

LA DOCTRINA MIRANDA Y SU INEXPLICABLE DESCONOCIMIENTO EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL NACIONAL Y FEDERAL

GABRIEL GONZALO REY*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 1994 tuvo un impacto significativo en la concepción del proceso penal nacional, traducido en la interpretación y aplicación del contemporáneamente sancionado Código Procesal Penal, en adelante CPPN¹, norma que introdujo novedosos institutos, como el juicio oral, público, contradictorio y continuo, abriendo así las puertas de la administración de justicia penal a la comunidad.

Su impronta sentó las bases del sistema acusatorio, ubicando la función de promoción de la acción penal en cabeza de un nuevo órgano denominado por la doctrina constitucional como «extra-poder»: el Ministerio Público –art. 120 de la CN–. Esta creación novedosa supuso la separación de la responsabilidad de acusar y juzgar, e inauguró una progresiva desconcentración de funciones al asignar en forma exclusiva la primera a la fiscalía y la segunda a la jurisdicción, que ya no podía intervenir, como lo hacía, sino a instancias de aquella –art. 116–.

Tal concentración, vigente hasta la sanción del nuevo Código y la nueva Constitución, aunque no fue del todo desterrada, ha sido considerada incompatible o, por lo menos, inconveniente para una gestión imparcial de los asuntos sometidos a la justicia penal, pues implicaba que un mismo órgano debía cargar con la responsabilidad y consecuente obligación de descubrir la verdad real de lo

* Docente de Elementos de Derecho Penal (UBA), especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ), posgraduado en Seguridad Pública (IUPFA), posgraduado en Derecho Penal Parte General (Universidad de Salamanca, Reino de España), especialista y máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia), defensor público coadyuvante ante los jueces y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Contacto: gonzalorei@hotmail.com.

1 Según Ley 23098 (B. O. 09/09/91), vigente desde septiembre de 1992, conforme Decreto de implementación N° 827/92 (B. O. 29/05/92), dos años antes de la reforma.

ocurrido, reconstrucción histórica mediante, juzgar acerca de la regularidad del proceso llevado a cabo al efecto y, al mismo tiempo, sobre el mérito del producto final, esto es, debía controlar su propio trabajo. A este sistema consagrado en el «Código Obarrio» de 1888, vigente hasta la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (1992), se lo calificó de «inquisitivo», por oposición al «acusatorio» que inaugura esta última norma derogatoria de la anterior —en realidad «mixto» o atenuado, pues no eliminó la mentada concentración, sino que la limitó, al supeditar la intervención jurisdiccional a la previa acción requirente del Ministerio Público Fiscal y conservar la judicatura la facultad de tramitar por sí la instrucción o delegarla, a su arbitrio, en el fiscal, art. 196 del CPPN, entre otras cuestiones—.

Sin perjuicio de ello, la incorporación en una posición central del proceso a la figura del fiscal como responsable único de la delimitación fáctica del objeto procesal que provocará la puesta en marcha del sistema de investigación y enjuiciamiento penal y sobre cuyos límites discurrirá la actividad persecutoria, a la que se sumó la del Defensor General de la Nación como integrante de este Ministerio Público independiente, funcionalmente autónomo y financieramente autárquico, con la función de «promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República» —art. 120 citado— implicó una verdadera apertura oxigenante del proceso. Ello fue posible, entonces, de la mano de estos sujetos procesales que se convirtieron en órganos empoderados y de intervención dirimente, con mayor profundidad e incidencia que la que tenían antes de la reforma, para garantizar nada menos que un verdadero Estado constitucional de derecho, con un papel fundamental en su construcción a partir de esta impronta, caracterizada por la influencia de los tratados y convenciones de derechos humanos incorporados en el inciso 22 del artículo 75 de la nueva carta fundamental, normas directamente aplicables en la interpretación y dotación de sentido a la actividad de todos los operadores del sistema.

II. PUNTO DE PARTIDA

En esa línea, la jurisprudencia que se fue elaborando estuvo imbuida de esta filosofía, afincada en la normativa suprema que presidió la aplicación de la ley procesal recientemente inaugurada por parte de los tribunales, que recogieron la impronta aperturista. Esto se tradujo en un mayor celo en el respeto de las garantías constitucionales desde el inicio de la investigación penal, orientando a los operadores del sistema en su tarea, que no estaba ciertamente impregnada de esta perspectiva en la práctica diaria, defecto atribuible a una tradición que no reconocía tal importancia, sino más bien todo lo contrario. Se trató de una lógica explicable en la débil institucionalidad de nuestro país signada por las continuas

interrupciones violentas de los regímenes democráticos-constitucionales; panorama sombrío que alcanzó su máxima gravedad durante la última usurpación militar del poder, en 1976, nefasto corolario de una dinámica histórica gobernada por un paradigma claramente opuesto al nuevo que venía a proponer e instaurar la reforma.

Pese a este empeño y cuidado en las formas y procedimientos, reflejados en las producciones de la doctrina y la jurisprudencia, como no se observaba en el pasado, sus mandatos no permearon con toda la fuerza esperable en la aludida práctica desplegada por las fuerzas de seguridad en la etapa inicial del procedimiento penal, por lo menos no en cuanto al tópico que se abordará en el presente. Por eso, estas líneas pretenden demostrar que en las investigaciones penales llevadas a cabo en nuestro sistema de enjuiciamiento penal nacional-federal desde la formación de nuestra organización nacional, pasando por la sanción del Código Obarrio de 1888 y hasta la actualidad, nunca se vislumbró la necesidad, conveniencia e importancia institucional de ejercitar una práctica elemental en todo procedimiento policial de características preventivas, investigativas y represivas del delito cuando las fuerzas del orden toman contacto con la persona que, según las circunstancias del caso, resulta sospechosa de haber intervenido como autora o partícipe de una infracción jurídico-penal: la «advertencia Miranda». Omisión, desconocimiento o indiferencia que persisten en la actualidad.

Ello ocurrió así, pese a la recepción que ha hecho nuestro país, desde los albores de su organización jurídica y política, de la dogmática constitucional norteamericana, producto de las elaboraciones emergentes de los precedentes de su máximo tribunal, lo que se materializó a través de la asunción de aquellas construcciones teóricas como propias, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido concretando desde su conformación, el 15 de enero de 1863, justamente, al otorgarle el carácter de fuente principal de interpretación de nuestra carta magna, entre otros temas, a todo lo relacionado con las garantías constitucionales del proceso penal—conforme doctrina plasmada entre otros, en Fallos 178:22 de 1937, «Bressani» que establece expresamente la calidad de fuente de derecho de tales precedentes, en reconocimiento de una praxis que se remonta al inicio del funcionamiento de la Corte, por lo menos. Es posible rastrear los primeros antecedentes al respecto en Fallos 1:340 (1864) «Ministerio Fiscal» y también en Fallos 1:148 (12/04/1864), CAUSA XXIII: «El Fiscal General de la Nación contra el Dr. D. Manuel G. Argerich, por publicaciones injuriosas contra el Gefe de Policía hechos por la prensa» (sic), y que se verifica además y precisamente en casi todos los fallos posteriores y señeros en la materia, en los que la fuente americana resulta ineludible (Fallos 317:1985 «Daray, Carlos»; 321:2947 «Fernández Prieto»; 325:3322; «Monzón»; 326:41 «Szmiłowsky»; 306:1752

«Fiorentino», 307:440 «Cichero»; 308:733 «Rayford»; 311:2507 «Ferrer», entre muchos otros).

Y, en lo que respecta al particular tema del presente trabajo, en el precedente «Mendoza», resuelto el 28 de octubre de 1864, expresamente decidió nuestra Corte Suprema que las posiciones diferidas al procesado en causa criminal son contrarias al artículo 18 de la Constitución nacional «que dice en una de sus cláusulas que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo» –Fallos 1:352–; proceso en el que el imputado había sido citado a «absolver posiciones» y que la Corte equiparó a ser convocado a «confesar» por tratarse el marco legal de un acto revestido «de una solemnidad que haría la respuesta obligatoria».

Pese a esto, los funcionarios encargados de la persecución y represión de los delitos no han tenido nunca incorporada –seguramente influidos por la tradición escasamente institucional antes advertida y sus efectos, por los excesos incurridos que derivaron en la prohibición absoluta de hablar con el detenido/sospechoso y, luego, por la «mala normativización» de alguna forma de comunicación–, y no tienen en la actualidad, la exigencia de la lectura de los derechos al sospechoso de la comisión flagrante de un delito o a la persona que se encuentra ante una invasión de su privacidad o de su círculo de organización personal –detenciones en la vía pública y/o «entrevistas informales» en cuyo marco les requieren el aporte de información, incluso les piden autorización para ingresar en ámbitos constitucionalmente protegidos y provocan también allí comunicaciones sin previa advertencia, ya sea que porten o no orden judicial–.

Y ello puede encontrar razón de ser, también, en la circunstancia de que los jueces de todas las instancias y la propia Corte Suprema tampoco incorporaron, ni incorporan en la actualidad, esa exigencia de lectura de derechos, pese a las elaboraciones antes mencionadas. Todo lo contrario, el derecho judicial ha elaborado una doctrina, prácticamente unánime, que valida la incorporación al proceso de todo lo que diga el detenido/sospechoso con independencia de las consecuencias legales derivadas; siempre y cuando lo haga en forma espontánea, esto es, libremente. Este estándar se alcanza, según la interpretación dominante, casi unánime, a partir de la comprobación de que tales dichos no fueron producto de engaño, violencia, coerción física o moral por parte de las autoridades. Así, se concentran en la verificación negativa y no en la determinación de qué se entiende por «espontaneidad» o «libertad».

III. FINALIDAD

El objetivo es, entonces, en primer lugar, alertar acerca de esta situación paradójica que se sostiene en la declarada necesidad de evitar presiones indebidas de parte de los funcionarios policiales al ciudadano sospechoso de haber cometido un delito y que se traduce en la imposibilidad de dirigirle preguntas o entrevistarlo

sobre el hecho. Ello constituye un escenario absurdo por lo contraintuitivo que supone obligar a un investigador policial a cancelar toda comunicación con las personas encontradas en el escenario de los hechos. En esas particulares circunstancias, resulta del todo razonable, incluso funcionalmente obligatorio para el investigador policial, fomentar tal comunicación. De allí la innecesariedad de toda advertencia previa, precisamente, porque no resulta lógico, útil o esperable la obligación de comunicar derechos y consecuencias jurídicas derivadas de la emisión de un discurso que «no se puede escuchar».

Y como el orden natural de las cosas siempre se impone a los encorsetamientos artificiales que pretenden cancelarlo o limitarlo, desde que efectivamente las «declaraciones» de los sospechosos y las preguntas/entrevistas policiales se producen, el resultado es el estado actual, histórico, que motiva precisamente el título de este aporte. Las declaraciones, naturales y esperables, se terminan recogiendo al margen de lo constitucionalmente tolerable y, como veremos, se llegó al extremo de normativizar tal despropósito.

En segundo lugar, se pretende también formular un aporte para pensar en la modificación de esta praxis sin necesidad de hacerlo respecto de las normas sancionadas, aunque sería auspicioso, en el convencimiento de que ello contribuirá a un efectivo afianzamiento del estado constitucional de derecho que exige, entre otras cosas, garantizar espacios cada vez más amplios de libertad e institucionalidad. Esta faena ciertamente debe extremarse específicamente en aquellos supuestos en los que la restricción de la primera y el deterioro de la segunda resulta más evidente, esto es, a partir del instante mismo en el que cualquier ciudadano queda sujeto a la autoridad estatal², tanto en su faz investigativa como represiva de delitos, circunstancia que se verifica con claridad desde el primer contacto con cualquiera de sus representantes en el marco de situaciones de flagrancia delictiva, en los términos normativamente caracterizados en el ordenamiento aplicable –art. 285 del CPPN³–. «Habrà flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito»; o en los ya ejemplificados como investigaciones en curso, allanamientos, requisas, secuestros, etcétera.

2 Este hecho resulta fundamental para entender el problema planteado en el presente trabajo y las soluciones propuestas: siempre que un representante estatal –en su faz investigativa/represiva– toma contacto con un ciudadano, se constituye en garante de sus derechos constitucionales ante la evidente restricción de estos que plantea tal situación. En este contexto, no puede plantearse una equivalencia de posiciones en la comunicación ni siquiera inferir una parigual “libertad” de ambos, por lo menos no sin la previa advertencia “Miranda”.

3 El texto normativo de base con el que se trabajará es el vigente Código Procesal Penal de la Nación, según Ley 23.984.

Para ello, resulta fundamental problematizar el significado conceptual de las categorías «espontaneidad» y/o «libertad» en estos supuestos claramente restrictivos de derechos, tal y como han sido y son actualmente entendidas en forma prácticamente unánime en la doctrina jurisprudencial nacional y federal a cuyo estudio, de las más representativas, se circunscribirán estas líneas.

Teniendo en cuenta el estrecho marco del presente y la posibilidad de extensión limitada, necesariamente deberemos ceñirnos a citar los conceptos y las conclusiones fundamentales extraídos de distintos fallos y citas doctrinarias que consideramos más representativas de la posición criticada, sin pretensión de exhaustividad y al solo efecto demostrativo de la tendencia prácticamente unánime al respecto. En consecuencia, no ingresamos en una descripción pormenorizada de los hechos debatidos. A continuación, entonces, se presenta la tesis expuesta en el precedente americano que ocupa la atención de este trabajo y el comentario de contexto del Presidente N° 14 de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Earl Warren, traducidos del inglés.

IV. EL CAMBIO DE PARADIGMA

Miranda v. Arizona (1966) es una de las sentencias más famosas de la historia en Norteamérica, la industria cinematográfica nos ha ilustrado suficientemente de su contenido por lo que tenemos prácticamente incorporado, tengamos o no contacto con el sistema penal de cualquier manera, que la policía, cuando detiene a una persona, debe «leerle sus derechos»: a permanecer en silencio, a designar un abogado de su elección y, si no tiene tal posibilidad, a un abogado de oficio y a que este se encuentre presente en su interrogatorio, con la advertencia de que todo cuanto declare a partir de ese momento podrá y será utilizado en su contra en un tribunal de justicia.

Esta obligación policial arranca justamente a partir de aquella sentencia de la Suprema Corte de los EE. UU. que ciertamente provocó una enorme polémica en todo el país, y de hecho fue uno de los ejes de la campaña de Nixon en las elecciones presidenciales de 1964, en las que finalmente ganó en 1968. Se acusó al Tribunal Supremo de invertir los papeles, sospechando de la policía y protegiendo a los delincuentes. Los jueces, se decía, se decantan del lado de los asesinos, violadores, ladrones, etcétera, en lugar del lado de las personas honradas y de la policía. En sentido contrario, se alegaba que muchos Estados ya habían establecido pautas de comportamiento similares y que la limpieza de los interrogatorios era una garantía de buen éxito de juicio (pues evitaba que los tribunales anulasen las causas y absolviesen a los acusados). Baum⁴ señala que estudios realizados en los años sesenta revelan que el cumplimiento de las reglas de Miranda era

4 Baum, Lawrence, *El tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Buenos Aires, Librería Bosch, 1987, pp. 280-281.

relativamente escaso, y que la policía se las había ingeniado para sortearlas (por ejemplo, ofreciendo al detenido firmar un impreso en el que, a cambio de la renuncia a sus derechos, podría obtener algún tipo de eximente o atenuante).

IV.I. *Resumen de la sentencia dictada por la Suprema Corte en Miranda v. Arizona*

En 1964, Ernesto Miranda, vagabundo de origen hispano de veintitrés años y sin apenas estudios, fue detenido en su casa y conducido a la comisaría de policía. Fue identificado por la víctima como autor de un delito de violación, y posteriormente interrogado en una habitación cerrada. Comenzó manteniendo su inocencia, pero al cabo de dos horas firmó una confesión declarándose culpable. En esta «prueba de cargo» se basó su condena. Nunca se supo si la policía le informó de sus derechos, como el de no declararse culpable de la V Enmienda o si se le coaccionó de alguna manera para que firmase la declaración auto-inculpándose. Lo que sí quedó claro es que no se le advirtió de su derecho de contar con la asistencia de un abogado.

Frente al interrogante acerca de si era válida una confesión en estas condiciones, la Corte en numerosos precedentes anteriores acudió a distintos criterios como el del «conjunto de las circunstancias» y el de «la voluntariedad», cuando de las circunstancias de un interrogatorio y de una declaración de un detenido se podía razonablemente afirmar que el tratamiento dado no era «demasiado malo», entonces automáticamente se presumía que la confesión era voluntaria y, por consiguiente, válida. Como solamente se concebía la posibilidad de negarse a declarar ante los estrados frente a obligaciones legales de testificar, acogándose el testigo –concepto que incluye al imputado– a la V Enmienda, era en ese marco que funcionaba la garantía que impedía forzar a la declaración, y no en etapas anteriores como en la investigación policial. En los interrogatorios policiales no regía este derecho.

Por otro lado, hasta 1964, con la sentencia «Malloy v. Hogan», el derecho a no declarar contra sí mismo de la V Enmienda no se aplicaba en los Estados, sino solo en el ámbito federal. De manera que durante mucho tiempo se trató de un derecho «arrinconado», pues no se podía ejercer en delitos estatales (que eran la inmensa mayoría) ni tampoco en los interrogatorios policiales.

Si bien podría pensarse que se trata de derechos obvios y que, en realidad, no había motivo para pensar que lo que se iba a decir en *Miranda* fuese tan revolucionario, no debe soslayarse que las garantías contenidas en las Enmiendas IV, V, y VI, estaban pensadas frente a la Federación y, de hecho, el Tribunal Supremo las aplicaba con cierto rigor. La Sentencia «Wecks, v. U.S.» de 1914 fue la primera que sentó la *exclusionary rule* o regla de exclusión, conforme a la cual una prueba ilegalmente obtenida –se trata de un registro policial sin autorización

judicial— no podía ser utilizada ni en sede policial ni por la acusación en juicio. Pero no era un principio trasladable a los Estados.

Por ejemplo, en «Betts v. Brady» (1942) el Tribunal Supremo había dicho que el derecho a la asistencia letrada de la VI Enmienda no era aplicable a los Estados. Todo esto empieza a cambiar con el Tribunal Warren, en la importantísima sentencia «Mapp v. Ohio» (1961) que anuló la doctrina de «Wolf v. Colorado» (1949) que establecía que la regla de exclusión no era aplicable a los Estados. En «Gideon v. Wainwright» (1963) el Tribunal Supremo por fin se apartó de «Betts v. Brady» (1942) y estableció la asistencia letrada y de justicia gratuita con carácter general en todos los Estados y además lo hizo de forma muy enérgica, dando a la sentencia carácter retroactivo, de forma que todo condenado que hubiese sido juzgado sin abogado tenía que ser juzgado nuevamente o puesto en libertad.

IV.II. *Comentario*

Téngase presente que en 1966 el activismo judicial del Tribunal Supremo está en pleno apogeo. El Chief Justice Warren considera que el Tribunal Supremo va ganando la batalla de la segregación racial, y el Presidente Johnson ha aprobado ya las leyes de derechos civiles. De manera que en 1964 todo está listo para dar los pasos definitivos. Continuando la tendencia liberal de «Mapp v. Ohio» (1961) y de «Gideon v. Wainwright» (1963), en «Escobedo v. Illinois» (1964) la Corte anuló una condena basada en una confesión policial realizada sin la presencia de abogado (pese a que el condenado lo reclamó insistentemente), y finalmente en «Miranda v. Arizona» (1966) el Tribunal Supremo hizo doctrina legislativa en el sentido de que estableció con suma precisión cómo tenían que comportarse la policía o el fiscal cuando interrogasen a un detenido: toda actuación llevada a cabo sin que el detenido fuese plena y absolutamente consciente de sus derechos a no declarar contra sí mismo (guardando silencio) y a la asistencia de un abogado sería inválida como prueba. También se debía informar a la persona detenida de que todo cuanto dijese podía ser utilizado como prueba en su contra”⁵.

V. LA GARANTÍA CONTRA LA AUTOINCRIMINACIÓN—CONCEPTO-MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL-ALCANCES

V.I. *Concepto*

Toda persona sospechada de la comisión de un delito tiene constitucionalmente garantizado el derecho de no inculparse de manera alguna. En su artículo

5 Warren, Earl y Corte Suprema de Los Estados Unidos, *Informes: Miranda v. Arizona*, 384 EE. UU. 436, [Periodical], 1965. Recuperado de la Biblioteca del Congreso. Disponible en: <https://www.loc.gov/item/usrep384436/>. La traducción del inglés del fallo y del comentario es propia.

18 nuestra Constitución nacional específicamente lo establece al declarar que «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo».

La fuente de esta norma es la enmienda quinta de la Constitución de los Estados Unidos de América⁶ que establece, en lo pertinente, que a ninguna persona «se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal»; entendiéndose por esto que: «1) una persona puede prestar declaración voluntariamente y tendrá que atenerse a las consecuencias de sus manifestaciones o confesión; 2) ninguna persona puede ser obligada a prestar declaración en calidad de imputada o procesada cuando se le achaca la comisión de un hecho delictivo; 3) si una persona se allana a prestar declaración voluntariamente puede abstenerse de declarar respecto de aquellos hechos, datos o circunstancias que se traduzcan en una autoincriminación; 4) la negativa a declarar no puede generar una presunción en contra de sus derechos». Y la enmienda sexta garantiza la asistencia de un abogado defensor.

La correcta interpretación del sentido y alcance de la norma constitucional de ese país la ha fijado, entonces, su máximo tribunal de justicia en el mencionado precedente «Miranda v. Arizona» –384 U.S. 436, 444 (1966)–, cuando estableció con detenimiento y especificidad de qué manera debe la autoridad tratar las comunicaciones del y con el ciudadano bajo su custodia. «El interrogatorio bajo custodia» se refiere al interrogatorio iniciado por la policía luego de que la persona ha sido puesta bajo custodia o ha sido privada de su libertad de alguna manera importante:

La persona detenida debe ser informada claramente, antes del interrogatorio, de que tiene derecho a guardar silencio y de que cualquier cosa que diga será utilizada en su contra en los tribunales; se le debe informar claramente que tiene derecho a consultar con un abogado y a que éste le acompañe durante el interrogatorio y que, si es indigente, se le nombrará un abogado para que lo represente. El imputado puede renunciar a su derecho a mantener el silencio y al derecho a tener un defensor presente, pero debe hacer tal renuncia voluntariamente, con conocimiento, e inteligentemente. Si la persona indica de cualquier manera y en cualquier etapa del proceso que le gustaría consultar con un defensor, no debe realizarse el interrogatorio. Aunque la persona hubiera ofrecido voluntariamente realizar algunas declaraciones eso no la priva del derecho a negarse a responder a más preguntas hasta que haya consultado con un defensor. Para proteger el privilegio de la quinta enmienda, la persona detenida para ser interrogada debe ser claramente informada de su derecho a consultar con un defensor y de su derecho de tener un defensor presente durante el interrogatorio. Si el interrogatorio continúa sin la presencia de un defensor y se obtiene una declaración, el estado

6 Disponible en: https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf

tiene una carga pesada de probar que el imputado renunció con conocimiento e inteligentemente a su privilegio contra la autoincriminación y su derecho a un defensor. Sin embargo, cualquier declaración ofrecida sin influencias compulsivas es admisible, ya que la quinta enmienda no prohíbe declaraciones voluntarias [la traducción y el subrayado son propios].

El derecho a no incurrir en autoincriminación es la potestad legítima que tiene toda persona para negarse a responder:

... cualquier pregunta cuya contestación pueda ser usada contra él en un proceso penal o que permita por ella descubrir una prueba contra él que dé lugar a un procesamiento, o bien a una confirmación de éste, o a una sentencia condenatoria⁷.

Se trata de una garantía que, como consecuencia de las interpretaciones jurisprudencial y doctrinarias imperantes, se aplica en materia penal con el fin de proteger al individuo frente a toda injerencia externa que interfiera con el más amplio ejercicio del derecho a la comunicación en el modo que entienda pertinente y adecuado a sus derechos. Su propósito radica en la necesidad de otorgarle la más amplia y eficaz protección posible para el ejercicio pleno de su libertad dentro de las restricciones obvias que implican toda persecución penal, lo que significa que una persona no puede ser compelida a declarar contra sí misma, cualquiera sea el medio utilizado a tal fin, y también que su negativa a prestar declaración no podrá ser considerada como una prueba o presunción en su contra⁸. [El subrayado se agrega].

Es claro que la garantía no prohíbe la autoincriminación, por lo que no opera sobre el contenido de la declaración o comunicación, sino sobre la libertad del sujeto a la hora de emitirlas, de manera tal que sea posible verificar que sean producto de su más plena autonomía debidamente informada.

V.II. *Marco constitucional y legal*

Con fórmulas similares contemplan la misma garantía, además del ya citado artículo 18 constitucional, los instrumentos internacionales incorporados en el inciso 22 del artículo 75. Concretamente, la Convención Americana de Derechos Humanos, al determinar que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a declararse culpable» –art. 8.2. g)– y que la confesión del inculcado solamente es válida si es realizada sin coacción de ninguna naturaleza –art. 8.3–, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.3. g. describe en forma similar a la garantía: «toda

7 Spolansky, Norberto, “Estafa por omisión y nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, *Jurisprudencia Argentina*, 1980, Tomo III, p. 538.

8 Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley, 2ª edición actualizada y ampliada, 2006, Tomo II, Capítulo X, Las garantías constitucionales, Declaración contra sí mismo, p. 1151.

persona inculpada de delito tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a declararse culpable». Previamente, el instrumento garantiza la asistencia letrada en la misma norma:

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Por su parte, el canon octavo de las Reglas de Mallorca⁹ –reuniones del 23, 24 y 25 de noviembre de 1990; 3, 4 y 5 de mayo de 1991; 5, 6, 7 y 8 de setiembre de 1991 y 14, 15 y 16 de febrero de 1992–, establece lo siguiente: «1) La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con la asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo». En el noveno, inciso 1) se determina que el imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenaza, engaño, recompensa u otro medio de efecto semejante, e incluso contempla sanciones disciplinarias y penales contra los funcionarios que quebranten el principio, indicando que las legislaciones nacionales deberán preverlas (inciso 2.) La sanción procesal contra la obtención de pruebas en violación a dichas previsiones es su inutilización –canon décimo–.

La legislación procesal federal de nuestro país garantiza el derecho al silencio expresamente en los artículos 184 inciso 10, 197, 296, 298 y 299 del CPPN¹⁰.

9 Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal. Disponible en <http://cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>.

10 Art. 184. - Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: (...)10. No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1 y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento –art. 104 derecho a designar abogado de confianza o a la asistencia del defensor oficial–.

Art. 197. En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciere o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 107. El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294 bajo pena de nulidad de los mismos.

V.III. Alcances

En nuestro ámbito, esta garantía de raigambre constitucional ha estado vinculada tradicionalmente a una etapa particular del procedimiento penal, concretamente, a la judicial, es decir, cuando el sumario policial se ha judicializado, luego de la elevación correspondiente realizada por las fuerzas de seguridad preventoras en el hecho ilícito – art. 186 del CPPN¹¹–, transformándose así en «causa» y, específicamente en el acto de imposición de la imputación en el marco de la legitimación pasiva –art. 294 íb.¹²–.

Efectivamente, a la clásica división del proceso en las dos etapas, de instrucción –etapa de cesura al finalizarla, algunos la consideran como una más– y de juicio, podemos identificar una previa, que es la cumplida por las fuerzas de seguridad, en función represiva e investigativa del hecho denunciado o cometido en flagrancia, y plasmada en las actuaciones que conforman el denominado «sumario de prevención». Esta actividad se encuentra regulada en el Libro I-Capítulo II-arts. 183 a 186 del Código Procesal Penal de la Nación, normas que las facultan

Art. 296. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda

Art. 298. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad. Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo.

Art. 299. Si el imputado no se opusiere a declarar, el juez lo invitará a manifestar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos y a indicar las pruebas que estime oportunas. Salvo que aquél prefiera dictar su declaración, se le hará constar fielmente; en lo posible, con sus mismas palabras.

Después de esto el juez podrá formular al indagado las preguntas que estime convenientes, en forma clara y precisa, nunca capciosa o sugestiva. El declarante podrá dictar las respuestas, que no serán instadas perentoriamente.

11 Art. 186. Los encargados de la prevención comunicarán inmediatamente al juez competente y al fiscal la iniciación de actuaciones de prevención. Bajo la dirección del juez o del fiscal, según correspondiere, y en carácter de auxiliares judiciales, formarán las actuaciones de prevención (...). Las actuaciones de prevención deberán practicarse dentro del término de cinco días, prorrogables por otros cinco días previa autorización del juez o fiscal, según corresponda, sin perjuicio de que posteriormente se practiquen actuaciones complementarias con aquellas diligencias que quedaren pendientes.

12 Art. 294. Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor.

a realizar la pesquisa preliminar de los hechos que llegan a su conocimiento, con inmediata intervención jurisdiccional – art. 186 CPPN–.

Con el transcurso de los años, este marco de intensa dependencia de las directivas de los jueces y fiscales en todo lo relativo a la función perquisitiva ha ido calando hondo en forma progresiva al interior de las fuerzas, y se cristalizó en la formación teórica y en la dinámica práctica, bajo este paradigma de funcionamiento, hasta incorporarse definitivamente en su conformación profesional, al punto de que sus integrantes conciben su función solo de esta manera.

La explicación viene de la mano de la detracción de la función investigativa autónoma, a partir del dictado del Código Levene –Ley 23984–, que ostentaba la instancia policial. Sin intenciones de ingresar aquí al estudio de las razones de esta situación –quizás las derivaciones indeseadas de su ejercicio en el pasado hayan contribuido o más bien determinado ello–, anotaremos solamente que se trata de una cuestión que bien vale una investigación específica, entre otros motivos, porque la función investigativa es esencialmente de naturaleza policial, y no suele entenderse de esta manera, ya que se cargan siempre sobre el juez las críticas relativas a los resultados de las investigaciones penales.

Lógicamente, este estado de cosas no ha evolucionado sin tensiones. Se ha modificado el artículo 184 del CPPN y ha sido sustituido por el artículo 1 de la Ley 25434 (B.O. 19/6/2001) que es el que exhibe actual redacción¹³ y, en lo que nos interesa, incorpora dos nuevos incisos que ratifican (o «blanquean») la praxis aquí cuestionada, y la dotan de legalidad. En efecto, antes del ya citado inciso 10, la modificación legislativa incorpora otra facultad policial, bajo el 9, según la cual:

En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del artículo 285, [las fuerzas del orden pueden] requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso.

En este supuesto, ni siquiera se regula la forma de esta «declaración», peor aún, como bien dice el Senador Yoma en la discusión de la ley, se permite

13 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 13º Reunión de la 6º Sesión Ordinaria, Mayo 30 de 2011, Período 119º y Diario de Sesiones de la 38º Reunión, 10º Sesión Ordinaria del 13 de junio de 2001 de la Cámara de Senadores de la Nación, de la que surge el debate precisamente entre la posición mayoritaria que fundamenta la ampliación de facultades policiales en los efectos beneficiosos sobre el combate de la delincuencia y la minoritaria que lo refuta, aunque en forma general, sin detenerse demasiado en cada dispositivo, con excepción del Senador Yoma. Él realiza un repaso de cada norma y cuando llega a la del inciso 9º manifiesta su disconformidad a que no se documenten los dichos de los “testigos” entrevistados por el personal policial –luego precisa que el precepto efectivamente se refiere al “sospechoso”– aunque sin advertir el problema de la omisión de la previa lectura de derechos.

incorporar, por declaración testimonial, lo que alguien –en realidad no cualquiera, sino precisamente el representante de la agencia estatal represiva que se encuentra interesado específicamente en el resultado de la investigación: la policía– dice que el «sospechoso» dijo, con un agregado veladamente «culposo» e igualmente irreal: «Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso».

En primer lugar, porque aun cuando no pueda ser «documentada» ingresará a través de la declaración del personal policial, que no es otra cosa que una documentación de lo ocurrido en una declaración testimonial y, en segundo, porque su eventual valor probatorio no depende de la voluntad del legislador, sino del juez a quien incumbe realizarla y, en cualquier caso, ¿para qué otorgar una facultad que no puede documentarse y que tampoco tiene valor alguno en el proceso? La razón es, de nuevo, la que se persigue «realmente», aunque se pretenda enmascararla con circunloquios de contradictorios y absurdos postulados que terminan revelando tal «real» finalidad: sí se «documenta» en el modo antes indicado y sí tiene valor en el proceso. Justamente ese valor es el que proporciona la explicación de lo ocurrido y que le da razón de ser al interrogatorio: obtener «noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones».

He aquí una muestra acabada del vano intento de presentar como «herramientas para la investigación» lo que no es otra cosa que el resultado del voluntarismo elevado a categoría legislativa, pretensión que la realidad implacablemente castiga evidenciando la condición absurda de su formulación, puesto que en la misma sentencia se garantiza la *no* incorporación y el *nulo* valor probatorio de informaciones que, sin embargo, juzga *relevantes* para orientar la investigación.

Y el dislate no termina aquí, pues seguidamente se incorpora otro inciso en el que se prohíbe lo que se autorizó en el anterior:

10. No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1 y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento.

En consecuencia, en una situación de flagrancia delictiva, a fin de requerir de quien se sospecha autor de un delito informaciones relevantes para continuar la investigación, en su contra, no se precisa ninguna formalidad. Sin embargo, para preguntarle su identidad deben leerse sus derechos de acuerdo a las mismas normas que regulan tal advertencia en forma previa a una declaración indagatoria que solo puede prestarse ante el juez.

Más allá de estas incongruencias, no corresponde aprovecharlas para realizar disquisiciones entre supuestos idénticos, como «formulación de preguntas», «entrevista informal» y/o «recepción de declaración», como pretende alguna jurisprudencia para fundar una suerte de reducción de importancia entre uno y otro acto que autorizaría a diferenciar el nivel de la tutela constitucional, puesto que bien puede concluirse que siempre que la autoridad policial se dirige a un ciudadano en el marco de una investigación penal le está recibiendo declaración (o entrevistándolo o formulándole preguntas, no hay diferencia cualitativa alguna) y siempre, por eso mismo, debe advertirle las consecuencias legales de ese acto¹⁴.

VI. LA DOCTRINA DE LA VALIDEZ DE LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS O REQUERIDAS SIN CONSENTIMIENTO INFORMADO

Como expusimos en el último párrafo del punto I del presente, los límites reglamentariamente impuestos para este trabajo obligan a citar los que consideramos principales o fundamentales argumentos que construyen y resumen la cuasi unánime postura que valida toda información aportada al Estado por el sospechoso, imputado o sindicado de ser autor de un delito, aun sin la previa instrucción acerca de las consecuencias legales que le sobrevendrán en un proceso penal por los efectos de tal aporte.

En esta línea, para esta doctrina, siempre y cuando la persona detenida o demorada por la autoridad policial en la vía pública aporte información autoincriminatoria, ya sea en forma «espontánea» o contestando requerimientos expresos o tácitos (miradas inquisitivas, actitudes, etc.) en forma «libre», entendido este estado como opuesto a una situación de violencia física o moral –coacción o engaño–, no se verifica cuestionamiento constitucional alguno. Así se ha pronunciado el máximo tribunal del país y en forma concordante los inferiores.

En el precedente de Fallos 315:2505 «Cabral» la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció:

14 Como se esfuerza vanamente la jurisprudencia en validar, con infructuosos resultados evidenciados en esfuerzos argumentativos que se revelan ilógicos o directamente contrarios al propio texto de la ley, cuando afirma que el recordado inciso 9º refiere a “declaraciones espontáneas” del sospechoso: “lo que el art. 184 del C.P.P. pretende es evitar por parte de la prevención policial que ésta recepte una declaración indagatoria al detenido, pero no que ignore las manifestaciones que espontáneamente le acerque quienes se encuentren inmersos en un procedimiento ajustado a derecho...” (*causa N 19.577, “Van Schaik, Eduardo”, del 23/10/02. Sala II. de la Cámara Nacional de Casación Penal*); cuando en realidad el precepto autoriza a la policía a requerir del sospechoso noticias e indicaciones, lo que ciertamente implica algo más y muy distinto que reproducir una manifestación espontáneamente emitida y nada dice acerca de presuntas declaraciones indagatorias. Por lo demás, nadie pretende que el Estado ignore nada (crítica frecuente a la censura como la que aquí se formula), sino que la información obtenida de la comunicación de un sospechoso de haber cometido un delito no lo sea al margen de la Constitución nacional si se pretende luego hacerla valer en su contra en un proceso penal.

Si el procedimiento no se originó en una declaración alcanzada por el art. 316 CPMP -que establece la carencia de valor probatorio de las confesiones realizadas ante autoridad policial- sino en un dato aportado por el imputado al personal preventor que lo conducía hacia la comisaría, la mera comunicación de ese dato, en la medida que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación¹⁵.

Doctrina reiterada en «Schettini» (13/09/94) en el que la Corte determinó:

La mera comunicación de un dato, en la medida que no sea el producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a concluir en que la restricción procesal del art. 316 CPMP impide a los funcionarios investigar las pistas que pudiesen surgir de esa comunicación (considerando 4° de «Cabral», al que se remite la Corte).

Y fue aún más lejos, al establecer en el considerando 6° la validez de las pruebas obtenidas en virtud de manifestaciones efectuadas en sede policial, aunque luego desconocidas en sede judicial, siempre que fueran producto de «la libre voluntad del imputado»; y ello así, pese a que la ley entonces aplicable, artículo 316 inciso 1 del Código de Procedimientos en Materia Penal (Ley 2372) expresamente determinaba que solo se entiende por «confesión» a la exteriorizada ante el juez¹⁶.

En efecto, dice la Corte en el considerando 6 que de las circunstancias en que se recogieron las manifestaciones de Schettini en sede policial y que permitieron individualizar el domicilio del consorte, Jorge Llambay, se desprende que habían sido el producto de su libre voluntad, en cuanto se encontraba legalmente detenido ante la comprobación de un delito y el oficial de policía interviniente, al ser interrogado en sede judicial acerca del modo en que se había obtenido la información del domicilio del segundo, explicó que cuando detuvo a Schettini este refirió que habitualmente compraba cocaína a un tal Jorge, de quien suministró

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cabral, Agustín”, LL 1993-B-257, 14/10/92.

16 Las prácticas indeseadas desplegadas en la tarea de represión del delito han derivado en la curiosa convicción de que su erradicación se garantiza elevándolas a categoría legislativa. De esta manera, se legaliza lo que está mal con el pretexto de que así “se controla” (como también los ya aludidos incisos 9 y 10 del 184, CPPN). El efecto, claro, es todo lo contrario, en cuanto nunca lo que está mal puede transformarse en bueno a través de su normativización. Las sociedades sanas estigmatizan el mal, no lo legalizan. Parecería que esta lógica obedecería a una inconsciente aceptación de la propia inoperancia: como no se puede alcanzar la excelencia profesional de los operadores del sistema de prevención, represión y juzgamiento del delito, se legaliza su inoperancia/negligencia/corrupción, se naturalizan tales prácticas derivadas de alguna o todas estas características y luego se justifican judicialmente, en otras palabras, se normativiza (“normaliza”) el mal, se legaliza la infracción.

su dirección y si bien en sede judicial Schettini negó la pertenencia del envoltorio secuestrado y dijo no conocer a Llambay, no aportó elemento alguno que condujese a pensar en una comunicación formulada bajo coacción [el subrayado es propio]¹⁷.

También en la causa M.3710 XXXVIII «MINAGLIA, M.O.» Rta. 04/09/07, la Corte consideró admisible la incorporación al proceso de un «dato» obtenido «sin coacción» –y sin lectura de derechos–:

... la mera comunicación de un dato, en la medida en que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener (...) que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación¹⁸...

En cuanto a los tribunales inferiores, son numerosos los fallos que se pronuncian en la misma línea. Citaremos a modo ejemplificativo el de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en autos «Brajín, Alejandro D.» Expte. N° 33.414 del 11 de marzo de 2008, por cuanto incluye citas de similares conceptualizaciones originadas en otros tantos tribunales, incluso superiores, como la Cámara Nacional de Casación Penal.

Allí los jueces se remiten a un precedente anterior de la misma Sala¹⁹, en el que se estableció que «el art. 184, inc. 9, del digesto adjetivo... autoriza al funcionario policial a ‘requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones’» y validan el dispositivo:

... en la medida en que la actividad preventora autorizada por la ley en forma general en el art. 183 del ritual no puede desarrollarse ‘a ciegas o abstraída de la realidad’, lo que demuestra que la norma del art. 184, inc. 9, en todo caso autoriza una indagación simple, ‘lo necesaria para determinar precariamente la imputación y la persona del supuesto responsable’, respecto de la cual ‘es difícil suponer que no será documentada, al menos bajo la forma del interrogatorio del preventor –que estará obligado a exponer lo que se le confió–, hasta porque su actividad ulterior, adversamente, quedaría de otro modo inexplicada’ (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo I, pág. 474).

Luego autoriza el proceder del personal policial, ya que:

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Schettini, Alfredo y Llambay, Jorge”, Fallos 317:956, 13/9/94.

18 *Fallos*: 330:3801.

19 Causa N° 29907, “Marín Chavarría, Rosaura”, 11/9/06.

... en modo alguno se ha obtenido una “declaración” en los términos que trae el art. 184, inciso 10, del ritual, dispositivo que sí prevé la sanción de nulidad para los casos de inobservancia. En esa dirección, y en la inteligencia que de la cuestión asumiera la defensa particular, nótese que la norma alude al “sospechoso” (inciso 9) y no al “imputado” (inciso 10), término este último utilizado en numerosas ocasiones en el articulado del procedimiento y excluido en el dispositivo del inciso 9 (de esta Sala, causa N 27.802, «Barrionuevo, Walter», del 22/11/05).

Finaliza ratificando la validez de las comunicaciones entre sospechoso/imputado y personal policial:

Bajo tal perspectiva, se ha sostenido que “el simple diálogo del prevenido con el preventor no implica recibirle declaración [CNCP, Sala II, 15/3/95, causa 32/95, ‘Cardozo, L’]” (opus cit., tomo I, pág. 473). Sólo a mayor abundamiento ha sostenido esta Sala en su oportunidad, que “lo que el art. 184 del C.P.P. pretende es evitar por parte de la prevención policial que ésta recepte una declaración indagatoria al detenido, pero no que ignore las manifestaciones que espontáneamente le acerque quienes se encuentren inmersos en un procedimiento ajustado a derecho... (causa N° 19.577, «Van Schaik, Eduardo», del 23/10/02).

Claramente, se restringen los alcances de la prohibición constitucional en la interpretación de la norma.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA REGLA NEGATIVA DE VERIFICACIÓN Y LA DOCTRINA MIRANDA DE NECESARIA APLICACIÓN EN EL SISTEMA PENAL NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

La reseña aquí efectuada exhibe en toda su significación los ingentes esfuerzos por justificar lo injustificable, desde recursos a supuestas diferenciaciones entre roles que significan sustancialmente lo mismo, sospechoso/imputado, hasta el tipo y/o contexto en el que se produce la comunicación vedada –entrevista/manifestación “espontánea”/respuesta a pregunta, etc.–, claro que sin explicar solventemente en donde, en concreto, radicarían las diferencias conceptuales que se conjeturan y, lo fundamental, su incidencia en la mayor o menor protección constitucional que merece cada una.

El denominador común de los precedentes citados y los que se han pronunciado en forma análoga (y que por razones de espacio no podemos incluir aquí) es que supeditan la validez jurídica del contenido de la declaración o manifestación a las cuestiones formales antes indicadas y fundamentalmente a la «libertad» en la emisión, entendida esta como ausencia de vis moral o absoluta ejecutada por un tercero con poder para hacerlo en forma vinculante (básicamente, las fuerzas de seguridad). Y, esto es central, en ningún caso establecen como carga estatal verificar *positivamente* la efectiva existencia en el caso de tal «libertad», sino que se contentan con inferirla negativamente, esto es, por un lado, por la interpretación

realizada de la secuencia del hecho y, por otro, ante la ausencia de reclamo o negativa posterior del imputado en sede judicial –incluso los criterios más extremos desechan esta última, como vimos en «Schettini»–, instaurando lo que podríamos categorizar, en consecuencia, como la «regla negativa» de verificación.

Recién en el precedente «Fiorentino, Diego E.» –Fallos 306:1752– del 27/11/1984 con mayor claridad la Corte introduce restricciones a esta verdadera «regla negativa de verificación», de la efectiva libertad de la persona al momento de resignar derechos constitucionales frente al Estado, transformándola en positiva, al poner en cabeza de este último la constatación de tal libertad y los requisitos que debe observar para verificarla.

En el caso citado, se produjo esta sana inversión del responsable requerido de probar su observancia de la Constitución –y consecuente fiel cumplimiento del sentido profundo del juramento prestado al asumir la función jurisdiccional de observar y hacer observar la Constitución nacional en cuanto de él/ella dependa, aunque la formula sea distinta–, en el momento de proceder con un allanamiento sin orden judicial:

Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento –considerando 8° del voto el juez Enrique S. Petracchi, la negrita es propia–.

Este consentimiento informado es trasladable a cualquier situación de interrelación ciudadano-Estado en función represivo-delictual. Y si bien podríamos discutir la procedencia de una «invasión de privacidad» fuera de los taxativos supuestos legalmente establecidos en nuestro ordenamiento para hacerlo sin orden judicial en el marco de una causa regularmente instaurada como para justificar la elaboración de una doctrina judicial reguladora de lo que sería una nueva categoría, en tanto es función del legislador precisamente llevar adelante tal sistematización de todos los supuestos relevantes y los que no puedan ser regulados pues no deberían ser practicados; lo cierto es que aunque se pondere el esfuerzo por avanzar al respecto, la regla se asienta sobre una falacia, en tanto nunca un ciudadano inerme frente al poderío represivo estatal puede establecer una relación comunicativa libre, mucho menos cuando ese poderío se le enfrenta en una clara situación de sospecha inminente o cuando ya intervino en forma directa sobre él por suponerlo autor de un delito.

De esta manera, resulta materialmente imposible un consentimiento «libre» frente a una invasión de la privacidad domiciliaria, como así también personal, esto es, frente a un allanamiento sin orden judicial y sin los presupuestos legales autorizantes –arts. 227 del CPPN–, como ante una detención/demora en la vía

pública o en cualquier otro supuesto, porque en todas esas situaciones el marco resulta objetivamente opresivo/coactivo. El afectado se encuentra evidentemente «obligado»²⁰ a acatar las órdenes, actitudes, miradas (que son las que disparan las declaraciones supuestamente «espontáneas»), indicaciones o preguntas del agente estatal.

De allí, entonces, que siempre deba advertírsele, en forma clara, al ciudadano titular del derecho de exclusión de terceros respecto de toda interferencia contra su círculo de organización –dentro del cual solo él resulta competente para administrar su privacidad y libertad– previamente a cursarle, sugerirle, indicarle, insinuarle preguntas y/o a que diga cualquier cosa relacionada con aquellas garantías, y que tiene derecho a no franquear el ingreso a su domicilio si el agente no porta una orden firmada por un juez. Además, se le debe recordar que tiene derecho, en todo momento, a guardar silencio y que cualquier cosa que diga, tanto si fueran «noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones» –art. 184 inciso 9– o respuestas a «preguntas dirigidas para constatar su identidad» – art. 184 inciso 10–, será utilizada en su contra en los tribunales.

Se le debe informar claramente que tiene derecho a consultar con un abogado de su confianza y a que este lo acompañe durante el interrogatorio que se le quiera formular en esos momentos y que si no tiene uno o así lo elige, se le nombrará un abogado público oficial para que lo represente. De esta manera, consentimiento informado mediante, podrá el Estado incorporar al proceso penal lo que será una comunicación legalmente obtenida de un emisor que inteligentemente la ha brindado.

Y la forma en que esta fundamental garantía puede y debe cumplirse es por demás simple, se requiere solo una tarjetita preimpresa con la advertencia «Miranda», que todos los policías deberán llevar consigo, plastificada para evitar la rotura o borrado con el desgaste, así de fácil, como en las películas, como en el Estado de derecho.

20 Se entiende por “obligación” a toda situación que viene impuesta por las circunstancias: “obligado” “obligada”: Adjetivo 2. Que es inevitable porque viene impuesto por las circunstancias: “tras la obligada permanencia en el hospital, volvió a su país” (*Oxford Languages*, disponible en: <https://languages.oup.com/google-dictionary-es/>). De la misma manera: “obligado, da”, del part. de obligar; lat. obligtus. 1. adj. Dicho de una cosa: **De realización forzosa por imposición legal, moral, social, etc.** Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.8 en línea], <https://dle.rae.es> (la negrita es propia).

LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Treinta años después

Coordinadores

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ

LUCIANO DURRIEU



ALFONSO - ALONSO REGUEIRA - ALVADO - ÁLVAREZ ALONSO
BENCE PIERES - CARSEN NICOLA - CHACÓN - COLOMBANO
DOLABJIAN - DURRIEU - ETCHEVERRY - FLORES COLLAZO
FREEDMAN - GARCÍA - GASCUE - LÓPEZ ALFONSÍN - MARTÍNEZ
PENNELLA - REY - RIOS - RODRÍGUEZ - RUBIO - SPOTA - WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2025

MARTÍNEZ, LEANDRO ABEL

La Constitución reformada - Treinta años después / Leandro Abel Martínez;
Luciano Durrieu (Coord) 1a. edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :
Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad de Buenos Aires, 2025.

272 págs.; 23x16 cm.

Edición para Asociación de Docentes UBA, Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales

ISBN 978-987-46364-4-7

1. Derecho Constitucional. I. Durrieu, Luciano II. Título.

CDD 342.02

Edición:

Edición de estilo a cargo de la Lic. Clarisa Analía Vittoni

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina