

LEY 14632

EL SENADO Y LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, SANCIONAN CON FUERZA DE

LEY

ARTÍCULO 1º: Modifícase el artículo 233 bis de la Ley N° 11.922 (Código Procesal Penal):

“Artículo 233 bis: Declaración bajo reserva de identidad: Toda persona que desee aportar información o datos útiles para el esclarecimiento de un ilícito, podrá requerir al Fiscal declarar bajo estricta reserva de su identidad, cuando motivos fundados hicieren presumir un peligro cierto para su vida o integridad física.

Recibido el pedido, el Sr. Agente Fiscal deberá solicitar al Juez de Garantías, de modo fundado y teniendo presente el principio restrictivo de este instituto legal, que se le reciba declaración testimonial bajo reserva de identidad. El Juez de Garantías resolverá conforme lo establecido en el artículo 106, respecto de la pertinencia o no de la solicitud **y en su caso será éste quien le reciba la declaración al testigo bajo reserva de identidad, previo disponer su incorporación al programa de protección al testigo que estime corresponder.**

- **Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 832/14 de la presente Ley.**

Queda terminantemente prohibido a las fuerzas de seguridad recibir declaración testimonial a persona alguna en los términos de este artículo. La declaración recibida bajo reserva de identidad en la Investigación Penal Preparatoria, no podrá ser utilizada como único medio de prueba para fundar la condena del imputado.

En ningún caso podrá ser por si sola fundamento para la privación cautelar de la libertad personal.”

ARTÍCULO 2º: Incorpórase el artículo 233 ter a la Ley N° 11.922, que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 233 ter: Alcances y garantías del testigo bajo reserva de identidad. Habiéndose dispuesto la reserva de identidad, el Juez de Garantías confeccionará actuaciones complementarias en las que obren los datos personales del testigo los que quedarán bajo su guarda y custodia hasta la elevación a juicio.

En el expediente constará una certificación del actuario en la que luzcan las actuaciones complementarias con los dichos del testigo, mas no la identidad del mismo. **En el acto de la**

declaración deberá estar presente el Sr. Agente Fiscal y la Defensa técnica del imputado, de forma tal que no se vulnera el secreto de identidad en cuanto a sus datos y condiciones físicas del testigo, como asimismo se deberá garantizar el derecho a interrogar al testigo por todas las partes del proceso.

- **Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación n° 832/14 de la presente Ley.**

Se lo exime al testigo de responder todo interrogatorio que directa o indirectamente revele su identidad, el que antes de ser contestado se le informará al Juez de Garantías para que resuelva si ha de comprenderle al testigo la exención estipulada en el presente, en este caso el Juez puede obrar de oficio sin que sea necesaria la intervención del testigo y/o su defensa.

La reserva de identidad del testigo cesará en el debate oral, siempre y cuando conste el efectivo cumplimiento respecto del deponente del programa de protección al testigo al que se haya acogido a nivel provincial o nacional.

Si la Investigación Penal Preparatoria se cierra por sobreseimiento, las actuaciones complementarias se archivarán en forma separada del expediente principal con su debida correlación.”

ARTÍCULO 3°: Modifícase el inciso 8 del artículo 294 de la Ley N° 11.922 que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 294: Atribuciones. Los funcionarios de policía tendrán las siguientes atribuciones:

Inciso 8: Aprender a los presuntos autores y/o partícipes en los casos y formas que este código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurren los requisitos del artículo 152 por un término máximo de doce (12) horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.”

ARTÍCULO 4: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dada en la Sala de Sesiones de la Honorable Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, en la ciudad de La Plata, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil catorce.

Fundamentos de la

Ley 14632

Honorable Legislatura: Se somete a consideración de Vuestra Honorabilidad proyecto de ley tendiente a la modificación del Código de Procedimiento Penal

de nuestra Provincia, sancionado por Ley 11.922.

Esta Honorable Cámara de Senadores ha presentado un exhaustivo informe acerca del caso Candela Sol Rodríguez, luego de arduos meses de trabajo de investigación. Es nuestro deber como legisladores electos por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, elaborar leyes que contengan en su seno, la mejora de la calidad de vida, y el profundo respeto por los derechos humanos enmarcados en una política de seguridad democrática.

El modo en que se encuentra legislado el testigo de identidad reservada, permite la manipulación por parte de las fuerzas de seguridad y de agente fiscal de dicho instituto legal de una forma que vulnera derechos y garantías de raigambre constitucional como del derecho de defensa y el debido proceso (Artículos 18 de la Constitución Nacional, 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Ha quedado demostrado en los fundamentos obrantes en el informe de la Comisión Especial de Acompañamiento para el Esclarecimiento del Asesinato de Candela Sol Rodríguez; que las fuerzas de seguridad, amparadas por una deficiente conducción investigativa del Sr. agente fiscal, fueron quienes dispusieron cuales testigos declaraban bajo esta figura legal e incluso tuvieron conocimiento de los datos personales de los testigos, mientras que el juez de Garantías y los jueces de Cámara fueron ajenos a toda información respecto de los mismos.

De esta forma de las conclusiones y recomendaciones del informe emitido por esa comisión especial, surge la palmaria necesidad de reformar el actual articulado del 233 bis de nuestro código de rito.

Cabe destacar, que otra figura legal que coadyuvo a la irregular aplicación del artículo 233 bis citado, fue el instituto legal previsto en el artículo 56 de la Ley 12.061 que prevé la formación del legajo reservado por parte del Sr. agente fiscal, todas estas figuras se refieren a la reserva de datos e información a las partes y jueces en los expedientes judiciales (ya sea respecto de la identidad de las personas o en relación a ciertas medidas de prueba).

En este sentido, estas dos figuras legales (Artículo 233 bis del C.P.P. y el artículo 56 de la Ley 12.061) fueron duramente cuestionadas en cuanto a su aplicación en el fallo de la Excelentísima Cámara III de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial de Morón que intervino en el caso Candela.

En el fallo la Dra. Mingolo (jueza de Cámara), al referirse a la figura del testigo de identidad protegida expresó que: "...pareciera que dicha norma en la actualidad se ha quedado a mitad de camino...". Dando a entender que dicha deficiencia normativa dio lugar a la irregular aplicación del artículo 233 bis por parte del agente fiscal.

Este cuestionamiento fue revalidado a lo largo del informe producido por la comisión especial, como así también el preponderante y extralimitado rol de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en el primer tramo de la

investigación penal preparatoria “dirigida” por el fiscal Marcelo Tavolaro, siendo éste otro punto de advertencia, es decir el papel preponderante y propasado de la fuerza de seguridad en el expediente judicial.

Conforme a las necesidades planteadas en el informe del caso Candela manifestadas en los párrafos que preceden, resulta conveniente detallar algunas citas de la opinión de doctrinarios del derecho penal y jurisprudencia, en relación a la figura del testigo protegido o encubierto o reservado:

“...Pretender incorporar como prueba al proceso, elementos de naturaleza secreta, como los analizados, repugna a garantías de profunda raigambre constitucional, y bastiones esenciales de un Estado de Derecho que merezca llamarse tal, como son el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal...”.

“...No es posible otorgarle ninguna validez probatoria a los dichos de un testigo, cuya identidad se mantiene en reserva o secreto para el imputado y su defensor, ya que se los coloca en una clara situación de indefensión ante esa pretendida prueba, violándose de manera flagrante el principio de igualdad y la regla de contradicción que hacen a la esencia lógica y fundante del debido proceso.”

(Vélez, Julio C.; “Denuncia con reserva de identidad y testigo de identidad reservada...”, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/41/18>).

Es importante además, tomar en cuenta la reflexión del Dr. Sal Llargués: “...la defensa está condicionada por la acusación y que el Estado carga con la obligación de proveer lo medios que den seguridad a los testigos que razonablemente abriguen dudas respecto de las consecuencias de su aporte por la vía del programa de su protección o cualquiera otro recurso. El derecho de defensa no puede ser disponible sine die por el testigo que invoque las razones a que alude el artículo 59 inciso 2 del C.P.P. citado...” TCPBA, Sala I, causa Nro. 20.658 caratulada “C.,D.O.H.” 12-5-2011 (del voto del Dr. Sal Llargués en mayoría).

“...Como la reserva de “identidad” limita –o casi elimina- el ejercicio del imputado y su defensor a controlar la producción de prueba, en particular la facultad de interrogar o hacer interrogar al testigo, la aplicación del artículo 233 bis –y cualquier otra reserva de identidad- debe interpretarse en su interpretación y extensión en forma restrictiva (conf. Artículo 3 del CPP). Y porque conlleva una posible afectación de las Garantías del imputado, en la aplicación de este instituto debería intervenir y/o ser resuelta por el juez de Garantías...” “...Los pactos internacionales incorporados a nuestra constitución impiden que haya prueba de “cargo” sin contradictorio, es decir, sin la posibilidad del imputado o su defensor técnico de interrogar a los testigos...” (Aspectos Técnicos de la Figura del Testigo de Identidad Reservada. Trabajos doctrinarios y notas jurisprudenciales. Comentario a la ley 14.257: Funcionamiento y alcance práctico del testigo de identidad reservada en la provincia de Buenos Aires. Nota firmada por el Dr. Juan Fernando Gouvert).

En este orden de ideas, la Corte Nacional sostuvo que: “...El hecho de

que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la “imposibilidad” de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba” (CSJN, Fallos 329:5556, consid. 13.)

“...La reserva de identidad del testigo mantenida aún durante la audiencia oral, además de confrontar con una de las características definitorias de aquel vinculada a la contradicción, censura de manera insuperable una de los aspectos sustanciales del contralor del imputado basado en la credibilidad del testigo...” Conf. TCPBA, Sala III, 15347 RSD-1-9 S, carátula: G., G. s/ Recurso de Casación y su acumulada ca. 15413 “Skaldane, Carlos Alberto s/ Recurso de Casación, 3-2-2009, juez VIOLINI y 20658 RSD-402-11 S, carátula: C., D. s/ Recurso de Casación interpuesto por agente fiscal y acumulada causa Nro. 20665 12-5-2011, juez SAL LLARGUES (SD) 37 (TCPBA, sala III, RSD-529-6 S, carátula: S., R. s/ Recurso de Casación 10-10-2006, juez MAHIQUES (MI).

De este modo, del análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia citada precedentemente, surge que la figura del testigo de identidad reservada resulta de una aplicación restrictiva, resguardando en la mayor de las posibilidades el debido proceso.

En este sentido, del modo en que se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico la figura bajo análisis, se tornó susceptible de ser utilizada –ya sea por la autoridad policial y/o judicial- de un modo que violentarían derechos y garantías previsto en la Constitución Nacional y pactos internacionales incorporados en virtud del artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

En este sentido el artículo 31 de nuestra carta magna establece la jerarquía de las leyes y su aplicación, prescribiendo: “...esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859...”

En concordancia con el artículo 31 de la Constitución Nacional se cita el artículo 75 inciso 22 que establece:

“...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de

todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara...”

De esta forma queda más que claro que los pactos internacionales reconocidos y aprobados por nuestro Estado, tienen jerarquía constitucional y no pueden ser vulnerados por normativa legal de inferior rango conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución Nacional.

Así las cosas en el articulado correspondiente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 8. Garantías Judiciales

“...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:...(…)...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...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14:

“...1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los

testigos de cargo...”

De toda la doctrina, normativa y jurisprudencia citada precedentemente, surge la necesidad de modificar la actual redacción del artículo 233 bis, fundamentando las modificaciones en los principios y garantías del debido proceso, y la normativa internacional vigente.

En este orden de ideas, se estipula en la normativa objeto de esta reforma, el principio de aplicación restrictiva del instituto de testigo de identidad reservada, a los efectos de que su aplicación sea de modo excepcional, toda vez que existen mecanismos de protección al testigo vigente en la provincia de Buenos Aires, teniendo siempre presente que resulta necesario acreditar el peligro cierto en la vida e integridad física del declarante.

Conforme lo referido en el párrafo que precede, el artículo tres del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, establece la aplicación de este principio para toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona y/o limite el ejercicio de un derecho atribuido por esta normativa de forma.

Otra de las reformas del presente proyecto consiste en la fundamentación del pedido por parte del fiscal, como así también la motivación de la resolución del juez de garantías que dispone la reserva de identidad del testigo, conforme lo estipulado en el artículo 106 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, ello a los fines de dar suficientes argumentos del porqué de la adopción de dicho temperamento tanto a la defensa del imputado como a la víctima.

La necesidad de dar un fundamento o sustanciación mínima a la resolución que dispone la recepción a una persona de declaración testimonial bajo este régimen, radica en que con dicho instituto tiene como punto de contrapartida el derecho de defensa, por lo tanto si bien el fin de todo proceso es llegar a la verdad y esclarecimiento de los hechos, el mismo debe respetar las reglas del debido proceso y es sabido que en nuestro ordenamiento jurídico ritual toda medida que cercene o limite algún derecho y garantía de raigambre constitucional, debe ser adoptada por la autoridad judicial competente mediante una resolución, dando fundamento a la adopción de dicha medida, como ocurre con las órdenes de registro domiciliario, auto de detención, etc.

Continuando con este hilo argumental, se ha adoptado con la presente reforma, que sea el juez de garantías quien procure la reserva y custodia de los datos personales del testigo, analizando específicamente si al deponente le han de comprender las generalidades de la ley, y velando que no se violente ningún derecho tanto de la víctima como del imputado.

Asimismo se ha otorgado especial énfasis al principio de igualdad de las partes y de contradicción, permitiendo a la defensa del imputado como a la representación técnica de la víctima, el acceso a lo declarado por el testigo, como al derecho de interrogarlo.

En lo que respecta al testigo, se le otorga el derecho a reservar su identidad en cuanto a sus datos, como así mismo en relación a su aspecto

fisiológico, siempre y cuando de modo cierto emerja un peligro real y concreto en su vida e integridad física. En este sentido, si bien la reserva de identidad a los fines de no vulnerar el derecho de defensa cesa en el debate oral, el juez de garantías deberá procurar el efectivo cumplimiento de todos los derechos y condiciones de protección que los programas provinciales o nacionales le otorgan a esta clase de testigos.

Esta propuesta enviada a vuestra consideración, viene a dar respuestas a graves problemas de constitucionalidad. Tal como está formulado, la Ley 11.922 resulta inconstitucional y contrario a las obligaciones internacionales que la Argentina asumió al ratificar los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, la alarma no se reduce únicamente a la discusión constitucional, sino también a la orientación político criminal por la que se ha optado. Esta ley resulta contraria a la conformación de una justicia penal más democrática, igualitaria y eficiente para dar respuestas a los conflictos que llegan a su consideración.

En otro orden de ideas y girando el análisis a la redacción original del artículo 294 de la Ley 11.922, cabe destacar que la referida normativa, se enmarca en los discursos que procuran resolver las demandas sociales de seguridad a través del endurecimiento del sistema penal. Tal como se ha hecho en otras oportunidades en la provincia (con resultados desastrosos) se pretende echar mano de las políticas de “mano dura frente a la delincuencia” como única estrategia de intervención.

Además, al mismo tiempo que este tipo de propuestas pretenden funcionar como atajos mágicos para resolver problemas sociales muy graves, se profundiza y generaliza una mirada de lo judicial que refuerza la reproducción de lógicas de funcionamiento que han llevado a la crisis judicial actual, y que en lugar de colocar al Poder Judicial en el lugar de representar un espacio de protección y aplicación de derechos, lo convierte en el verdugo de las políticas represivas.

El segundo párrafo del inciso 8 faculta a la fuerza de seguridad a requerir al presunto imputado de un hecho delictivo en las inmediaciones del lugar de los acontecimientos, informaciones útiles a los fines de la inmediata prosecución de la investigación sin que esta sea documentada y sin valides para el debate oral. Cabe destacar que el segundo párrafo del inciso 8 del artículo 294 sub examine, le otorga la potestad a la fuerza de seguridad, de disponer la incomunicación del “presunto culpable”.

De esta forma la normativa citada precedentemente describe el ámbito de su aplicación, esto es:

1. Hipotética situación de incomunicación del imputado.
2. Restricción a su libertad ambulatoria.
3. Ausencia total de defensa técnica del presunto imputado.

En este contexto legal, que mucha veces dista drásticamente de la

realidad, la cual es más aguda y compleja, la fuerza de seguridad está autorizada por imperativo legal para requerirle información al presunto imputado el que se encuentra en estado de indefensión, información que no constará en el expediente y la que no servirá para el debate.

De esta forma resulta necesario plantear la legalidad de una norma que le permite a una fuerza de seguridad investigar sin que dichas constancias obren en el expediente, el mismo ordenamiento procesal está autorizando a la prevención policial a realizar ciertos actos de pesquisa sin que estos consten en el iter del proceso.

La pregunta emerge más que evidente: ¿qué valor jurídico tiene todo elemento probatorio que no se encuentre documentado en el expediente? y; ¿qué licitud posee dicho accionar que no goza de control judicial toda vez la ausencia de documentación?, como así también corresponde poner en duda la validez de toda la prueba derivada de dicho accionar no documentado.

No resulta de modo alguno ajustado a derecho y correspondiente a los principios del debido proceso, que una ley de procedimiento autorice a la fuerza de seguridad a actuar en una investigación judicial, cualquiera sea su estado sin que se constate dicho accionar por cualquier medio de prueba, para el caso, mediante la confección del acta correspondiente; concerniéndole al Poder Judicial resolver sobre la licitud o ilicitud de dicho elemento probatorio.

Se vuelve a insistir, no es ajustado a derecho que nuestro ordenamiento procesal penal permita todo tipo de accionar en un proceso sin constancia en el expediente, sencillamente porque se estaría autorizando un accionar clandestino y en total ausencia de control judicial. (Artículos 10 y 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; artículo 18 de la Constitución Nacional, artículo 8 Pacto San José de Costa Rica y artículo 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme lo normado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional)

Por todo lo expuesto, solicitamos a los legisladores presentes, acompañen esta ley.