones del fiscal y la defensa, en caso de disconformidad del fiscal, se le permite al juez mantener su posición conforme el art. 363 in fine y clausura la etapa de instrucción cuando el juez dicta el decreto de elevación a juicio o queda firme el auto que así lo ordeno antes.

Es claro que si un sistema penal basado en la legalidad procesal la función de acusación (art.120 C.N, art.182 Const. Provincial) debe ser diferente entre quien acusa y quien juzga, partiendo desde la investigación donde se necesita de un juez imparcial que resguarde las garantías constitucionales que el mismo C.P.P de Ctes dice respetar en el art. 1 pero en base a un proceso” previamente tramitado con arreglo a este código...”

Acusar, investigar y juzgar son cuestiones distintas, pero claro está que el juez, si investiga, no puede ser **EL** garante de las garantías constitucionales, que **EL** mismo puede violar, voluntaria o involuntariamente, ya que la investigación y la acusación deben caer en manos de un órgano que tenga esta función constitucional con la responsabilidad republicana y bajo el principio de legalidad (no puede acusar ni investigar de manera ilícita so pena de violar el art. 272 del C.P)

Tomando el termino acusación en sentido amplio y genérico podríamos decir que “la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás...La garantía de la separación así entendida representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzietà) del juez respecto de las partes de la causa, que, (...) es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación” como enseña Ferrajoli.<sup>7</sup>

En Llerena la CSJN señalo, por el voto del Dr Maqueda que “*La forma de asegurar al imputado la garantía constitucional de ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, importa evitar que el mismo magistrado que intervino en la instrucción del proceso sea aquel que luego llevará adelante el juicio y dictará sentencia, pues la imparcialidad objetiva que corresponde avalar al encausado, sólo podrá garantizarse en la medida que se haga*

---

<sup>6</sup> CSJN en Recurso de hecho en Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302. Causa Nro Q. 162. XXXVIII fallo del 23/12/ 2004.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi: Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, págs. 564 y sig citado también en el voto del Dr Petracchi en Quiroga antes mencionado.

*desaparecer por completo la mínima sospecha que pudiera albergar aquél, relativa a prejuicios o preconcepciones de que estaría imbuido el juez como resultado de la inevitable valoración del hecho y la responsabilidad del imputado, inherente a la etapa de investigación”<sup>8</sup>*

Conforme lo señala el art. 71 del C. Penal “deberán iniciarse se oficio todas las acciones penales...” es claro que esta atribución le corresponde al fiscal, quien es titular de la acción, y debe impulsar el proceso promoviendo su investigación pero con el juez como garante contra quien se promueve dicha acción, el imputado, que debe contar con las garantías para lograr su cometido de defensa en juicio. Si el juez es quien investiga pierde entonces su carácter de imparcialidad.

Va de suyo entonces que tenemos una inconstitucionalidad “ ab initio “ de la investigación judicial misma ya que el que investiga no es imparcial sino que asume la posición comprometida con la hipótesis que se formula para investigar el hecho y desde allí se compromete; pierde allí la imparcialidad que es la finalidad garantística que irradia al proceso justo que se abre cuando se conmueve el estado de inocencia al dar curso a la sospecha de una actividad ilícita que merece una investigación.

**3. Otra inconstitucional** que devela el carácter inquisitivo que mantiene la arcaica arquitectura del C.P.P. de Ctes se advierte en que es el juez quien acepta o rechaza las diligencias probatorias, y es quien señala la pertinencia o utilidad de las mismas y su realización será irrecurrible como señala el art.207.

Esto viola de manera flagrante los arts.31 y 75 inc.22 de la C. N y en particular el art.8 de la CADH que expresamente dispone “1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.* 2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor....; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...”*

De ello surge la garantía de “ser oído”, por un juez “independiente e imparcial”, lo que vimos no se da por lo expuesto en el punto anterior,

---

<sup>8</sup> CSJN fallo en Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal causa N°3221 C del 17/5/2005

pero se agrava más aun cuando no se garantiza el derecho del inculpado para que en plena igualdad goce de las garantías mínimas; la concesión al inculpado de medios y tiempo para su defensa y lo que es peor, de proponer y ofrecer pruebas que puedan arrojar “luz sobre los hechos” y es aquí donde el juez pierde su imparcialidad y se adueña del proceso señalando la pertinencia o no de las pruebas sin que esta decisión deba ser fundada y menos aún que pueda recurrirse como señala el art. 207 del referido C.P.P de Ctes.

Esto marca el nivel inquisitivo y violatorio de las garantías constitucionales y convencionales pues como lo explica Cafferata Nores “*Si bien en la normativa supranacional no hay ninguna referencia expresa a la investigación penal preparatoria de la acusación (como sí la hay sobre el juicio y el recurso) es indudable que aquélla da por sentada la existencia de esta fase del procedimiento. Las normas sobre la detención (“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”, debiendo “ser llevada ante un juez” “a fin de que este decida sobre la legalidad de su... detención... y ordene su libertad” si fuera ilegal, art. 7, incs. 4, 5 y 6, CADH) y prisión preventiva (“la prisión preventiva de las personas que deban ser juzgadas no debe ser la regla general...” art. 9.3, PIDCP); la diferenciación entre proceso y juicio, admitiendo que éste es una parte de aquél (derecho de ser “juzgada... o ser puesta en libertad”, sin perjuicio de que continúe “el proceso”, art. 7.5, CADH; durante “el proceso” la persona imputada tendrá , entre otros, el derecho “a ser juzgada” sin dilaciones..., art. 14.3, PIDCP); la distinción entre “procesados” y “condenados” (art. 10.1.a, PIDCP) entre varias otras disposiciones, así lo evidencian. La jurisprudencia supranacional también reconoce la existencia de esta etapa preparatoria, cuando señala, por ejemplo, que “tratándose ... de delitos de acción pública, esto es, perseguibles de oficio, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos” y la de “promover e impulsar las distintas etapas procesales”; o cuando entiende que el Ministerio Público Fiscal tiene como funciones las “de realizar las investigaciones preliminares, decidir si la persecución debe mantenerse, sostener la acusación y el procesamiento ante los tribunales” ... y la “de acordar la detención de toda persona sobre la que pesen indicios racionales de criminalidad; o cuando enfatiza en la obligación “de cooperación de las fuerzas de seguridad con las investigaciones del fiscal civil”; o cuando acepta que se distingan “en el procedimiento penal las fases del sumario preparatorio y del sumario en la audiencia”. Asimismo ha expresado que las disposiciones relacionadas con la preparación de la defensa “pueden aplicarse tanto al proceso mismo, como a una fase anterior del mismo”<sup>9</sup>*

Estas garantías irradian todo el proceso, que va desde la investigación hasta la acusación formal del presunto delito, ya que no es admisible que el Estado vulnere el “estado de inocencia” que se da cuando este se conmueve con el “estado de sospecha” (posible comisión de un

---

<sup>9</sup> Cafferata Nores José I “Proceso penal y derechos Humanos” Ed CELS y Editores del Puerto Bs As. 2ª edición, 2011 pag. 152

delito que se investiga, y desde allí debe ponerse de manifiesto las garantías constitucionales y convencionales.

Si bien la instrucción no es propiamente juicio, es claro que ello no puede hacerse y llevarse a cabo sin que el ciudadano pueda gozar de las garantías constitucionales, caso contrario el Estado de derecho se transforma en un estado policiaco autoritario.

Por ello se señala que el término “ la “acusación” que realiza el art. 8.1, CADH no tiene el estricto significado técnico-procesal aceptado entre nosotros, que limita ese concepto a la (acusación) que da base al juicio oral y público (véase apartado 17. a), lo que podría hacer pensar que aquellos derechos y sus garantías sólo rigen en esta última etapa y no en la anterior destinada a prepararla. Por el contrario, y en una acepción mucho más amplia, la jurisprudencia supranacional entiende a la acusación como “la notificación oficial, emanante de la autoridad competente, del reproche por haber cometido una infracción penal”, la que puede producirse incluso en “una fecha anterior al inicio del proceso, como concretamente la fecha del arresto, de la inculpación o de la apertura de investigaciones preliminares. Es que si “en la etapa investigativa, al momento de recopilar la prueba...” es donde “especialmente “se presentan “mayores violaciones a los derechos fundamentales” ninguna duda puede haber sobre la vigencia de la normativa supranacional que comentamos durante su transcurso”<sup>10</sup>

Adviértase entonces que estas garantías en el inicio de la investigación no se respetan, y menos aún si las pruebas son rechazadas y quedan a discreción del investigador y este emite un decisorio sobre su pertinencia o no, y en este último caso es ...inapelable. Ergo no solo se viola el “estado de inocencia” sino que no se permite probar la inocencia.

Si entendemos que garantías son las prestaciones u obligaciones que corresponden a un derecho subjetivo sea positivo ( hacer) o negativo ( no hacer o abstenerse, prevista en el ordenamiento jurídico de máxima jerarquía, y además son garantías *primarias* aquellas que están previstas en el ordenamiento jurídico y que obligan a un hacer y un “no hacer”, a fin de realizar los derechos subjetivos garantizados, y ello además tiene la seguridad de la garantía “secundaria” o jurisdiccionales, “aquellas que deben obligatoriamente brindar los órganos jurisdiccionales, de aplicar la sanción o nulidad cuando se constaten...”<sup>11</sup> como enseña Ferrajoli, no se podrá dar en este proceso.

4.- **El instituto de la prisión preventiva:** partiendo de la base que “ La prisión preventiva es el estado de privación de la libertad ambulatoria, dispuesta por un órgano judicial, después de la declaración del imputado, cuando se le atribuye, con grado de probabilidad, la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad por la cual no proceda condenación condicional o, procediendo, existan vehementes indicios de que intentará eludir la acción de la justicia o

---

<sup>10</sup> Cafferata Nores José I “ob cit. Pag.154/155. En igual sentido Rodríguez Rescia, Víctor Manuel “El debido proceso legal y la convención Americana de los Derechos Humanos” Rev. De la Fac de Ciencias Jurídicas y políticas de la Universidad de Venezuela N° 110 pag. 342

<sup>11</sup> Ferrajoli, Luigi “ Democracia y Garantismo” Ed Trotta España, 2008, pag.64



entorpecer su investigación” como dice Balcare<sup>12</sup>, en nuestra provincia tiene ribetes de notoria inconstitucionalidad cuando se deja este merced al juez de instrucción en su art. 308 *El Juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si confirmare la excarcelación que le hubiere concedido antes: 1) Cuando el delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de dos años; 2) Si éste fuere inferior, en los casos previstos por el artículo 315. Cuando concurren varias infracciones, dicho máximo será establecido con arreglo a los artículos 55 y 56 del Código Penal*” y si bien eso se morigera por el instituto de excarcelación que prevé y dispone el art. 314bis o en su defecto con anterioridad a tal acto como lo prevé la eximición de prisión (antes del dictado del auto de procesamiento antes de la declaración indagatoria).

De la simple lectura del instituto consagrado por la ley adjetiva local se verá que su dictado no obliga a una fundamentación del magistrado, no requiere motivación suficiente en el evento investigado y, además, no atiende a su carácter cautelar, excepcional y reducido en su duración, estrictamente sujeto a plazos razonables como manda el art. 75 inc.22 a la luz de los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional por integrar el bloque de constitucionalidad federal.

Hay que diferenciar entre pena, sanción impuesta después del juicio, con prisión preventiva dictada en un proceso a fin de asegurar la posible y potencial aplicación de la sanción punitiva, extremo grave y que debiera ser sumamente restrictivo y que Julio Maier afirma que la diferencia debe centrarse en la distinta teleología de ambas. Así la prisión preventiva tiene un fin estrictamente procesal, esto es: asegurar los fines que persigue el proceso ante el peligro de fuga o entorpecimiento del mismo por parte del imputado<sup>13</sup>, ello es así puesto que el encarcelamiento previo al dictado de una condena mereció el análisis desde antaño a partir de dos enfoques “tradicionales -y opuestos- posiciones “sustantivistas” y “procesalistas” sobre la naturaleza y fines del encarcelamiento procesal, se suman otras que si bien no difieren esencialmente con ellas, las matizan en mayor o menor medida con posiciones que van desde lado, de posiciones “expansionistas”; y en el otro extremo, de posiciones “reduccionistas” y hasta “abolicionistas”<sup>14</sup>

Adviértase que la norma procesal provincial en análisis tiene una aplicación automática ya que el art.308 inc.1 dispone “cuando el delito que se atribuya este reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de dos años” con lo que se da la aplicación para casi todos los delitos previstos en el código penal, y lejos de ser restrictiva es amplia.

Para colmo el inciso 2 como concesión graciosa señala “si fuere menor o inferior – la pena presuntamente establecida que exceda de dos años- en los casos previstos para el art.315 del C.P.P.

---

<sup>12</sup> Balcarce, Fabián I en AAVV “ Manual de derecho procesal” Ed Advococatus, 2012

<sup>13</sup> Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo I – Fundamentos, Pág. 514 y sgtes.

<sup>14</sup> Cafferata Nores José I “Prisión Preventiva. Estado actual de su recurrente problemática.” Academia nacional de derecho y ciencias sociales Córdoba conferencia del 12/5/ 2009

Ergo la regla es “...esperar en prisión preventiva el desarrollo ulterior del proceso”, salvo las excepciones que es el instituto de excarcelación o eximición de prisión que están signados por un conjunto de restricciones – muchas de ellas de notoria y reconocida inconstitucionalidad puesto que la regla es la restricción cuando se señala *“La excarcelación no se concederá en los siguientes casos: 1. Cuando hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la Justicia o entorpecer la investigación del delito, circunstancias que serán valoradas en base a la falta de residencia o haber sido declarado rebelde. 2. Cuando el imputado haya sido eximido de prisión o excarcelado por un delito doloso en causa pendiente, y el nuevo delito que se le imputa también sea doloso. 3. Cuando el imputado tenga condena anterior y no hayan transcurrido los términos del artículo 50 del Código Penal. 4. Cuando por los antecedentes del imputado existan indicios graves de que éste continuará la actividad delictiva. 5) Cuando el delito fuere de hurto o robo de más de una cabeza de ganado mayor o menor. 6) Cuando el delito fuere de hurto de productos separados del suelo o de máquina o de instrumentos de trabajo dejados en el campo. 7) Cuando el delito fuere de robo con intimidación o violencia en las personas. 8) Cuando el delito fuere de hurto o robo de automotores o que sus partes, piezas y/o accesorios que lo integran 9. Cuando el delito fuere de alteración o supresión de la identidad de un menor de 10 años, (Art. 139 inc. 2) del Código Penal) o facilitación, promoción o intermediación en la perpetración de los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (Art. 139 "bis" del Código Penal.”.*

Esto queda a criterio del juez, *que es investigador, acusador y garantía... contra sí mismo y su accionar, consagra el derecho penal de autor ( inciso 2) y no del acto con lo que se viola la presunción o estado de inocencia ( no será declarado culpable sino por sentencia art.18 C.N) el hecho de tener condena anterior ( no importa si delito culposo o doloso ) y no hayan transcurrido los términos del art.50 del C. Penal, y lo más grave es cuando en función de los “antecedentes del imputado” existan indicios graves de que este continuara la actividad delictiva.*

Esto, por sí solo, es violatorio del art.18 de la constitución de 1853/60 y más aun de los instrumentos constitucionales que consagra la reforma de 1994 en el art.75 inc.22.

Adviértase que la cesación de esta situación de pena anticipada que consagra la previo preventiva cesa, conforme el art.311 del CPP cuando *“el juez estimare prima facie que al imputado no se le privará de libertad, en caso de condena, por un tiempo mayor al de la prisión preventiva sufrida, dispondrá por auto la cesación de ésta y la inmediata libertad de aquél. La resolución será apelable, sin efecto suspensivo, por el Ministerio Público”* esto es puede durar la prisión preventiva más tiempo que la pena común que se le puede aplicar en caso de ser declarado culpable, ya que la instrucción dura seis meses, prorrogables (art.215 código procesal)

Es decir que prácticamente todos los delitos contra la propiedad (título VI Cod Penal) serían excarcelables y todos pasibles de prisión

preventiva de cumplimiento efectivo. Ergo, la prisión preventiva puede durar más que la pena efectiva. Todo ello en manos de un juez que investiga, y juzga, como en este caso, pues valora su propia investigación.

Antes de la adscripción por adopción o incorporación de los instrumentos del art.75 inc.22 a la supremacía constitucional se había señalado bien que la privación de la libertad será excepcional durante el proceso ya que así “lo manda el preámbulo y el art. 18 de la C. Nacional y la prisión preventiva es excepcional”<sup>15</sup>, y con mayor razón aun con la vigencia de la CADH que en su art. 7, o el art. 9 del P.I.D.C y P. la DUDH (art. 9), la DADDH (art. XXV) Y por ello “ *se desprende el reconocimiento al derecho a la libertad ambulatoria; se precisa que éste sólo podrá ser restringido excepcionalmente (no será la regla general)únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano (preexistentes) por las constituciones o por las leyes dictadas en su consecuencia, y en los casos y bajo las formas o procedimientos prescriptos en ellas, fuera de los cuales la detención o prisión preventiva serán descalificadas por ilegales, y aún por “arbitrarias(dando lugar a indemnizaciones.); que cuando estas privaciones de libertad se ordenen legítimamente, deberán ejecutarse con el debido respeto a la dignidad inherente a la persona humana; y que no podrán exceder un tiempo razonable de duración”*<sup>16</sup>.

El abuso del instituto y la falta de adecuación del mismo a los parámetros mencionados obligo a la CSJN en Loyo Fraire <sup>17</sup> a señalar que “ *la prisión preventiva es excepcional, el encarcelamiento no deja de ser cautelar, y entonces la decisión debe contener la motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los requisitos impuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos, el de la necesidad, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto”*.

Va de suyo, entonces, que la consagración del instituto de la prisión preventiva como está dispuesto en nuestro catálogo adjetivo local es abiertamente inconstitucional.

**5.- Otra irritante inconstitucionalidad.** Los arts. 196 a 199 del C.P.P local consagran una verdadera inmunidad de proceso a determinados funcionarios que gozan de la inmunidad por su función Así el art. 196 señala “*Cuando se formule requerimiento fiscal o querrela contra un legislador, el Tribunal competente practicará una información sumaria que no vulnere la inmunidad de aquél. Si existiere mérito para disponer el procesamiento, se solicitará el desafuero a la Cámara legislativa correspondiente, acompañando copia de las actuaciones y expresando las razones que lo justifique*”. Para dictar el procesamiento debe

---

<sup>15</sup> Cafferata Nores, José I “ la excarcelación” Tº 1 Ed Depalma Bs As 1988

<sup>16</sup> Cafferata Nores José I. “Proceso penal y derechos Humanos” Ed CELS y Editores del Puerto Bs As. 2ª edición, 2011 pag. 218 y sig

<sup>17</sup> CSJN en Expte L. 196. XLIX. Recurso de hecho en Loyo Fraire, Gabriel Eduardo p. s. a. estafa reiterada -causa nº 161.070-.

inexorablemente citarlo a indagatoria, y si el legislador se rehúsa a tal acto no existe mecanismo alguno para compelerlo a tal acto – se trata de un derecho de defensa- y sin este acto procesal el proceso se paraliza con lo que se debe esperar a que este finalice su mandato para la prosecución de la causa.

Adviértase que requerimiento (art.195 CPP) es anterior a la indagatoria (medio de defensa) si el legislador se rehúsa la causa se archiva, debiendo esperar el desafuero. Lo mismo sucede con la querrela (art.82 CPP) y siendo la denuncia, querrela, requerimiento fiscal o investigación directa, los modos de iniciar el proceso ( art.203) este puede quedar trunco “ab initio” quedando a merced de lo que resuelva la cámara a la que pertenece el legislador. Viola el art.16 y también el 18 de la C.N.

El art. 197 expresa *“Si se formulara requerimiento fiscal o querrela contra un magistrado sujeto a juicio político, el Tribunal competente practicará una información sumaria con el mismo alcance previsto en el artículo anterior. Cuando exista mérito para disponer el procesamiento del imputado, solicitará a la Cámara de Diputados la promoción del juicio político, acompañando copia de las actuaciones expresando las razones que justifiquen el pedido”* Vale lo mismo que para la hipótesis del legislador con el agravante que si es un juez o fiscal debe ser este separado por sus funciones por el jurado de enjuiciamiento o juicio político para que tal proceso tenga curso.

Con este mecanismo procesal, aplicado in malam parte, el actual gobernador sorteó la citación a indagatoria como imputado en la causa sustanciada ante el juzgado federal en Paso de libres Corrientes, “GONZALEZ MORENO HERNAN S/ DENUNCIA SUP DELITO DE ACCION PUBLICA” Expte Nro 2-20.343/09, mediante un habeas corpus que este interpuso en su favor dictado en los autos “ACCION DE HABEAS CORPUS INTERPUESTA POR EL SR COLOMBI RICARDO CAPITAL “ Expte Nro 81.862 que hiciera lugar el entonces juez correccional Dr Cocchia Breard.

No solo es un violación al art.16 y 33 de la constitución nacional ya que se afecta la igualdad ante la ley y el principio republicano, sino que también se alzó contra una vieja y vigente jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que señaló en "Ormeño, Pedro contra Partido Peronista, Distrito Mendoza", de 1961, " que es que las autoridades de una provincia no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación. Concretamente, no pueden utilizar mecanismos indirectos a través de los cuales en la práctica tienden a frustrar las decisiones de aquellos”, sino que el parte del poder judicial provincial aplicando esta normativa –in malam parte- no cumple con la “parte de su deber de señalar los límites precisos en que han de ejercerse aquellas potestades -con abstracción del modo y la forma en que el punto le fuera propuesto-, establecer si la materia de que se trata está fuera de toda potestad judicial, la que no puede ser ampliada por voluntad de las partes, por más que éstas lleven ante los jueces una controversia

cuya decisión no les incumbe y éstos la acojan y se pronuncien sobre ella a través de una sentencia (confr. Fallos: 215:492; 229:460).

Una juez civil y comercial acusada de delitos comunes interpuesto en la causa “Retegui Alejandro R pte del Banco de Corrientes s/ denuncia expte Nro 57150 y sus acumulados 56.297, 68403 y 56804/05 ” valiéndose de la redacción de la norma procesal en cuestión interpuso contra el progreso de la acción penal la excepción de espera, pues uso este como valladar procesal que , después de que se acogiera a los beneficios de la jubilación se dictó el procesamiento de la misma mediante la resolución Nro 786 del 22 de junio del 2016 ( once años después) ordenando el procesamiento de la magistrada por prevaricato ( art. 269 lra parte del C.P) en 3 veces reiterada ( arT.55 C.P) en concurso ideal con el delito de estafa ( art.172 C.P en función del art.54) , más lo cierto es que la entidad bancaria – con capital estatal provincial mayoritario- no pudo ni puede resarcirse de los daños causados por esta acción.

En tanto el art. 198 del CPP señala *“si se produjere el desafuero o la destitución previstos, el Tribunal dispondrá la instrucción formal correspondiente o dará curso a la querrela. En caso contrario, declarará por auto que no se puede proceder y archivará las actuaciones.”*

Es por ello que el art.199 establece *“Cuando se proceda contra varios imputados y sólo alguno de ellos goce de privilegio constitucional, el proceso podrá formarse y seguir con respecto a los otros”*

Es claro que dudosa constitucionalidad de estos artículos genera una notoria e irritante desigualdad que se asemeja bastante a un fuero personal que repulsa el art. 16 de la Carta Magna, y que nada tiene que ver con la protección funcional de la actividad que despliegan los diferentes órganos del Estado.

Proteger la función pública no debe significar inmunidad de proceso y menos aún soslayar la búsqueda de la verdad jurídica objetiva a través de un proceso ya que se está lejos de enmendar la situación como en el orden nacional se hiciese con la ley 25320 que modificara el C.P.P de la Nación.

**6.-Situacion institucional y los derechos fundamentales** : los derechos son fragmentos de soberanía popular como enseña Ferrajoli, y estos no pueden quedar sometidos y subordinados a la voluntad de los gobernantes, al contrario, se debe destacar que el principio republicano implica la subordinación del accionar de todos, en particular de los gobernantes, al imperio de la ley, con rendición de cuentas y con franca y total igualdad ante la misma, lo que no se cumple “ab initio” al no garantizar que el órgano que debe dar una garantía secundaria del conjunto de los derechos para todos los ciudadanos, no cumple tal propósito como surge de los arts. 182 cc y sig de la C. Provincial y el fallo de la CSJN y del propio Superior Tribunal en la provincia manteniendo “sine die” la subsunción de facultades de acusar, defender y asistir a los ciudadanos bajo la dirección de un mismo órgano y funcionario.

2° Además de la inconstitucionalidad ya señalada sobre el mantenimiento del sistema mixto (inquisitivo atenuado) es indudable que

sustraerse a erigir el sistema acusatorio propio del modelo que permite la constitución Nacional ( art. 31 y 75 inc.22) para garantizar los derechos de los ciudadanos y con ello tender a la edificación del modelo republicano que cobije la soberanía popular, también se tornan difusos y de casi imposible realización los principios de inmediación, concentración, publicidad, oralidad y el juez como garante de dicho proceso, teniendo en cuenta que las garantías primarias son las que prevé el ordenamiento jurídico en cuanto las recepta como tal, y las secundarias son las que se concreta a través del juez como tercero imparcial que con esa actividad se legitima democráticamente en su función y rol en el marco de la república.

El camino no es otro que una reforma integral del sistema penal – en la formulación adjetiva que le corresponde a la provincia- (art. 123 en función del art.5 de la C.N) y en tal sentido debe darse necesariamente la respuesta estatal de una nueva codificación ritual que de curso a los derechos de cuño constitucional mencionados y sus respectivas garantías.

De no darse esta respuesta por los poderes políticos- Legislativo y Ejecutivo- el ciudadano común munido de sus derechos debe necesariamente hacer valer los mismos ante el poder judicial de la provincia, primero, y luego ante el máximo tribunal federal para que en la provincia de Corrientes se aplique con plenitud los estándares básicos y mínimos que surgen de la carta fundamental de los correntinos vigente desde 1994.

**7.- CONCLUSIONES: 1°** al no cumplir con el mandato del art.182 y dividir el ministerio publico fiscal en fiscalía, asesoría y defensoría pública los sectores más vulnerables, al contar con defensor oficial, tendrán en un mismo órgano concentradas las funciones de acusación y defensa.

Ello, además de absurdo, es claramente inconstitucional pues de hecho la situación no se compadece con la dimensión trialista del derecho, norma, valor y conducta.

El análisis axiológico-valorativo que Bidart Campos efectuó en prolífica producción literaria<sup>18</sup> sobre la filosofía del derecho constitucional y el estudio de nuestra carta magna, sin perjuicio de la visión global que luego expresa en otro lugar <sup>19</sup>sobre una teoría general los derechos humanos, su naturaleza, constitucionalización a partir de la universalización de los mismos conforme los diseños constitucionales vernáculos, resulta menester analizar el “mundo jurídico” a la que califica de humana y social y se integra en con tres ámbitos, dimensiones u órdenes 1° conductas, 2° normas y 3° valor. el mundo jurídico jamás será neutro o indiferente al valor justicia, sino que siempre –sea justo o injusto- guarda dirección y vinculación hacia aquel valor y con aquel valor” dice Bidart Campos

Entendemos que este contenido solo es factible de realizarse en un “sistema” que es el institucionalizado como la democracia, único capaz de

---

<sup>18</sup> Bidart Campos German J “Filosofía del derecho constitucional” Ed Ediar Bs As.1969; “Nociones constitucionales. Las intersecciones iusnaturalistas de la constitución” Ed. Ediar Bs. As.2007.

<sup>19</sup> Bidart Campos German J “Teoría general de los derechos humanos” Ed Astrea Bs.As.2005.

garantizar la plenitud y cumplimiento de los derechos fundamentales y ello acoge la reforma constitucional de 1994.

El contenido de los “nuevos derechos y garantías” solo es factible de realizarse en un “sistema” que es el institucionalizado como la democracia, único capaz de garantizar la plenitud y cumplimiento de los derechos fundamentales y ello no se puede cumplir cuando se viola la igualdad como principio y como derecho ( art.16) lo que arroja la lra conclusión cuando los sectores más vulnerables no tienen acceso al sistema de justicia en un pie de igualdad con quienes si pueden abonar un abogado particular.

**2°** Por el mantenimiento del sistema de procedimiento penal, los ciudadanos soportan un mecanismo inquisitivo que violan los derechos emergentes de los arts.18 y 75 inc.22 como se describiera.

**3°.-** Por lo descripto respecto del sistema procesal penal, más respecto de la modalidad del procesamiento que surge del mecanismo procedimental en la aplicación de la ley punitiva en la provincia se advierte que para el ciudadano común sometido a proceso, y si se le dicta una auto de procesamiento puede ser pasible de ingresar a la macabra estadística de “preso sin condena” sumado tal situación a la duración del proceso de investigación que fácilmente puede durar más de un año. Sin embargo los legisladores, jueces o miembros del poder ejecutivo (gobernador y ministros) tienen por la letra y la practica institucional “una verdadera inmunidad de proceso” lo que es abiertamente inconstitucional y subvierte además del principio republicano, la soberanía popular acercándonos a un modelo cuasi absolutista propio de regímenes superados por la revolución francesa de 1789.-

El proceso penal que debe estar presidido por saber –que ha pasado- la verdad, no puede realizarse sin el respeto a las garantías constitucionales que es “el precio de la legitimidad”<sup>20</sup>, donde el juez debe ser garante de la constitución y no investigador y acusador al mismo tiempo.

---

<sup>20</sup> Ibañez, Perfecto Andres “ Tercero en discordia. Jurisdiccion y juez en el estado constitucional.” Ed Trotta España. 2015 pag.307 en adelante.