



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

Inconstitucionalidad de la prisión preventiva.

Plantear el camino hacia la abolición de la misma.

Tesis presentada para cumplir con los requisitos

finales para la obtención del título de abogado

Autor: Mariano Marcos Marzari

Tutor: Prof. María Eugenia Cantarero

Prof. Ana Porta

Mayo de 2010

RESUMEN

El objetivo de la investigación ha sido plantear la inconstitucionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar. De esta manera se buscó una modalidad alternativa que respete las garantías reconocidas al imputado. Con esta tesis, se pudo conocer en detalle el instituto de prisión preventiva, se logró determinar el impacto negativo de esta medida en el imputado y la consecuente necesidad de aplicar una alternativa distinta, que sea menos perjudicial, tal como lo ofrece la caución, una medida más justa que el encierro anticipado.

La prisión no debe ser la regla si no que es excepcional y se debe aplicar cuando no haya otra vía o remedio procesal menos gravoso. Por lo tanto no solo es deber del Estado priorizar reformas para lograr evitar la prisión preventiva para no menoscabar la condición humana de quien se encuentra sometido a proceso, si no también de jerarquizar las normas constitucionales sobre las procesales, no utilizando al instituto como medida de política criminal. Entendido esto, las normas procesales en materia de prisión preventiva deben ser declaradas inconstitucionales por ser una ofensa y estar en contradicción con lo dispuesto por Constitución en lo referido a los derechos y garantías que tutelan la libertad durante el proceso y la presunción de inocencia hasta que una sentencia definitiva declare su culpabilidad.

SUMMARY

Constitutionality of custody (before conviction).

The objective of the investigation has been to present the legality of custody before conviction as a precautionary measure. In this way a logical alternative can be sought based on the provision of guarantees. This option should take into consideration the possible negative effect of custody and the consequent need to apply an alternative that is less damaging but just effective as confinement as a precautionary measure.

Prison should not be the rule except in exceptional cases and should apply only when there is not another more cost effective legal remedy. Therefore not only is it the State's duty to prioritise reforms that avoid custody in cases that may harm the human condition of those submitted to it, but also to prioritise constitutional norms in the legal and criminal processes. It is understood that legal norms in matters of custody should be declared unconstitutional as being an offence when the above-mentioned rights and guarantees protect the liberty during the process and protect the presumption of innocence before a finding of guilt.

INDICE GENERAL

Introducción.....1

CAPITULO PRIMERO.....4

LIBERTAD PERSONAL

1. Concepto y características
2. Antecedentes
3. Principios del procedimiento penal y libertad de las personas
4. Sustento constitucional

CAPITULO SEGUNDO.....16

COERCION PERSONAL Y AFECTACION DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

5. Consideraciones y concepto de coerción personal
6. Imposibilidad de prisión preventiva a título de sanción anticipada
7. Interpretación restrictiva de las medidas de coerción
8. Resarcimiento de la prisión preventiva indebida
9. Principio de inocencia
10. Principio de proporcionalidad
11. "Favor Libertatis"

12. "Pro Homine"

CAPITULO TERCERO.....30

**CRITERIO QUE RIGEN LA LIBERTAD DURANTE EL
PROCESO PENAL**

13. Criterios objetivos

14. Criterios subjetivos

15. Defensa en juicio e imparcialidad

16. Igualdad ante la ley y el principio de legalidad

17. Doble punición

18. Retribución penal

CAPITULO CUARTO.....39

LA PRISION PREVENTIVA

19. Legislación

20. Límites

21. Excepcionalidad

22. "Ultima Ratio"

23. Principio de necesidad

24. Provisionalidad

25. Legalidad

26. Tiempo de detención provisional

27. El problema de su ejecución

28. Doctrina y jurisprudencia

- 29. Pena anticipada
- 30. Prisión preventiva como elemento de control social
- 31. Entorpecimiento de la investigación. Críticas a esta causal
- 32. Evolución en la doctrina de la Corte Suprema

CAPITULO QUINTO.....69

**EL PROCESADO, PRISION PREVENTIVA Y PERSONAL
PENITENCIARIO**

- 33. El procesado como víctima de delitos y conductas antisociales
- 34. Violencia y fuga del procesado
- 35. Su permanencia en prisión
- 36. Las consecuencias que trae el encierro en la persona del imputado
- 37. Naciones Unidas y normas en materia de prisión preventiva
- 38. Reflexiones en torno a la prisión preventiva como variable de ajuste de la seguridad y la excarcelación. Casos

CAPITULO SEXTO..... 79

EXENCION DE PRISION Y EXCARCELACION

- 39. Definición de eximición de prisión
- 40. El derecho de defensa en juicio relacionado con la exención de prisión
- 41. Procedibilidad
- 42. Definición de excarcelación
- 43. Excarcelación y el imputado
- 44. Fin de la prisión preventiva
- 45. Falta de merito y prisión domiciliaria

CAPITULO SEPTIMO..... 89

RECURSOS

- 46. Concepto y características
- 47. Recurso de apelación
- 48. Recurso de casación
- 49. Recurso extraordinario federal

CAPITULO OCTAVO..... 96

**LA CAUCION COMO MEDIDA ALTERNATIVA Y
SUSTITUTIVA DE LA PRISION PREVENTIVA**

- 50. Características
- 51. Finalidad
- 52. El imputado y su deber de cumplir
- 53. Modalidades

CAPITULO NOVENO..... 102

- 54. Conclusiones
-Anexo
-Bibliografía

INTRODUCCION

El propósito de esta investigación fue plantear la inconstitucionalidad de la prisión preventiva como medida cautelar en perjuicio del imputado, restringiendo así el bien más preciado como lo es la libertad ambulatoria, protegida por nuestra Constitución Nacional. De esta manera se buscó una modalidad alternativa a esta medida cautelar tan discutida como rechazada, que respete no solo los derechos fundamentales del ser humano sino también las garantías reconocidas al imputado.

A lo largo de este trabajo se abordó una metodología de investigación de tipo descriptivo. Con ello se apuntó a hacer una exposición del fenómeno prisión preventiva, mediante la determinación de sus rasgos generales y el consecuente análisis de los mismos.

A modo de anticipo, con esta tesis, se pudo conocer en detalle el instituto de la prisión preventiva y su aplicación por parte del Poder Judicial. Se logró determinar el impacto negativo de esta medida en el imputado y la consecuente necesidad de aplicar una alternativa distinta, que sea menos perjudicial para quien la padece, tal como lo ofrece la caución, una medida quizá más efectiva, equilibrada y justa que el encierro anticipado.

El término "prisión preventiva", deriva del latín "prehensio onis" que significa detención y hace alusión a una medida cautelar de carácter

personal que afecta el derecho de libertad durante un lapso más o menos prolongado, la cual procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar los objetivos del procedimiento legal.

Su origen no es nuevo, se remonta a épocas romanas, influidas posteriormente por el derecho canónico y germánico, teniendo como objetivo que las personas que eran atrapadas sospechadas de la comisión de un delito quedaran encerradas durante su proceso. Desde una perspectiva judicial actual, para el encierro del individuo se debe tener en cuenta que, el delito imputado sea de pena privativa de libertad de más de 2 años, exista peligro de eludir la acción de la justicia, exista peligro de fuga, los antecedentes penales del imputado. De esta manera para que proceda el encarcelamiento preventivo se exige la valoración de criterios objetivos, y así lo entendió la doctrina y la jurisprudencia (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V en autos, " Chabán, Omar" s/excarcelación- res. Del 13/5/05), considerando a esta medida cautelar como excepcional y ello conlleva a que el individuo se mantenga en un verdadero estado de inocencia y con ello no se lo presume culpable antes del juicio.

Muchas veces resulta necesario restringir la libertad personal del imputado, ya que de esa forma se garantiza al órgano judicial y a sus funcionarios una eficaz investigación del hecho ilícito, siempre y cuando no desvirtúe la aplicación del derecho positivo. Esta medida cautelar es pura y exclusivamente procesal, no pudiendo interpretarse como un anticipo de condena. Procederá no sólo cuando sea indispensable para esclarecer delitos sino también para garantizar el éxito del procedimiento penal, por lo tanto la prisión no debe ser la regla si no que es excepcional y

se debe aplicar cuando no haya otra vía o remedio procesal menos gravoso.

Mucho se ha discutido si esta medida de tipo cautelar es constitucional o no, por lo tanto la corriente doctrinaria de corte procesalista opina que esta medida es un elemento indispensable que forma parte del proceso con el fin de garantizar la verdad, la paz, afianzar la justicia y llegar a una sentencia justa. Para esta corriente no se viola el principio de inocencia porque no se aplica como pena si no como un remedio para garantizar el cumplimiento del proceso.

La otra corriente, de corte sustantivista, opina que es siempre inconstitucional ya que parte del artículo 18 de la Constitución, que dice que nadie puede ser declarado culpable ni penado sin juicio previo, por lo tanto si no hay sentencia que declare la culpabilidad del individuo no pueden aplicarse medidas punitivas por ser una etapa donde su estado es el de inocencia. Estos son los lineamientos seguidos por la Constitución Nacional, por ello es la más acertada.

La prensa y la sociedad, luego de un acto delictivo, buscan rápidamente a un presunto culpable, más que a un inocente que debe ser juzgado. Ello es así ya que la esencia del "espectáculo" requiere de papeles de buenos y malos con una pronta solución al conflicto planteado, pasando los jueces a ser vistos como buenos o malos de acuerdo a la resolución que planteen. En caso de aplicar condena preventiva mediática al presunto culpable el juez pasa a tener el papel de bueno, en caso de que ocurra lo contrario el papel de malo es inminente.

CAPITULO PRIMERO

Libertad Personal

1.Introducción.- Concepto y características.- La libertad personal es el derecho innato que tiene el ser humano para pensar, querer, sentir, actuar y realizar lo que su voluntad dicte, siempre encarrilado dentro de los límites que la propia ley impone para el resguardo de una convivencia social en armonía. Se ha dicho que la libertad es un derecho y una facultad que tiene todo ser humano de hacer todo lo que las leyes permiten.

Antiguamente la libertad era un escudo contra la tiranía de los gobernantes. Se tenía entonces al poder de los gobiernos como un poder necesario pero altamente peligroso. Consecuencia de ello un buen método para protegerse fue establecer frenos constitucionales, mediante los cuales el consentimiento del pueblo era condición fundamental y necesaria para ciertos actos de los gobernantes.

“ No cabe duda que cuando un estado tiene la forma democrática se empeña en positivizar constitucionalmente a la libertad”¹. Así fue como los hombres dejaron de considerar al gobierno como un poder perpetuo, para

¹ Clariá Olmedo, Jorge, Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad procesal del imputado, LL,155-1177.

pasar a verlo como poder delegado, consiguiendo de esta manera que no se abusaría jamás de los poderes conferidos.

La libertad es un derecho fundamental de todo imputado que tiene como deber para el juez de mantenerla o concederla cuando reúna los requisitos para ella exigidos, es decir que el magistrado va a analizar un derecho Constitucional con lo cual su afectación debe ser excepcional, de interpretación restrictiva y en los casos extremadamente necesarios para esclarecer el hecho delictivo supuesto.

De esta manera se le ha otorgado a la libertad personal en el ámbito civil los siguientes caracteres:

*Son innatos, ello quiere decir se adquieren con el nacimiento, son vitalicios, puesto que duran toda la vida, son inalienables, porque no están en el comercio jurídico, son imprescriptibles, porque no se adquieren ni se pierden por el transcurso del tiempo, y por ultimo son absolutos, ya que se pueden oponer erga omnes.*²

Sin lugar a dudas la libertad personal constituye la fuente primordial de todo estado de derecho de corte constitucionalista.

Este derecho tiene por objeto la protección del bien más preciado de todo individuo. La constitución de 1853, se consideró un punto clave en la

² Borda, Guillermo. Manual de derecho civil, Parte General, Buenos Aires, Perrot, 1996.

historia de la lucha del ser humano por su plena libertad, ya que concedió como punto de partida la protección de la libertad del hombre, estableciendo un conjunto de instrumentos tendientes a controlar el ejercicio abusivo del poder. Así es como la Constitución Nacional respeta la libertad humana en su máxima dimensión:

En la convivencia con la sociedad esas facultades y derechos no son reconocidos y desenvueltos de manera natural e irrestricta, si no que están regulados por la constitución y leyes reglamentarias, sean civiles, comerciales, administrativas, laborales, penales o de otra especie. Estas limitaciones jurídicas de la libertad de los individuos son distintas en un estado políticamente liberal, en un estado autoritario, o en un estado socialista.³

Las posibles restricciones que pueden sufrir los seres humanos tienen que obedecer a la necesidad de afianzar la justicia y deben alejarse del arbitrio personal del poder judicial, decidiendo en cada caso concreto teniendo en cuenta razones fundadas, fácticas y jurídicas, aunque en la realidad ello no es así.

Siguiendo en torno a la libertad personal, ella es:

Un derecho subjetivo que incluye la libre elección del lugar de residencia y de transitar libremente, y por otro lado contiene la inmunidad de arrestos

³ Núñez, Ricardo. Manual de derecho penal. Parte especial, Córdoba, Lerner, 1988.

*arbitrarios, dado que a tal poder jurídico individual corresponde el deber de abstención propio de los órganos del estado y de los otros individuos.*⁴

Esta libertad aparece no solo en el cuerpo de nuestra Carta Magna, sino también en su Preámbulo, por ello la libertad merece tenerse no solo como un derecho si no también como un principio fundamental.

En toda sociedad organizada políticamente la libertad se limita por el orden que aquella establece, y esas limitaciones a la libertad deben ser razonables para satisfacer los intereses de la comunidad.

Con lo dicho se adelanta que la prisión preventiva encuentra sustento únicamente en tanto y en cuanto se mantenga dentro de la misión de servir a la consecución del proceso y sea proporcional al riesgo que se pretende evitar. Sin embargo, es moneda corriente aplicar prisión preventiva sin tener en cuenta los lineamientos que el derecho positivo establece, y dictándola a base de intereses subjetivos de los jueces o de la sociedad que solo busca condenar a alguien sin tener en cuenta que la libertad es la regla.

La libertad es anterior al ordenamiento jurídico y es lo que le da sentido, pero ello se ve desvirtuado en la realidad cuando se dictan arrestos ordenados contrarios a derecho basados en pautas subjetivas, a las exigencias de la sociedad y de medios de comunicación.

⁴ Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

2.Antecedentes.- El contexto en el que gira el proceso penal siempre ha estado relacionado en torno al hombre y el estado, a la formación política de la comunidad, al equilibrio o desequilibrio entre los valores del individuo y de la sociedad. Esto se trasladó al problema de la excarcelación, debido a que se vincula con la libertad del imputado en el proceso penal y con la aplicación de la coerción sin que haya recaído una sentencia firme y sin que se den los requisitos para que proceda, es decir, participación del imputado, comprobado en un proceso justo y equitativo.

Cabe destacar con ello que la prisión preventiva surgió a priori para inmovilizar mediante ataduras al imputado, y a medida que el proceso se hacía más complejo la prisión se trasladaba a lugares más cerrados para detener a personas acusadas de la comisión de un delito a la espera de su juicio. Por ello, su primera aparición se halla en el Derecho Romano, donde se establecía que no hay que encadenar al imputado si puede conseguir fiadores, salvo que el delito cometido sea tan grave que no pueda admitírsele fiadores. De tal forma la detención podía ser de tres maneras, en la cárcel, en libertad pero custodiado por una persona, o bajo la vigilancia de un soldado⁵.

Con el paso del tiempo, en el Derecho Romano, la prisión preventiva fue dejada de lado a tal extremo que ni los procesados por delitos muy graves eran privados de su libertad.

⁵ Chichizola, La excarcelación, p. 16.

En Grecia, la prisión preventiva solo se admitía por delitos contra la patria, la moral y el orden público, en los demás casos se los dejaba en libertad bajo fianza. Sin embargo el logro más importante, y que debería ser tomado en cuenta en forma estricta, aunque la realidad demuestra que ello está muy distante, se dio, según el reconocido autor Mario Chichizola, con la Constitución Inglesa donde se estableció:

*El principio de que nadie podrá ser arrestado, encarcelado, o privado de sus bienes, ni desterrado o colocado fuera de la ley si no en virtud de una sentencia de sus pares.*⁶

Con ello se deja claro el carácter absoluto de la libertad personal y la naturaleza eminentemente excepcional del arresto durante un proceso penal.

Cabe destacar en materia de antecedentes en prisión preventiva al Estatuto de Eduardo III de 1315 que ya declaraba que: "ningún hombre en cualquier estado o condición será expulsado de sus tierras o viviendas, ni prendido ni encarcelado, ni condenado a muerte sin someterle a un interrogatorio de acuerdo al debido proceso".

No menos importante fueron los Fueros de Aragón, ellos fueron la defensa fundamental de la libertad personal de los habitantes aragoneses,

⁶ Chichizola, Mario. La Excarcelación, Buenos Aires, La Ley, 1963.

incluso mucho tiempo antes que el derecho inglés, en dicha materia, comenzara a funcionar.

En el mismo sentido, una ordenanza de Luis XII concedió a los magistrados la posibilidad de excarcelar siempre y cuando ofrecieran suficiente caución que asegurare que el imputado se presentara cuando la justicia lo cite. De otra manera el procesado se convertiría en un objeto de persecución y al mismo tiempo la prisión preventiva asumiría el carácter indiscutible de pena anticipada, por lo tanto "el inicio del proceso es el comienzo del castigo"⁷.

En la Argentina los antecedentes se remontan al Reglamento del 12 de octubre de 1812, donde en la Junta Conservadora se dispuso que el poder ejecutivo no podría tener arrestado a ningún individuo en ningún caso. También en el Decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811, se indicaba que ningún ciudadano podía ser arrestado sin pruebas o sin indicios vehementes.

En argentina, se pensó y se piensa de forma equivocada a la hora de dictar prisión preventiva, ello debido al temor a quedar mal frente a los medios masivos de comunicación, solo en el interés social y se concibió a la prisión preventiva como medio para satisfacerlo, sin pensar y contemplar al ser humano que lo padece, es decir dejando de lado el derecho a la libertad y el ordenamiento legal vigente.

⁷ Vélez Mariconde, Alfredo. Derecho procesal penal, Córdoba, Lerner, 1969.

3. Principios del procedimiento penal y libertad de las personas,-

Establecida la organización jurídica de la sociedad y afirmado que el delito constituye un ataque al orden jurídico y social, la represión es una necesidad del estado para esclarecer la verdad de un hecho ilícito. No obstante, el derecho penal por si mismo, no tendría ejecución, por lo que es necesario una forma concreta de realizarlo, y efectivamente ese es el proceso penal. En consecuencia este proceso cumple la función de ser un medio para un fin que es el derecho penal en esencia:

La importancia de la actividad jurisdiccional radica en su objeto de asegurar la tranquilidad social, manteniendo el orden jurídico, que, en último extremo, se restablece por medio de la sentencia que dicta el juez y que resuelve el conflicto suscitado entre las partes, determinando el derecho que se debe aplicar al caso concreto.⁸

Por ello, el proceso penal es una rama del derecho público debido a que sus normas regulan la actividad del estado que sirve para la realización del derecho penal material, por lo tanto la represión penal no puede efectuarse si no mediante un proceso definido por el derecho como medio para establecer justicia y para la tutela de la libertad personal. Por ello el derecho penal sustantivo es de coerción indirecta o si se quiere mediata, porque la pena no se impone si no mediante una actividad especial llamada juicio. Por ello se afirma que:

⁸ Levene, Ricardo. Manual de derecho procesal penal, Buenos Aires, Depalma, 1993

Esta es la razón por la cual, en nuestro sistema, el derecho procesal penal se torna necesario para el derecho penal, porque la realización práctica de este no se concibe sino a través de aque l⁹

Hay que tener en consideración que el proceso penal es el sector del derecho que mayor poder tiene para la restricción de los derechos fundamentales que la Carta Magna reconoce. Ello nos lleva a considerar que el derecho procesal recibe sus raíces del derecho constitucional, y por eso se parte de la premisa que el derecho procesal penal es un verdadero derecho constitucional reglamentado. Por lo tanto la pena no puede ser impuesta si no se cumple con la totalidad del juicio, ello implica afirmar que no se puede sancionar anticipadamente a ninguna persona que se vea sometido a una causa penal, de manera que el tiempo que dure la investigación, el derecho positivo se encarga de garantizar las libertades y los derechos del imputado. Todas las garantías se resumen en una sola idea: "El uso que el estado hace del poder penal no debe ser arbitrario".¹⁰ Pero en verdad es la prisión preventiva la que permite ver cuán autoritario y arbitrario es el poder penal del Estado, que vulnera de la manera más cruel y brutal los derechos fundamentales del imputado, que es la libertad incondicional durante todo el proceso. El sacrificio de la libertad debe reducirse al mínimo ya que todo exceso es innecesario, transformando la medida preventiva en pena y el fin de seguridad en un innecesario rigor, cuando estos límites se exceden, y es común que ello ocurra, se incurre en ilegalidad manifiesta. "Si las normas procesales no lo fijaren adecuadamente, violarían las garantías constitucionales que protegen la

⁹ Maier, Julio. Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal, Córdoba, Lerner, 1981.

¹⁰ Binder, Alberto, M. Introducción al derecho procesal penal, Buenos Aires, Ad.Hoc, 2004.

libertad individual".¹¹ Así es necesario salvaguardar al imputado para que actúe estando libre durante todo el procedimiento, sin perjuicio de estar sujeto a custodia, ello significa que:

*La libertad se refiere a la no imposición de la prisión preventiva con fines disuasorios o materiales, considerando que ella únicamente puede ser decretada en miras a la continuidad del proceso y a que el imputado no se fugue.*¹²

4. Sustento constitucional de la libertad personal.- El derecho a estar en libertad durante el proceso siempre existió en la Constitución Nacional, incluso se puede inferir a través del Preámbulo ya que el mismo recita "asegurar los beneficios de la libertad". De lectura del artículo 18 de la Carta Magna, se establece el derecho a estar en libertad ante el acaecimiento de un proceso de tipo penal, estando pendiente de sentencia definitiva. Por eso está en la naturaleza del mencionado artículo eximir de prisión al imputado mientras no se dicte sentencia que lo condene y lo declare culpable, porque solo dicha sentencia puede privarlo de su libertad. Esto significa que la prisión preventiva:

*Abarca todas las formas de privación de libertad, haciéndose extensivo al requisito formal de ser ordenado por escrito y por autoridad competente.*¹³

¹¹ Clariá Olmedo, Jorge. Nulidad en el proceso penal, "Cuadernos de los institutos", número 95, 1967.

¹² Clariá Olmedo, Jorge. Derecho procesal penal, Buenos Aires- Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

¹³ González, Joaquín V. Manual de la Constitución Argentina, actualizado, Buenos Aires, La Ley, 2001.

La inclusión de tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución afirmó profundamente la cuestión de la libertad en el proceso. Se reconoce la protección contra la detención arbitraria, (artículo 9 Declaración Universal de Derechos Humanos), en el artículo 9*.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7*.3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, lo que indica que la regla es la libertad en todo el proceso. En tal sentido los tratados con jerarquía constitucional son entendidos como formando un bloque único de legalidad, con el objetivo principal de proteger los derechos fundamentales del hombre.

Pero el punto clave de todo esto está en el artículo 14 de nuestra Constitución que rige la libertad ambulatoria de entrar, transitar permanecer y si se desea, salir de nuestro territorio, es decir un artículo fundamental de todo régimen republicano, por ello este principio sólo puede ser alterado por una sentencia firme que imponga una pena y que se complementa con lo dispuesto en el art 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entonces, la libertad individual, por ser un derecho fundamental, es rodeada con un amplio espectro de garantías que no pueden suplirse. De allí que para poder afectarla se precise de una causa concreta, fundamentada legalmente, con el fin de que no sea arbitraria.

Se concluye con ello que al igual que en los días que corren, existe una clara y absoluta influencia sobre el juez al momento de dictar o no la prisión preventiva, el interés social latente, que exige cárcel sea o no culpable a quien se detuvo, por el temor fundado que genera la

delincuencia. Por ello dominó la imposibilidad de mantenerse en libertad durante el juicio, determinándose la restricción de la libertad durante el proceso como medio de castigar al imputado para defender a la sociedad.

CAPITULO SEGUNDO

Coerción personal y afectación de la libertad en el proceso penal.

5. Consideraciones y concepto de coerción personal.- El poder que se le concede al Estado para limitar la libertad de locomoción de todo ser humano que ha sido sometido a un proceso de carácter penal es lo que se conoce como coerción personal, es decir una limitación a la libertad para asegurar los fines del proceso:

Si bien está justificada por el interés público de que triunfe la verdad y la justicia sobre la insidia y el mal, pone en peligro uno de los bienes más preciados del individuo, que la sociedad reconoce y protege.¹⁴

En consecuencia, la coerción personal dentro de un proceso es la medida que restringe la posibilidad de gozar de la libertad:

“Debemos entonces resaltar que las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental”¹⁵.

Para el caso de la prisión preventiva no solo involucra a la libertad personal sino también a la dignidad de la persona sometida a proceso, ya

¹⁴ Vélez Mariconde, Alfredo, Ob. cit. Capítulo 1 Pág. 10.

¹⁵ Roxin, Claus. Derecho procesal penal, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

que menoscaba su felicidad, su ego, su reputación, su ánimo, sus sentimientos y la condena social de por vida en cualquiera de los ámbitos en el que se mueva, ya sea en el trabajo, en relaciones sociales, familiares, deportivas. Por eso es menester declarar inconstitucional la prisión preventiva y sustituirla por una medida menos gravosa.

6. Prohibición de la prisión preventiva a título de sanción anticipada.- El artículo 18 de la Constitución Argentina establece que nadie puede ser penado sin juicio previo. De ello se desprende que no se puede sancionar durante el proceso, debido a que la Carta Magna prohibió el castigo inmediato del delito, ya que entre el supuesto hecho delictivo y la pena debe colocarse el proceso:

*Se ha optado por la seguridad de la sanción justa, antes que la imprudente espectacularidad de la represión inmediata.*¹⁶

Puesto que la afirmación que antecede establece que la detención cautelar no debe tener el carácter de pena anticipada, implica que ello significaría una violación al principio de inocencia.

Por ello, si la función que cumple el órgano judicial es averiguar la verdad del hecho delictivo basándose en el derecho vigente, se entiende que no tiene como fin reprimir al individuo procesado. Pero parece natural que se tenga a la prisión preventiva como "fallo final" y con ello se omita

¹⁶ Cafferata Nores, José. La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, Depalma, 1988.

las etapas del proceso, ya que se resuelve el conflicto sin esperar las pruebas o el alegato.

En este sentido, actualmente se afirma que:

La prisión preventiva es un problema crucial del saber penal, pues se trata de la pena de prisión más usual.¹⁷

De allí que la prisión preventiva se ha convertido en un instituto que sustituye a la pena privativa de libertad, y la decisión misma de continuar con dicha medida cautelar vulnera claramente el principio de que toda persona es inocente hasta que su culpabilidad sea determinada por un tribunal en el caso concreto.

La Corte Suprema de la Nación, asegura que:

“La libertad en el proceso es un derecho de protección inmediato y su demora implica su desconocimiento y la errónea aplicación de la misma como sanción represiva” (CSJN, Fallos, 320:277), algo común para los tribunales argentinos, que la aplican como pena anticipada para tranquilidad de la sociedad. Pero lejos están de entender que la pena y su finalidad se cumplen luego de que haya sido declarada por sentencia firme.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio- Alagia, Alejandro-Slokar, Alejandro. Derecho penal, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2002.

De tal forma que la detención preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material.

La prisión preventiva suele ser utilizada como una pena y es en todo sentido punitiva. Lo cual implica desechar el proceso como instituto bilateral de debate, donde la sentencia, según lo establecido por la Constitución, nunca debe ser previa.

Existe entonces una gran diferencia entre la prisión preventiva y la sentencia de condena, distinción que también adoptan los pactos internacionales incorporados a la Constitución, ya que se establece que se deben separar a los individuos sometidos a proceso de aquellos efectivamente condenados, para evitar la desocialización.

Por el modo en que se materializa la mal llamada medida cautelar, es decir, en la forma en que se ejecuta, es realmente una pena privativa de libertad en todo aspecto. Por ello los jueces no han aprendido aun a aplicarla únicamente como medida excepcionalísima, y que su aplicación y la necesidad de encarcelar antes de la sentencia es una importante causa de desmoralización para el individuo, ya que deprime y desgarran el sentimiento de dignidad personal, después de una vida honesta, se ve ensuciado por una mancha inmerecida, ya que su posterior liberación no borra el agravio del encierro sufrido:

*Es imposible negar que el haber estado en la cárcel aunque sin resultado de condena, deja en el alma un grado de desaliento y una fatal desconfianza en la vida sin tacha.*¹⁸

Los efectos de la pena anticipada resultan mucho más gravosas para el sujeto involucrado, que el cumplimiento de la pena misma, ya que se encuentra sometido a la incertidumbre derivada del desconocimiento de tiempo real que estará privado de libertad.

De esta forma el procesado queda sometido al régimen carcelario durante un tiempo prolongado con lo que resulta un duro castigo esta exclusión social.

7. Interpretación restrictiva de las medidas de coerción.- Es muy importante el principio según el cual, toda disposición que coarte la libertad debe ser interpretada restrictivamente (artículo 2 del Código Procesal Penal de la Nación). Por lo tanto el estado normal de una persona sospechada de un delito, es el pleno ejercicio y goce de sus derechos, incluido la libertad de locomoción garantizada por el art. 14 de la Constitución. Hasta tanto no sea declarado culpable por el delito cometido goza de un estado de inocencia que obliga al órgano judicial a tratarlo como tal, impidiendo restringir sus derechos como pena anticipada.

¹⁸ Carrara, Francesco. Programa del curso de derecho criminal, Buenos Aires, Depalma, 1944.

La interpretación restrictiva consiste en reducir el alcance de una ley o norma, por lo tanto, se debe limitar a lo expresamente determinado por la propia disposición legal. Vemos así que la interpretación puede presentarse de dos formas, restrictiva como se hace alusión, o extensiva que se considera aplicable la norma aun en aquellos casos que no entran en la letra misma de dicha disposición. Por lo tanto, la interpretación restrictiva es la única aceptada en materia de coerción personal, puesto que el carácter excepcional de la restricción de la libertad imposibilita interpretar las normas más allá de lo que literalmente expresan. Por ello el juez no puede restringir la libertad en función de disposiciones relativas al peligro de evasión de la justicia (artículo 319 Código Procesal Penal de la Nación).

Respecto a ello la Corte Suprema establece que la restricción de la libertad durante un proceso y antes de la sentencia definitiva son de interpretación y aplicación restrictiva a fin de no violar la garantía del artículo 18 de la Constitución, según el cual toda persona goza de un estado de inocencia hasta tanto la sentencia dictada en autoridad de cosa juzgada no lo destruya.

8. Resarcimiento por prisión preventiva indebida.- La imposición arbitraria de la prisión preventiva, acarrea como consecuencia para el Estado, el tener que resarcir el daño originado por la medida injustificada que afectó de manera irreparable la libertad personal de la persona sometida un proceso penal, así lo establece la Constitución Nacional a través del artículo 9 inciso 5 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que toda persona que sea detenida ilegalmente, es decir, cuando se lleva a cabo fuera de los supuestos permitidos por la ley,

superando el tiempo señalado, esto es, la persona detenida no es liberada o puesta a disposición judicial dentro del plazo legalmente establecido, tiene derecho a una reparación.

La Corte Suprema lo entiende así: “ La denegación de la excarcelación, genera el derecho a reclamar una indemnización”.¹⁹

9. Principio de inocencia.- Aun en sistemas aparentemente respetuosos de derechos básicos y que exhiben como principio el estado de inocencia, la practica irracional de la prisión preventiva conduce a tornarla ilusoria. Es decir frente a la tensión entre los derechos individuales del ciudadano y el aparente interés social se opta por el segundo valor, con consecuente deterioro de la presunción de inocencia. Y así la prisión preventiva es pena anticipada.

Este principio encuentra sustento en la Constitución en su artículo numero 18 “ Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Por lo tanto se denomina penado al condenado por sentencia firme, con ello se deduce entonces que hasta no ser penado todo individuo es inocente. De tal regla surge:

¹⁹ CSJN, Fallos, 322:2683

*El derecho constitucional del imputado a gozar de la libertad durante el proceso penal, por el cual resulta lógico que quien es inocente no sea privado de su libertad.*²⁰.

Los pactos internacionales incorporados a la Carta Magna disponen en forma expresa que todo acusado goza la presunción de inocencia hasta que se pruebe que es culpable del delito que se le incrimina (artículo XXVI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, nos dice también que una persona que se la acusa de un delito tiene el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

Estas disposiciones son muy importantes, pues por un lado establecen expresamente en el derecho argentino, el principio de inocencia y por otro introducen un contenido “garantizador” por el cual todo acusado es libre mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad.

Pero cuando una persona ingresa a la realidad de la actuación de las normas procesales, ahí tiene sentido establecer que es inocente, ello conlleva a que hasta la sentencia definitiva no se pueden aplicar sanciones penales, sin embargo prisión preventiva se aplica mas allá de las barreras legales como lo fue en el Caso : Asesinato de Nora Dalmasso, donde se le dicto prisión preventiva al por entonces pintor de la casa, Gastón Zarate, sin tener el fiscal, Javier Di Santo, prueba suficiente como para privarle de

²⁰ Pessoa, Nelson R. Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación, Bs As., Hammurabi, 1992.

su libertad. El funcionario judicial no dicta su detención preventiva basándose en pruebas concretas, si no por la presión social y de los medios de comunicación que exigían un culpable de inmediato. Pocas horas después fue liberado por falta de prueba, consagrándose por entonces el disfrute de la libertad ambulatoria durante la causa y el respeto a los preceptos constitucionales.

El respeto de este principio encierra un riesgo que debe correr todo estado de derecho a fin de que la justicia pueda realizarse, por lo que la balanza se inclina a favor del individuo y merece ser tratado como si fuera inocente.

En el ordenamiento jurídico argentino, las medidas coercitivas deben respaldarse en hechos y en el derecho, por ello el Código Procesal Penal dice que: " El juez ordenara la prisión preventiva del imputado al dictar el auto del procesamiento." dicha resolución requiere elementos de convicción que sean suficientes como para que proceda el encierro y estimar que el imputado es culpable (artículo 306).

En definitiva:

*Puesto que solo después de un juicio alguien puede ser declarado culpable, previo a ese momento toda persona debe recibir el trato de inocente.*²¹

Por ello, se dice que nadie puede ser tratado como culpable hasta que no se dicte sentencia firme de condena, ya que constituye el principio rector del ordenamiento jurídico.

Este principio también impone la necesidad de evitar la prisión preventiva, que conforme a los elementos de juicio existentes, en el caso de condena no merecerá pena de encierro, como muchas veces lo sufren los individuos de delitos menores, ya que ninguna actividad del poder judicial puede afectar la dignidad humana, por lo tanto el estado debe respetar la libertad personal de todo individuo jurídicamente inocente, sin importar la gravedad del delito que se le atribuye o la verosimilitud de la imputación, porque en definitiva se trata de protegerlo de la acción del poder estatal.

De esta manera es posible considerar al principio de inocencia como un estado en el que el individuo en proceso no debe acreditar su inocencia, si no que es el acusador el que debe lograr determinar su culpa.

Este principio rige para todos los casos y para todas las personas por igual, aun en casos de delitos de suma gravedad.

²¹ Carrió, Alejandro D. La libertad durante el proceso penal y la constitución nacional, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1988.

Debido a que es un mecanismo que vulnera la presunción de inocencia e impone castigo en forma anticipada, esto también es afirmado por la Corte Suprema, ella indica que: “ El derecho penal liberal, cuya esencia básica está plasmada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, sienta el principio de inocencia en tanto no se demuestre lo contrario, y ello es valido por aberrante que pueda ser el hecho que motiva el proceso, pues de serlo, ello sólo puede ser determinado por la sentencia motivando la condigna condena, más no la privación de la garantía de defensa ni la alteración de los principios fundamentales del orden procesal”.²²

10. Principio de proporcionalidad.- Es un principio que obliga a alcanzar un equilibrio entre los distintos intereses en juego, se trata de conciliar el derecho del individuo a no sufrir una persecución injusta. Cuando dicho equilibrio se rompe la medida preventiva se transforma en pena. Así:

*Debe existir entre esta medida cautelar y la eventual y ulterior sanción que pueda llegar a imponerse a través de la sentencia, una relación tal que signifique que un procesado no deberá sufrir una pérdida mayor a título de aseguramiento procesal que la que deberá sufrir por la condena de derecho sustancial.*²³

²² CSJN, Fallos, 320:277

²³ Virgolini, Julio S. El derecho a la libertad en el proceso penal, Buenos Aires, Némesis, 1984.

En dicho sentido, el derecho a permanecer en libertad durante el proceso está en la base de que nadie merece pena corporal sin una sentencia firme que declare su culpabilidad, y pueden ser excarcelados bajo fianza de acuerdo con el art. 18 de la Constitución, que prohíbe retener en la cárcel a los procesados.

El principio de proporcionalidad, “ exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario”.²⁴

Prevalece de esta manera una regla básica, la cual afirma que las medidas de coerción nunca pueden resultar más gravosas que la propia pena. Ello se traduce como la imposibilidad de decretar prisión preventiva a aquellos casos que no tengan prevista la pena privativa de libertad. Ello porque:

*Se causarían daños irreparables al imputado al ser encarcelado por el tiempo que dure el proceso, para que luego el sentenciante considere que la pena aplicable al caso no debe ser efectiva.*²⁵

En fin, no parece lógico que la Constitución haya querido que, ante el mínimo riesgo para el resultado del proceso, el juez ejerciera su máximo poder, lo que obliga a aceptar que la prisión preventiva no resulta procedente.

²⁴ Roxin, Carlos. Derecho penal, Parte General, Madrid, Civitas, 1997.

²⁵ Casabal Elía, Adolfo. Una perversa situación procesal que debe corregirse con premura, LL, 2002-E-996.

11. "Favor Libertatis".- Este concepto es un aspecto del *in dubio pro reo*, que asegura que ante la duda se decidirá siempre a favor del imputado. El "favor libertatis" es aquel por el cual todos los institutos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad. Impone que ante la duda se debe resolver a favor del individuo. La cuestión debe resolverse en pro del derecho liberatorio, puesto que la libertad durante la tramitación del proceso constituye la regla general.

Amparado el justiciable por el principio de inocencia y resultando operativos los caracteres de excepcionalidad, necesidad, subsidiaridad de la prisión preventiva, en caso de duda, como indica la aplicación de la medida cautelar, debe resolverse a favor de su no imposición.

12. "Pro Homine".- Este principio establece que siempre ha de estar en la interpretación más favorable al individuo, con el mismo espíritu, ha de darse preferencia a la norma que signifique la menor restricción de los derechos humanos. Esta aplicación fue receptada por la Corte Interamericana (opinión consultiva OC- 5). Por lo tanto este principio coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos de estar siempre a favor del hombre y por ende los jueces deben adaptar sus decisiones a la norma más favorable para el imputado. Dicho principio tiende a disminuir el uso de la prisión. Los resultados de esta pena anticipada en cuanto a resocialización o rehabilitación se refiere son, a mi entender, dudosos. Se observan a las prisiones como altamente crimonogéneas en general, y de constantes injusticias generadas por la aplicación de la prisión preventiva. Además, trae como consecuencia, problemas de orden económico de altísimo costo per cápita de los internos,

lo que cuestiona seriamente la convivencia de semejante erogación para obtener resultados tan negativos.

Desde el punto de vista de los Derechos Humanos, un proceso penal prolongado como lo es en América latina, incluida Argentina, cuando se dicta una prisión preventiva implica automáticamente una violación al principio de que nadie puede ser penado mientras no se pruebe su culpabilidad. Se trata entonces de una inversión de los principios básicos del proceso penal respetuoso de la dignidad humana: ante el mero indicio y hasta por la simple sospecha, se hace sufrir la pena, para luego determinar su culpabilidad, así funciona la prisión preventiva, y todavía hay quienes la juzgan procedente.

CAPITULO TERCERO

Criterios que rigen la libertad durante el proceso penal.

13. Criterios objetivos.- Este criterio habilita a restringir la libertad del imputado y para ello se tiene en cuenta la entidad del delito que se le atribuye, o sea en el máximo de la pena que se le podría imponer si fuera condenado, presumiendo que después de cierto límite el procesado trataría de evitar la actuación de la ley. En consecuencia según este criterio:

“Se debe regir la libertad provisional para los delitos leves, la libertad caucionada o bajo promesa para los delitos graves, y el encarcelamiento para los delitos gravísimos²⁶”.

En este criterio objetivo lo único que interesa es la gravedad de la sanción amenazada.

A pesar de la supuesta validez de las pautas objetivas relacionadas a la libertad individual, en la que la amenaza concreta de una pena grave puede obrar sobre el imputado como un motivo suficiente para llevarlo a eludir o entorpecer el proceso, la realidad muestra que este criterio no es válido, ya que se considera que estas pautas constituyen tan solo una

²⁶ Clariá Olmedo, ob. cit. Página 4.

presunción "iuris tantum" de fuga, y por ende resulta insuficiente para restringir la libertad personal.

En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 12/96, caso 22.245 –Argentina-, 1/3/96) establece que si bien la gravedad de la pena puede en cierto caso ser motivo de análisis para la procedencia de la prisión preventiva, advierte que ella se inspira en criterios de retribución penal que desvían el fin procesal y la tornan una pena anticipada, es decir destaca que el criterio de severidad de la pena es insuficiente para evaluar un concreto peligro de fuga, y por ende el estado puede recurrir a otras medidas cautelares.

Consecuentemente si los jueces que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe evidencia de una eventual intención de fuga, la prisión preventiva se torna totalmente injustificada.

Concluye la Comisión diciendo que si esta es la única razón con la que se pretende justificar la privación de la libertad, se deben buscar medidas alternativas como fianzas o cauciones.

14. Criterios subjetivos.- Ellos se fundamentan en la personalidad del imputado y su comportamiento, de igual manera que el criterio objetivo, no resulta suficiente, porque a todo efecto hay que considerar que en realidad se debe verificar la existencia de fuertes indicios que funden la presunción de que se va a eludir la acción de la justicia. Por lo tanto, se considera aplazado toda consideración sustantivista de comportamiento del

imputado, es decir que no se puede aplicar la prisión anticipada por haber tenido una condena anterior o negársele la excarcelación por el mismo motivo, ni condenarlo anticipadamente porque se especula que en el futuro entorpecerá la investigación de la justicia, pues al fin y al cabo se trata de meras suposiciones.

15. Defensa en juicio e imparcialidad.- Defenderse significa el derecho que tiene toda persona a ser oída y a aportar pruebas por la imputación que recae sobre él. Por lo tanto la defensa propiamente dicha de un imputado comienza en la imputación y culmina con la sentencia que posteriormente se dicte. Durante ese tiempo se presume inocente, sin embargo se lo encarcela, lo que se traduce en una simple manera de culpabilidad anticipada sin mediar sentencia firme.

Con respecto a la imparcialidad, la orden de coerción debe emanar de un órgano que revista el carácter de imparcial, es decir que la orden emane de juez o autoridad competente. Es obligación de cualquier estado otorgar la posibilidad al procesado de conocer la imputación por un hecho delictivo que pesa sobre él y defenderse de ello. La prisión preventiva, desde un criterio personal, supone un avance en la imputación, prácticamente sosteniendo que el procesado es quien lo ha cometido. Si esta subjetivización no existe, la medida de coerción no tiene sustento y así es como se expresa:

El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la

*acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas....*²⁷

La noción de juicio previo es la que debe interpretarse más ampliamente, toda vez que concentra la idea de derecho a jurisdicción, constituyendo el resorte garantizador de mayor contenido, en virtud del cual, cualquier acto que provenga de un órgano estatal que violente un derecho o interés legítimo está sujeto a control de un tribunal competente, independiente e imparcial. Desde nuestro Derecho Procesal Constitucional, el juicio previo que habilita la imposición de una sanción, es aquel que se realizó con resguardo a las garantías procesales y penales, en virtud del cual ningún pronunciamiento sobre culpabilidad del imputado puede efectuarse antes del dictado de la sentencia condenatoria firme. Si el estado jurídico de inocencia se mantiene hasta el dictado de la sentencia, ¿cómo es posible antes de ella afirmar la culpabilidad del procesado, aunque sea parcialmente? El principio de inocencia receptado explícitamente a partir de la reforma constitucional de 1994, prohíbe afirmar la responsabilidad penal de quien aun no ha sido sentenciado. En términos lógicos, de una prohibición, es decir penar sin juicio o afirmar la culpabilidad sin que medie sentencia, nunca puede inferirse una facultad. Por ello se insiste en que se descarta el carácter cautelar de la prisión preventiva, y se afirma en el gran retroceso del derecho procesal penal, que en todo caso debe propiciar la reformulación de normas que posibiliten la vigencia de un

²⁷ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del galantismo penal, Madrid, Trotta, 2000.

enjuiciamiento penal, que equilibre los poderes estatales y los derechos de los sujetos procesados.

16. Igualdad ante la ley y principio de legalidad.- Si lo que verdaderamente se quiere es que el imputado no se escape, se le debe garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa en situación de igualdad con el órgano estatal.

Si se miran las conveniencias satisfechas por la prisión sin juicio, se advierte el desproporcionado sacrificio que se exige al imputado que debe colaborar obligatoriamente con el cumplimiento de la función estatal de administrar justicia, que la mayoría de las veces no puede justificar el encarcelamiento seguido de sentencias absolutorias. Estos pronunciamientos deslegitiman la medida coercitiva, que de por sí ya es contraria a la Constitución Nacional. Si la efectividad de las penas de encierro ha sido cuestionada, con mayor razón la privación de la libertad de quien aun no ha sido condenado. Es por ello que debe pensarse en reformulaciones normativas que viabilicen la realización de un sistema penal que pueda justificarse por los resultados.

Se observa con nitidez que el sistema judicial considera al derecho penal un derecho selectivo, que arremete contra la igualdad ante la ley, motivada por elementos subjetivos improcedentes en un Estado de derecho.

La legalidad implica el rechazo a cualquier intromisión en los derechos y garantías del imputado, esta es la máxima que en nuestro derecho se puede traducir como *nulla coactio sine lege*

Este principio se encuentra consagrado también en el derecho internacional a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al señalar en el párrafo 60 del informe 38/96, al caso 10. 506, del 15 de octubre de 1996 que “una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la convención debe necesariamente ser prescrita por ley”. Así también puede apreciarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana.

Se debe entonces respetar el principio *nullum crimen sine lege*, que exige que la ley que se va a aplicar sea previa .

17. Doble Punición.- En lo que interesa para este acápite, la política criminal delineada por el Estado, sentencia que podrá denegarse la excarcelación ante la posibilidad de que el solicitante pueda ser declarado reincidente o si se hubiera gozado de excarcelaciones anteriores, presumiendo que por esos motivos no se someterá pacíficamente a los estrados judiciales, ya sea fugándose u obstaculizando la búsqueda de la verdad, todo ello sin que se considere como un desprecio al principio de inocencia, e interpretándolo mediante una objetiva valoración del hecho. La Cámara Nacional de Casación Penal ha entendido que pese al cumplimiento de las pautas objetivas previstas en el código de forma,

puede denegarse la libertad de un sujeto sometido a proceso encontrando sustento esta afirmación en los fines procesales.

Dicha postura fue expuesta en diversos fallos de la sala III "Santander Bustamante, José D. s/recurso de casación" 20 de junio de 2000; CNCP, sala III "Corbalan, Jose Silvano s/ recurso de casación" 5 de noviembre de 2001; en los cuáles se expresó que en el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación contiene pautas que impedirán la concesión de la excarcelación o la exención de prisión, cuando no obstante verificarse la concurrencia de los recaudos objetivos previstos en los artículos 316 y 317, las particulares circunstancias del caso hicieran presumir que el imputado podría intentar eludir la acción de la justicia o entorpecer el curso de las investigaciones. En efecto, dicha disposición comprende, en principio, a todos los supuestos en que pudiera corresponder la libertad provisional del imputado, pues su fundamento radica en que, en aquellos casos en los que la liberación podría significar una frustración a los fines del proceso, debe hacerse prevalecer el interés general de la sociedad, en la prevención y represión del delito.

Tratando de desmembrar con cierta lógica porqué el legislador optó por estos motivos, vemos que los delineamientos generales implican que la historia de un sujeto juega un papel prioritario; ¿pero hasta que punto esa historia lo va a estigmatizar por el resto de sus días en el plano judicial?

Dicho interrogante surge claramente de la interpretación de las normas contenidas en el ordenamiento de forma, las cuales, y pese a

encontrarse allí ubicadas, no dejan de tener un tinte sustantivo y por lo tanto confunden o asemejan conceptos tales como medida cautelar y pena, desmoronándose de esta manera el principio de inocencia mediante la utilización de presunciones *iure et de iure* que transforman a quienes son perseguidos por determinados delitos o por el monto de la pena en condenados anticipadamente.

Se puede decir que, denegando la libertad de un sujeto por los motivos incoados anteriormente, se estará ejerciendo una doble punición y una doble persecución, ya que por estos hechos ya fue sometido a legal proceso y consecuentemente juzgado, y a futuro nada quita ni agrega. La privación de la libertad procesal solamente deberá tener en cuenta probabilidades futuras fundadas en hechos ventilados en el proceso en el cuál es objeto de una imputación en concreto, nunca en los que las agencias estatales ejercieron el poder punitivo y llegaron a una conclusión final.

18. Retribución penal.- Se ha mencionado que todo obrar considerado contrario a la ley acarrea como consecuencia la aplicación de una pena, respondiendo sólo por lo que ha actuado, esto es la retribución penal. Con esto se observa que la pena no es a priori, sino a posteriori, siendo una sanción retributiva y no una medida preventiva. Por lo tanto se debe sancionar por lo que se ha cometido y probado y no por lo que se sospecha.

Entonces cabe destacar que el dictado de una prisión preventiva resulta parificable con la sentencia condenatoria puesto que en algunos casos se menoscaba el derecho a la libertad, a la dignidad y son alojados en el mismo predio. Teniendo en cuenta la situación actual de nuestras prisiones no es posible distinguir una persona sometida a prisión preventiva de una con condena firme. Por lo tanto una medida cautelar de este tipo importa desconocer la Constitución y la Declaración de los Derechos del Hombre que establecen que toda persona es inocente hasta la declaración de su culpabilidad.

CAPITULO CUARTO

La Prisión Preventiva

19. Legislación.- La prisión preventiva es la forma más cruel por la que el juez puede restringir la libertad de una persona antes de la sentencia definitiva, debido a que tiene como resultado el ingreso del imputado a establecimientos superpoblados y poco organizados para la recepción de nuevas personas y el consecuente daño psicológico que el encierro conlleva no solo a la víctima sino a su familia y amigos.

El artículo 281 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, establece que siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva:

- 1) Si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de libertad y no parezca procedente a prima facie, la condena de ejecución condicional.
- 2) Cuando procediendo la condena condicional, hubiera vehementes indicios de que el imputado tratara de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación.

Con este artículo se quiere hacer observar que la prisión preventiva es una medida de coerción personal, pero se deja de lado que se trata de una verdadera limitación a la libertad ambulatoria del que gozan todos los individuos, de este modo se advierte que esta medida anticipada de pena supone un límite al derecho constitucional que se aplica al individuo durante el proceso. Además se pone claramente en duda su rol "preventivo" conteniendo en verdad una función represiva, ya que en América Latina es la prisión preventiva responsable del cincuenta por ciento de la población carcelaria.(Fuente: BBC mundo.com; 02-11-2005)

El inciso primero del artículo 281 constituye una pauta objetiva de valoración del peligro que existe para el proceso y la actuación efectiva de la ley, pero los jueces lo presumen sin pruebas, motivados muchas veces por cuestiones subjetivas, formadas no en base a la ley si no al entorno que lo rodea. Lo lógico es que el tribunal funde su decisión.

El artículo 310 del Código Procesal Penal de la Nación establece que cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, se dejará o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad.

En cuanto al artículo 312, sobre la procedencia de la prisión preventiva, el juez la ordenará al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando: 1- Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional, y cuando: 2- Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319.

El artículo 313, del mismo Código, hace alusión al tratamiento de presos, y dice que: "Los que fueren sometidos a prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a lo de los penados"...desde mi óptica esto no se cumple y creo que es un artículo que no se adapta a la realidad contemporánea de nuestras instituciones carcelarias.

En el ámbito de la provincia de Córdoba, la libertad durante el proceso se puede deducir del artículo 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, que establece que Nadie puede ser penado si no en virtud de un proceso previamente tramitado con arreglo a este Código, ni juzgado por otros jueces que los instituidos por la ley antes del hecho y designados de acuerdo con la Constitución Provincial, ni considerado culpable mientras una sentencia no lo declare tal"...y sigue en su artículo 3 refiriéndose a la libertad del imputado durante la tramitación del proceso ya que dice: "Será interpretada restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal".....

20. Límites.- Se sostiene la idea de que el proceso penal, sobre todo en casos complejos, no puede evitar realizar intervenciones en el ámbito de la libertad de toda persona, libertad garantizada y reconocida por la Constitución Nacional. No obstante:

“Resulta imposible concebir estas intervenciones sin establecer y precisar sus límites, tratándose de derechos y garantías atribuidos a toda persona por la normativa suprema, ni la ley dictada en consecuencia puede alterarlos al reglamentar su ejercicio, ni es posible olvidar que, hasta la sentencia firme de condena, resulta contrario a la Constitución imponer una pena²⁸”.

Esto quiere decir que:

“Por aplicación del principio de igualdad, las limitaciones a la libertad deben ser iguales en igualdad de circunstancias. Así es que la legalidad, la razonabilidad, y la igualdad condicionan la validez de las limitaciones establecidas a la libertad en un sistema constitucionalista.²⁹”.

La privación de la libertad antes de una sentencia es una injusticia, sobre todo si se tiene en cuenta que envuelve un mal irreparable e imborrable.

²⁸ Maier, Julio. Derecho procesal penal, Buenos Aires, Del Puerto, 1996.

²⁹ Badeni, Gregorio. Instituciones de derecho constitucional, Bs. As, Ad.Hoc, 2000.

21. Excepcionalidad.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9*3, última parte, adopta el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo". Solo será procedente cuando existan pruebas suficientes de culpabilidad (no por criterios subjetivos de los jueces) y que no sea sustituible por otra menos gravosa, ya que si este peligro no concurriera en el caso concreto el encarcelamiento no sería preventivo si no que sería totalmente punitivo.

Este carácter excepcional de la prisión preventiva surge de la combinación entre el derecho a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una medida que restrinja ese derecho antes de una sentencia de condena firme que imponga un castigo al imputado, lo que se resume en definitiva que el fundamento del encarcelamiento anticipado es cada vez mas acotado. Así entonces queda demostrado que:

*"La posibilidad jurídica de encarcelar preventivamente queda totalmente reducida a casos de absoluta y extrema necesidad para proteger los fines que el procedimiento penal persigue, y solo cuando no se pueda llegar al mismo resultado por otra medida no privativa de libertad menos perjudicial."*³⁰.

³⁰ Maier, Ob. Cit. Página 40.

Por ende está prohibido imponer a una persona restricciones que no estén justificadas para evitar que se entorpezca la investigación de la justicia. En este mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 2/97, Argentina, 11/3/97), ha decidido que la detención preventiva tiene como objetivo asegurar que no se evadirá la investigación judicial, lo que torna a la medida en excepcional.

Se reconoce la necesidad de obrar con extrema cautela en la imposición de tan grave medida coercitiva, ya que la situación de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy inestable e imprecisa por la existencia de una sospecha en su contra, pero no ha logrado demostrarse su culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren grandes tensiones personales como resultado de la falta de trabajo, la pérdida de ingresos, y de la separación cruel de su familia y la sociedad en general. Debe tenerse en cuenta el impacto psicológico y emocional al que se somete el procesado mientras dura esta etapa. Por ello, la prisión preventiva es gravosa en su aplicación y por lo tanto debería buscarse otro medio que respete la dignidad humana y la libertad como bien supremo tutelado por la máxima Ley Fundamental.

La posible participación de una persona en un hecho delictivo, autoriza la apertura de un caso en su contra, pero ello no significa que esa persona no conserve la titularidad de todos sus derechos y garantías. Por ello el respeto de los derechos humanos y su dignidad se torna indispensable.

Este tema desde el punto de vista de su reglamentación sostiene que todas las leyes procesales argentinas se ocupan de fijar condiciones de prisión preventiva, pero hay una concepción errónea por parte de los jueces.

El Estado, en la práctica, frente a la mera sospecha de un delito se atribuye siempre el derecho a privar de la libertad al sospechoso, apartándose del artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación, de tal modo la excarcelación o eximición de prisión resultarían ser excepcionales a tal derecho cuya procedencia debe justificarse en cada caso, sin embargo:

“La situación tiene y debe plantearse en forma inversa, lo que deberá justificarse en cada caso es entonces el derecho del Estado a encarcelar al imputado.”³¹.

Es necesario entender que la regla general en el caso del proceso penal es la libertad del procesado.

22. “Ultima Ratio”.- Esto infiere que la prisión preventiva es de excepción y su aplicación es de último recurso, sin embargo los jueces entienden a la inversa y la aplican como primera medida ante la comisión de un hecho delictivo. Es decir, frente a los delitos resonantes, la opinión pública reclama justicia rápida e implacable, lo que se traduce en lograr condenas quienquiera que fuese el acusado. En ese momento,

³¹ Cafferata Nores, José. La excarcelación, Buenos Aires, Depalma, 1988.

automáticamente aparece la prisión preventiva como respuesta ilegítima e inconstitucional a un reclamo social. El alto costo que paga un Estado de derecho, en materia de indemnizaciones, por abusar de la prisión preventiva, sin embargo, no puede ser tomado a la ligera.

La convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 37 que:

“La detención, el encarcelamiento, o la prisión de un niño se llevara a cabo de conformidad con la ley y se utilizara tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

Extremo adoptado por Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad. (Reglas de Tokio, regla 6.1).

Este principio es considerado también como:

*“Principio de mínima intervención” en el sentido que así como el derecho penal es la “ultima ratio” del ordenamiento legal, las medidas de coerción constituyen también la última herramienta de política criminal a adoptar”.*³².

³² Solimine, Marcelo A. Principios generales de las medidas de coerción, LL, 1998-E-1213.

23. Principio de Necesidad.- Desde la antigüedad se ha reconocido que toda pena sin necesidad es tiránica. Premisa que:

“ Conlleva a que todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de una absoluta necesidad es tiránica.”³³:

Desde mi punto de vista, la encarcelación de los imputados antes de la sentencia es una total injusticia ya que por sospechas muchas veces falaces se lleva a la destrucción de muchas familias y se priva de su libertad a ciudadanos que muchas veces son honestos, honrados y de los cuales la mayoría al final del proceso con la sentencia definitiva, son declarados inocentes.

El artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación establece: “La libertad personal solo podrá ser restringida de acuerdo con las disposiciones de este código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley”, pero ello no es guía de los jueces, quienes se basan casi siempre por pautas propias de valoración, a pesar de que en todo el mencionado código la libertad se considera el bien máspreciado de todo ser humano, por lo tanto hay una contradicción en lo que literalmente se expresa y lo que implícitamente se busca y aplica.

³³ Beccaria, Cesare. De los delitos y de las penas. Tratado de los delitos y de las penas, BS. As, Heliasta, 1993.

Se considera que:

“El principio de necesidad tiende a incrementar la eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer los poderes públicos, ya que obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean aptas para el fin perseguido y a elegir finalmente la que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”³⁴.

Por lo tanto, si el bien máspreciado es la libertad y con la prisión preventiva se la restringe y consecuentemente se daña al procesado en su faz moral, ética y psicológica, ésta debe dejarse de lado. Es decir la concepción liberal del derecho penal en general está encaminado para intervenir lo menos posible en la vida de un inocente, evitando la interferencia estatal cuando ello no es imprescindible, con lo cual tenemos que la necesidad absoluta es la que gobierna la fundamentación de la intervención estatal en los derechos de las personas individuales y en su vida privada . El artículo 18 de la Constitución consagra el derecho a:

“No ser mortificado, resulta claro que el inocente sometido a proceso deba tener el mismo derecho a no ser objeto de restricciones de su libertad, aun a pretexto de precaución.”³⁵.

³⁴ González-Cuellar Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Colex, 1990.

³⁵ Cafferata Nores, José. Ob. Cit. Página 43.

24. Provisionalidad.- Este carácter de la prisión preventiva deriva de entender que la regla es el estado de libertad del individuo sometido a proceso y lo excepcional es su privación. Por ello, si la sentencia condenatoria constituye el único título jurídico válido para legitimar la restricción definitiva del derecho a la libertad, exigencia propia del orden jurídico que consagra la potestad represiva del Estado, la conclusión es que solo el encarcelamiento del imputado es legítimo si procede sólo con la sentencia definitiva. Por lo que los encarcelamientos preventivos dejan de ser racionales, ya que solo el fallo final dictado por juez competente, luego de aportada las pruebas y tramitado todo el proceso pueden imponer un castigo que obligue al imputado a ingresar a la cárcel, por lo tanto deben cesar aun en los casos más complejos.

25. Legalidad.- La premisa de que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de juez competente, significa además que se debe contar con suficiente prueba que le confiera sustento y la conducta debe encuadrar dentro de un tipo penal. Por ello, nadie puede ser privado de un derecho sin justa causa y sin base legal:

“La Constitución protege estos contenidos en el artículo 18 que establece los lineamientos enunciados, y en el artículo 14 al consagrar el derecho a entrar, permanecer, transitar, y salir del territorio y en el artículo 17 que dice que ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley.”³⁶.

³⁶ Bidart Campos, Germán. Manual de la Constitución reformada, Bs. As, Ediar, 1998.

Este presupuesto deriva del hecho de que toda medida de coerción afecta un derecho constitucional y en consecuencia al juzgador le está prohibido aplicar medidas de coerción a su solo arbitrio.

Se debe buscar seguridad jurídica y tutela de la libertad individual, a fin de otorgar prioridad a los derechos fundamentales del individuo dentro del procedimiento penal. Nuestro sistema mantiene un férreo apego a la prisión preventiva, dándose en la práctica la aplicación de la coerción personal en forma extensiva, es decir no fundamentando adecuadamente las prórrogas de prisiones preventivas o imponiendo cauciones excesivas que tornan ilusoria la soltura.

Los cuestionamientos mas fuertes a la prisión preventiva en cuanto a su validéz y legitimidad surgen a partir de la desvirtuación total en la práctica, de los postulados teóricos, pues a mi parecer la medida no es dictada en forma excepcional, ni por períodos breves, ya que la mora judicial no lo permite y ninguna diferencia existe con la pena, siendo alojados los procesados sin condena en institutos mas deficitarios que los penales y por tiempo indeterminado.

26. Tiempo de detención provisional.- La prolongación de la prisión preventiva es un aspecto muy delicado, que sigue trastornando al imputado y a su entorno, pues en general su cumplimiento se presenta efectivamente como una pena anticipada, sobre todo en aquellos casos donde la detención ya ha superado su razonable duración (es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 315: 1553.) , por eso no es

menor motivo eliminar o dejar de lado como medida cautelar a la prisión preventiva, no sólo porque es una medida que no se adapta a los tiempos ni a las condiciones actuales del país, teniendo en cuenta como está la situación carcelaria, sino también porque trae la inconveniencia de que el encarcelamiento preventivo está vinculado estrechamente a la ilimitada y eterna duración de los procesos, dado que si los juicios finalizaran en términos razonables no sería tan grande el daño derivado de un encarcelamiento. Pero en verdad si lo es y es muy grave y preocupante:

“La finalidad del proceso penal es conducir las acciones del modo más rápido posible que conceda tanto a la acusación la vía para una condena como al imputado su absolución, siempre en armonía con el deber de preservar la libertad de quien durante su curso goza de la presunción de inocencia, pero la realidad muestra que el encarcelamiento preventivo es gravísimo, en nuestros casos, que duran años.”³⁷.

De esta manera:

“El procedimiento actual tiene una serie de límites referidos a la dignidad del ser humano que impiden llevar a cabo el procedimiento, aplicando formas crueles y contrarias al respeto del hombre, típicas de la inquisición.”³⁸.

³⁷ Pastor Daniel. El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho, Bs. As, Ad.Hoc, 2002.

³⁸ Maier, Ob. Cit. Página 40.

Dentro de estos parámetros, el encarcelamiento preventivo afecta la libertad individual del procesado, sometiéndolo a un estado incesante de incertidumbre sobre el tiempo que va a durar su detención provisional . Por eso, la averiguación de la verdad no puede buscarse a costa del ser humano. Frente a ello, desde mi punto de vista, si bien el esclarecimiento del hecho constituye el fin del procedimiento, ella debe ceder frente a ciertos resguardos para la dignidad individual, puesto que el derecho constitucional vigente destaca que el individuo sea dejado en libertad, no obstante la apertura de un proceso, así como también impone la realización de un juicio rápido. Frente a ello, hay que considerar que ni la Constitución ni la ley penal admiten la incertidumbre, en consecuencia, la necesidad de un pronunciamiento jurisdiccional certero que ponga equilibrio a la situación procesal del imputado se impone dentro de la garantía de debido proceso.

Es para destacar entonces que, ante la falta de determinación de la duración del proceso penal, el carácter instrumental de las medidas de coerción personal, y la falta de seguridad ponen en tela de juicio la efectividad de esta medida cautelar.

No por nada se ha reconocido que:

“Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no solo de errores, sino también de

sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas.^{39.}

Es así que el derecho a obtener un pronunciamiento en un plazo coherente ha encontrado su garantía en el respeto a la dignidad humana, donde el debido proceso adquiere la calidad de resguardo del individuo sometido a juicio. Por lo tanto la sola realización de un proceso arroja serios perjuicios a quien lo soporta, y mucho más grave es si la persona está detenida, ya que deprime, destruye el sentimiento de dignidad y se ve envuelto en una tormenta de la cual jamás se podrá salir, ya que la posterior absolución, sobreseimiento o liberación no borra de la mente de la víctima ni de la sociedad, el agravio que la cárcel propinó. Esta situación forma un innegable castigo psicológico al imputado, ya que un detenido en esa condición es atormentado por la duda acerca de si será condenado o no y de cuan elevada será la pena que se aplicará. La psicología explica y concluye que la incertidumbre sobre algo amenazante como lo es la prisión preventiva constituye uno de los daños más graves que humanamente puede inferirse, y es tan perjudicial como la certeza respecto del comienzo de un mal determinado(Fuente: Kaufmann, prologo a Tozzini-Arqueros, Los procesos y la efectividad de las penas de encierro.). Además la imposición de la prisión preventiva atenta contra la imparcialidad de los jueces si se tiene en cuenta que cuando aquella se extiende mas allá de un tiempo razonable se presenta una especie de presión sobre el juez que evalúa el caso, en el sentido de que lo analiza rápido, sin el tiempo necesario y sin llegar a reunir los elementos de convicción suficientes, es decir aumenta la posibilidad de obtener para el acusado una pena privativa

³⁹ Ferrajoli, Luigi, Ob. Cit. Página 32.

de la libertad sin haberse analizado detenidamente los elementos de prueba. Por lo tanto, resulta una exigencia de seguridad jurídica y justicia que el juzgamiento sea conforme a derecho, de lo contrario el orden público pierde sentido. Esto nos lleva a pensar que la finalidad del proceso no puede ser alcanzada a costa de olvidar el individuo que lo sufre y que se lo considera como mero instrumento para la investigación. Por dicha razón, la razonabilidad del plazo de duración del proceso no sólo se limita a la protección de la libertad del individuo si no también como garantía del principio de inocencia. Se acepta entonces por lo expuesto que la prisión preventiva no es un medio eficaz para la averiguación de la verdad ante la comisión de un delito, y mucho menos una medida cautelar práctica, digna y viable.

27. El problema de su ejecución.- Muchos Países de la Unión Europea, como el caso de Italia y Lituania, actualmente, se han reservado ciertas leyes que le confieren un aumento en su poder punitivo, siendo ellos netas violaciones a los derechos humanos. Uno de esos preceptos es la prisión preventiva, instituto por el cual una persona que no ha sido juzgada ni condenada se hace merecedora de una privación de su libertad ambulatoria como anticipo de la pena. Esto tiene como consecuencia que se esté pidiendo la abolición de la prisión preventiva desde hace más de cuarenta años.

La forma de punir anticipadamente que eligió el Estado, más allá de los límites constitucionales, trae además, muchos problemas en el ámbito administrativo referido a las instituciones carcelarias que demuestran la

cantidad desequilibrada que hay entre condenados y procesados, resumido en una superpoblación que hace imposible la resocialización y reeducación.

El ejercicio del derecho subjetivo de punir anticipadamente, ha desvirtuado la incesante lucha por el respeto a los Derechos Humanos que goza todo ciudadano. El principio "nulla poena sine iudicio" fue abandonado como si fuera una carga imposible de llevar.

Desde la revolución francesa hasta el Pacto de San José de Costa Rica, ha quedado asentado que el principio de inocencia es un estado que tiene la persona procesada hasta la sentencia condenatoria que así lo declare. Por ello se afirma que el estado de inocencia va más allá de la acusación y se extiende hasta la sentencia, lo cual obliga al Estado a tratar a esa persona como si no hubiera cometido ningún hecho ilícito, es decir, inocente.

El peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación son apreciados según criterios abstractos y ello no puede ser así, si no teniendo en cuenta el caso concreto y la situación de hecho del imputado, ya que de otra manera se está atropellando principios y garantías constitucionales.

El esquema de juicio anticipado que tiene la prisión preventiva ya recibió sello de inconstitucionalidad por el más alto tribunal en el fallo "Gotelli", por considerar que violenta y quebranta las garantías constitucionales de inocencia, libertad, y defensa en juicio.

Es por ello que la prisión preventiva nace como medida de coerción personal, pero en la práctica ello es una pena por adelantado, siendo una actitud represiva por la cual se destierran principios básicos, contradiciendo la Constitución que establece la libertad como un beneficio con el que cuenta la persona sometida a proceso.

La Ley Penitenciaria Nacional puntualiza solo una condición que debe tener la prisión preventiva, y ese requisito es que deben estar separados los procesados de los sentenciados. Pero a mi entender, mientras los individuos sentenciados están bajo la asistencia y resguardo de la Ley Penitenciaria, los individuos en prisión preventiva no tienen ese derecho y por el contrario y desde un enfoque personal, lejos de encontrarse en una situación de resguardo, la falta de reglas sobre prisión preventiva tiene como fin la severidad del régimen penitenciario. Esto se agrava por las condiciones físicas en que generalmente se encuentran las cárceles en Argentina. En definitiva en los establecimientos para condenados no podrán alojarse procesados, pero la realidad muestra otra cosa totalmente distinta. Es evidente que en el estado actual de las personas que se encuentran en prisión preventiva, se observan carencias de atención y resguardo asistencial, que casi sería admisible señalar que un establecimiento destinado a detenidos en prisión preventiva es un ámbito que contiene un conglomerado de individuos cuyo destino está en manos del ocio, en perjuicio en sus calidades laborales, intelectuales y sociales.

La legislación penitenciaria del país protege y tiene mayor contralor con los individuos sentenciados que con aquellos que se ignora si son culpables o inocentes de los delitos imputados.

La prisión preventiva es una institución procesal de orden provincial o nacional, que puede ser contenida en el código procesal de cada provincia, ligada a la pena por el artículo 24 del Código Penal según el cual:

“La prisión preventiva se computa así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión, por un día de prisión preventiva , uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase en treinta y doscientos pesos argentinos.”

En definitiva la pena preventiva es un medio de destrucción social, moral y familiar. Se acepta entonces por lo expuesto que la prisión preventiva no es un medio eficaz para la averiguación de la verdad ante la comisión de un delito, y mucho menos una medida cautelar procedente.

28. Doctrina y jurisprudencia.- Tratándose el auto de prisión preventiva de una decisión judicial que produce un gravamen irreparable, la misma debe ser sujeta a revisión.

La Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, hizo lugar a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de un auto de la misma Cámara que confirmó la prisión preventiva, contradiciendo su

propio criterio, sentando jurisprudencia en el caso "Aguirre Domínguez", y abriendo un nuevo camino. En el mismo sentido y siguiendo el mismo criterio, el máximo tribunal de la Provincia admitió los recursos de inconstitucionalidad contra resoluciones que decidían la prisión preventiva.

Dijo:

"Es objeto impugnable por directa derivación de disposición constitucional (artículo 165, 2), que le acuerda competencia derivada al Tribunal Superior para conocer y resolver en última instancia local, la cuestión constitucional traída por vía de recurso de inconstitucionalidad, sin limitación en orden a la clase de resolución."*

El agravio referido por el recurrente en el caso "Aguirre Domínguez" reside en la inconstitucionalidad del artículo 281 del Código Procesal Penal, por permitir la procedencia de la prisión preventiva y frustrar el derecho a la libertad, por lo que consideraba el recurrente violatorio del principio de inocencia.

Se ha producido un giro importante en cuanto a la disposición judicial de la prisión preventiva como una de aquellas que son recurribles por inconstitucionalidad por producir gravamen irreparable. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la sentencia de la causa mencionada consideró que es de competencia de ese tribunal la revisión de aquellas resoluciones que afectan garantías constitucionales.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que la resolución que ocasiona un perjuicio que puede resultar de imposible

reparación ulterior, como lo es la prisión preventiva, debe equipararse a una sentencia definitiva a los fines del artículo 14 de la ley 48(Fallo "Strada", 308:249).

La misma Cámara de Acusación de Córdoba en causa " Aguirre Domínguez" hizo merito de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, que admitió el concepto de sentencia definitiva en las decisiones sobre excarcelación y de eximición de prisión, que si bien en principio no cumplían con los recaudos de tales, por la injusticia que acarreaban y por el daño irreparable que producían sobre los derechos de la parte lesionada, merecían ser atendidas desde que restringen la libertad del imputado con anterioridad al fallo final, ocasionando un perjuicio de imposible reparación ulterior,(fallos "Christou" 19/2/87, L.L. 1987 -D-. p. 154; y "Di Mascio" 1/12/88, E.D. 131, p. 386). Del mismo modo se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en los considerando de la admisión del recurso de inconstitucionalidad, manifestando que:

"La interpretación de lo que constituye sentencia definitiva en relación a las resoluciones que deniegan excarcelación, deben ser efectuadas en consonancia con la adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación."

Es decir que es admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que las resoluciones que restringen la libertad del imputado y que son anteriores al fallo final, ocasionan un perjuicio de imposible reparación ulterior y por ende son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

29. Pena Anticipada.- La privación de la libertad sin ningún régimen, tal como lo es la pena anticipada que importa la prisión preventiva, es, paralelamente a dicha privación de libertad, una nueva expropiación de la capacidad productiva del hombre ya que elimina toda posibilidad de realizar trabajos fuera del instituto penitenciario. Se considera así que es urgente eliminar esta medida cautelar coercitiva, como imperativo de realizar en forma efectiva los derechos humanos y de legitimar el control social del Estado en el área penal. A través de este fenómeno del preso sin condena se muestra la realidad intimidatoria de los sistemas penales, exhibiendo una ideología formal plasmada en la Constitución, pero con una ideología práctica completamente diferente realizada en el plano social.

El elevado número de presos sin condena revela una distorsión que quebranta la dignidad humana al usar al procesado como medio de intimidar al resto. De este modo se realiza un sistema penal distinto del que proclaman los principios constitucionales, conforme a la cual la prisión preventiva persigue un objetivo de presión, acorde con un cuadro general socioeconómico de detención o retardo del desarrollo social y de mediatización de la persona humana.

30. Prisión preventiva como elemento de control social.- La desnaturalización del instituto procesal de prisión preventiva se evidencia nítidamente cuando se emplea como un modo de control social. Así, a través del encarcelamiento preventivo se pretende neutralizar la peligrosidad criminal del imputado, sometiéndolo a una prolongada prisión preventiva hasta que concluya el moroso trámite procedimental. La

prolongación indefinida de esta medida también genera otra grave desnaturalización, se convierte en una verdadera pena anticipada.

31. Entorpecimiento de la investigación. Críticas a esta causal.-

El entorpecimiento no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona, porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción perjudicial del imputado. Además, es difícil creer que el imputado puede producir daño a la investigación, si se tiene en cuenta que el Estado posee todo un equipo para la averiguación de la verdad, como lo es la policía, los fiscales, la propia justicia. Desde mi punto de vista, si el estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad.

32. Evolución en la doctrina de la Corte Suprema.- En los albores de los pronunciamientos de nuestro máximo tribunal, la libertad durante el proceso penal fue escasa, poco reconocida como garantía constitucional. En sus primeros pronunciamientos sobre la cuestión, el máximo tribunal se refirió a casos que tenían la siguiente nota en común: personas acusadas del delito de rebelión habían sido detenidas durante el proceso denegado su excarcelación. Lo notorio era que para esa clase de delitos no se preveía pena de prisión, sino de exilio o destierro. En todos esos casos la Corte Suprema entendió que era irrazonable mantener detenido durante el proceso a quien, en caso de recaer condena, no sería en realidad encarcelado sino desterrado. Mas concretamente en el caso "Alurralde" el máximo tribunal considero que "Lo que importa dejar establecido en estos casos, es que la excarcelación procede como garantía constitucional y no

como concesión de la ley penal de forma". Estos primeros supuestos muestran a las claras dos cosas, por un lado que el fundamento constitucional de dichas decisiones no fue la presunción de inocencia que surgiría de la parte inicial del artículo 18 de la Constitución Nacional, sino mas bien la mención hecha en éste, en su parte final, acerca del objetivo de "seguridad" que las cárceles deben cumplir, y que es claro que la mención de que la excarcelación procede en dichos supuestos como garantía constitucional lo fue en el limitado marco de esos casos. Sólo así se explica que la Corte dijera que en estos casos la excarcelación procede. No dijo allí que la excarcelación siempre procede como garantía constitucional cualquiera sea el delito que se investiga y cualquiera sea la penalidad de este, sino en situaciones donde la pena no era de encierro y resultaba notorio que la prisión preventiva excedía ampliamente la mera seguridad para importar un sufrimiento mucho más severo que la sanción, cuyo cumplimiento se intentaba resguardar.

Se colige de estos primeros pronunciamientos que se afirmó la existencia de un derecho limitado del imputado a permanecer en libertad. La nota o característica de tal restricción comprende que la limitación se debe a que no cualquier delito da lugar al derecho a la excarcelación, ella depende de la naturaleza del ilícito, es decir, de la clase de pena con que se castiga el delito. Al tratarse los supuestos mencionados de delitos penados con destierro, en tal caso la Corte Suprema no hablaba del derecho en general a la libertad durante el proceso, sino en casos de ciertos tipos de pena, he ahí la limitación. Además, lo más importante radicaba en que la fundamentación de tal derecho no era derivado del estado de inocencia, sino que se construía en torno a los fines de la prisión preventiva, a la cual se asignaba la función de asegurar el cumplimiento de la pena, razón por la

cual, si no había pena en expectativa, no había razón para que el imputado no estuviera en libertad durante el proceso y si esa seguridad podía obtenerse por otro medio, como ser por una fianza, correspondía la libertad.

De aquí en más se fue gestando el razonamiento que llevó a una aceptación más amplia del derecho a la libertad procesal, que comenzó en supuestos específicos y derivó en una elaboración más acabada, encontrando finalmente su fundamento en el principio de inocencia. Un ejemplo de ello lo constituye la causa "Ramón Gómez, Antonio Abregú y otros", donde el alto tribunal sostuvo: "La Constitución Nacional no contiene disposición expresa sobre libertad provisoria del encausado. Consagra la libertad personal y permite el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente, porque de otra manera se imposibilitaría, en algunos casos, la administración de la justicia represiva, desde que se estableciera que la privación de la libertad solo procederá a título de pena y mediante previo juicio y condenación. Pero, aunque no consignada en términos expresos, la limitación de la prisión preventiva, mediante fianza de cárcel segura, ha sido derivada por esta Corte de la cláusula final del Art. 18 de la Constitución Nacional, según la cual las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo. Esa prescripción, según la jurisprudencia establecida, tiene por objeto principal garantizar la libertad bajo fianza a los reos de delitos que no merezcan pena corporal, porque denegando la excarcelación, se retendría en la cárcel a los procesados, sin que esa retención pudiera justificarse como una medida necesaria de seguridad, por manera que la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley". Agrega después: "La prisión preventiva de libertad del encausado, no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una

infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio, como la fianza de cárcel segura, compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de no culpabilidad, puede decirse además que esa garantía del derecho individual se funda también en la Constitución, porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (Art. 33 Constitución Nacional.).Que como se ha observado también, la detención, descompuesta en sus diferentes elementos, es una ,medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción, ella nace de la necesidad y se convierte en limitación inútil y perjudicial, que la justicia social no tiene derecho a imponer cuando esa necesidad no existe" (CSJN, Fallos, 102:225).

Vemos así que este derecho o garantía constitucional no es, en el caso citado, derivado del estado de inocencia y es por eso que no se lo afirma con un sentido amplio, sin tener en cuenta la naturaleza de la pena que el delito tiene (como debe ser en virtud del principio de igualdad ante la ley) sino que surge con un sentido limitado, válido solamente para delitos reprimidos con penas no corporales, como consecuencia de una errónea fundamentación. De tal forma, no se considera un principio esencial para el tema en análisis, que resulta de que el estado de inocencia es un principio válido para todo imputado, cualquiera sea la naturaleza del delito y de la pena que esté en juego. Con el razonamiento evocado, resultaría que todos los imputados son inocentes hasta la existencia de una sentencia condenatoria, pero no todos, a pesar de ello, tienen derecho a estar en libertad durante le proceso.

Sin embargo desde el caso "Todres", en 1971, la Corte cambió el ángulo de la fundamentación del encierro preventivo, a la vez que consideró formalmente procedente el recurso extraordinario a pesar que desde 1905 (causa "Llanos"), venía denegando su concesión en materia de excarcelación. En tal sentido, puntualizó que "si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea, el instituto de la prisión preventiva, desde que el artículo 18 de la carta fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente". Agregó a continuación: "El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad de adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata, en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente". Seguidamente expresa que la idea de justicia "impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Que la necesidad de conciliar estos intereses aparentemente contrapuestos se refleja en la forma como ha sido legislada la excarcelación en el Código Procesal de la Nación, sea prohibiendo directamente en unos casos su otorgamiento, sea condicionándolo en otros a la concurrencia de determinadas circunstancias, de cuya consideración no deben prescindir los jueces". (CSJN, Fallos, 280:297).

De ahí en más la Corte Suprema admitió la raigambre constitucional de la excarcelación y de la eximición de prisión, a los que les siguió el caso "Machicote", sin embargo no se explicaba de donde salía, ni cuál era su fundamento o alcance. Del caso citado en primer término resulta útil transcribir el dictamen del procurador general, al que adhirió el alto tribunal en su sentencia: "En el recordado precedente, se estableció, que frente a la garantía constitucional de no ser privado de la libertad personal hasta el dictado de una sentencia que imponga pena en función de la culpabilidad por el hecho cometido, existe también, con igual apoyo constitucional, el legítimo interés de la sociedad en que esa decisión judicial no pueda verse frustrada en su ejecución por la incomparecencia del imputado. Ello es así, pues en caso de ocurrir esta última situación, se privaría de toda eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, ya que no sólo el delincuente no recibiría su condigno castigo, con la consiguiente alarma social que ello acarrearía, sino que además, la pena perdería su finalidad preventiva, porque no es concebible que pueda existir una motivación de obrar conforme a derecho, cuando no se lleva a cabo el mal amenazado para las conductas contrarias al orden jurídico. Sin perjuicio de apuntar, finalmente, que tampoco se podría precaver la comisión de nuevos delitos por parte del autor, toda vez que no existiría la posibilidad de readaptarlo. Puede afirmarse, entonces, que el punto donde se conjugan los intereses, a primera vista contrapuestos, del individuo sometido a juicio y de la sociedad, se encuentra en la reglamentación de la libertad provisoria durante el proceso, la que debe atender, primordialmente, a la posibilidad de incomparecencia del reo" (CSJN, Fallos, 300:642, dictamen del procurador general).

Por su parte, la Corte Suprema precisó que "los derechos y garantías individuales consagrados por la Constitución no son absolutos y su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamentan. Pero la falta de precisión con respecto al origen de la garantía constitucional a permanecer en libertad durante el proceso, llevó a decir que "el reconocimiento del rango constitucional de la excarcelación merecería, por parte de los tribunales algo más de elaboración. Si como sostienen los doctrinarios, el mismo encuentra su fuente en el principio de inocencia que surgiría de la primera parte de la carta magna, parecería útil especificarlo. Siempre es preferible poder referir alegados principios constitucionales, a cláusulas constitucionales.

Pero en términos generales, la situación se volvió mucho mas clara con la reforma constitucional de 1994, ya que los pactos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento constitucional establecen expresamente el fundamento y las limitaciones a los que debe supeditarse la prisión preventiva.

En tal sentido, podemos ejemplificar el notable cambio que operó al respecto con el caso " Nápoli, Erika E, y otros" (CSJN, 22/12/98 "Nápoli, Erika E., otros", LL, 1999-B-662.) donde se dijo que la potestad legislativa para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando, los objetivos de la legislación y establecer así regimenes excarcelatorios diversos, "sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia (Fallos, 8:291; dictamen del procurador general en Fallos, 21:121; 102: 219), esto es que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones. Que en este

contexto el legislador nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 75, inciso 30, de la Constitución, estableció un régimen general que regula la libertad durante el proceso y que, en lo que aquí concierne, contempla como supuestos de excarcelación aquellos en los que pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho años de pena privativa de la libertad y también en los que, no obstante ello, el juez estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional (artículo 317 inciso 1 Código de Procedimiento Penal de la Nación). La restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación. Que el criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción se vincula con el monto máximo de la pena considerada en abstracto que fijó para los distintos delitos enunciados en el Código Penal en ejercicio de las prerrogativas que le otorga el artículo 75, inciso 12, de la Constitución, para declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas. Seguidamente se señala que en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos "ha consagrado dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar que no debe constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia. (Artículo 8.2, Pacto de San José de Costa Rica y artículo 9.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.)

CAPITULO QUINTO

El procesado y la prisión preventiva

33. El procesado como víctima de delitos y conductas antisociales.- El ingreso del imputado a la institución carcelaria como consecuencia del dictado de prisión preventiva trae innumerables problemas hacia su integridad física y moral, ya que es víctima de intentos de robos, hurtos, lesiones, agresiones y ataques sexuales.

Uno de los problemas más preocupantes dentro de la prisión es el ataque sexual. Evidentemente es muy difícil que el procesado pueda sustraerse a la influencia patológica física, psíquica, que provocan las conductas de los internos. No importa cuál sea su edad, ni sus características, siempre recibirá presiones sexuales. El tiempo que el procesado pase dentro de la cárcel es un problema que agrava la situación sexual, Así lo señala el jurisconsulto Elías Neuman, al decir que “ La revelación de lo que ocurre en el submundo de las cárceles y prisiones en materia de sexualidad muestra un panorama sorprendente y degradante” (El problema sexual de las cárceles. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982).

Por ello, el gran problema es, cómo sale una persona de la institución penitenciaria luego de un ataque sexual. Sin lugar a dudas provocarán graves trastornos en su persona, en su familia y en su conducta.

Sin embargo el problema en torno a estos ataques no es el único, el suicidio mismo conlleva a otra situación psíquica muy drástica, consecuencia de un estado de soledad, depresión y temor a la reacción social por la imputación que se le atribuye. El suicidio está más estrechamente vinculado al procesado con prisión preventiva que a la persona que está cumpliendo la sentencia de condena firme, por la angustia y sufrimiento que significa la cárcel y la espera dentro de ella del eterno juicio final. Los medios de que se vale la persona para suicidarse dependen en gran medida de los objetos que pueden encontrar dentro de la cárcel, con frecuencia se observan suicidios con armas blancas, ahorcamientos, envenenamientos, arrojarse al vacío. También se menciona que:

‘El individuo por lo general se quita la vida en su celda, en soledad o en horas donde el resto de los presos no se encuentran en el lugar.’⁴⁰

Lo que lleva a un detenido a tomar tan drástica decisión es una profunda depresión como consecuencia del ingreso a la cárcel, el miedo fundado y lógico de que en la prisión le sucederán cosas muy graves, el pánico que acarrea la convivencia con personas muy agresivas.

La soledad con la que se encuentra el procesado dentro de la institución carcelaria lleva muchas veces, además del suicidio, al consumo de drogas, relacionado a fases depresivas que la situación provoca o a la

⁴⁰ Marchiori. Institución penitenciaria. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1985.

violencia sin fin. Pero sin dudas lo que más lo afecta es el rechazo familiar y su incomunicación con el mundo que lo rodeaba.

34. Violencia y fuga del procesado.- En la cárcel también ocurren las agresiones hacia los abogados, sobre todo amenazas verbales de que si el letrado no consigue la libertad habrá venganza. Toda esta situación de tensión deriva muchas veces en que el letrado decide dejar la causa y la defensa, dejando un conflicto irremediable, ya que el imputado siente que ha sido estafado, engañado por la persona en la cual depositaba toda su confianza.

No menor es el problema que trae el pago de honorarios, los sacrificios de la familia a nivel económico y psicológico, son todos problemas que agravan la situación en la que se encuentra el procesado.

En cuanto a la fuga, es dable mencionar que ella ocurre mucho más con individuos que están procesados, que con los ya condenados. Los imputados que tienen el temor a penas altas, los amenazados por los otros internos, impulsivamente sienten la necesidad de escapar de la cárcel y sobre todo a esas situaciones (Fuente: Antonio Sánchez Galindo, El Derecho a la readaptación social, Buenos Aires, 1983).

La mayoría de las conductas violentas entre presos, quedan en la cifra negra de criminalidad, ya que la conducta violenta ya es parte de una cultura delictiva sin tener en cuenta que detrás de ello hay un ser humano dotado de sentimientos.

Otro problema grave es la conducta delictiva que se gesta en la cárcel, y los conflictos entre bandas internas que involucra a toda la institución penitenciaria, como el caso de los motines, desencadenado muchas veces por la saturación de las cárceles.

En conclusión, la violencia en la cárcel donde se encuentran los individuos con prisión preventiva se relaciona a la sobrepoblación del establecimiento y como consecuencia de ello se producen situaciones de violencia. Los problemas de alimentación y cobertura médica insuficiente son debido a la cantidad de alojados en el establecimiento. Además de ello la falta de capacitación y conocimiento del personal penitenciario para con el imputado sometido a prisión preventiva agrava la situación, que según la ley el trato para ellos debe ser diferente al de los ya condenados por sentencia firme, pero la realidad muestra que ello no es así.

35. Su permanencia en prisión.- La estadía del procesado en una institución penitenciaria es generalmente prolongada, con un promedio de dos años, incluso en otros países tales como México la situación es mas caótica: “ No es de asombrarse que muchos de los individuos con prisión preventiva estén tres, cuatro, cinco y hasta seis años”.⁴¹ Estos plazos dan cuenta de la gravedad de esta inhumana e innecesaria medida cautelar no solo a nivel nacional si no más allá de nuestras fronteras.

⁴¹ Cosacov, Gustavo y otros. Duración del proceso penal en México. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1983.

Al individuo que entra a la cárcel como consecuencia del dictado de una prisión preventiva no se le brinda educación escolar ni actividades laborales, solo se observan trabajos artesanales a título ad honorem. Lo preocupante, desde mi óptica, es que no existen posibilidades laborales que permitan asistencia económica a la familia.

Los extensos tiempos de esta medida cautelar significa no solamente un daño en la conservación del individuo sino que conlleva a una situación de deterioro para su futuro como hombre socialmente participe.

Sumado a todo ello, se agrega la situación en los contactos que necesariamente se debe tener en la vida, aspectos en los cuales nada se hace para amoldar la situación del procesado a la máxima que impone la Constitución, de que una persona debe ser considerada inocente hasta que una sentencia confirme lo contrario.

36. Las consecuencias que trae el encierro en la persona del imputado.- El perjuicio que causa la prisión preventiva, es visible en todas las personas. Si es inocente, el trato que recibió en la cárcel va a marcar su desconfianza hacia el poder judicial, encargado de la aplicación de dicha medida. Es decir los malos efectos de una privación de libertad en las condiciones señaladas no sólo se advierte respecto de los que resultan condenados a una pena privativa de libertad sino también en lo que atañe a aquellos que después de haber padecido la condición material de un encierro preventivo, son declarados inocentes. La autoridad entonces no debe tener frente a los procesados solo obligaciones de limitación y

prohibiciones, sino una actitud positiva, es decir enseñarle a encarrilar su futura vida con responsabilidad social, pero para lograr eso, es necesario la comprensión del individuo de esta finalidad.

El resguardo y protección del individuo privado preventivamente de su libertad no sólo deben referirse a las autoridades de ejecución sino también de terceros, y éstos terceros son los medios de comunicación y su actitud frente al imputado. Ellos olvidan que esa persona detenida preventivamente no es responsable en el derecho penal hasta que una sentencia declare su culpabilidad. En este caso el daño de la prensa tiene muy claras consecuencias sociales y familiares. Es innegable que las noticias sin control de los medios de comunicación no pueden borrarse en sus malos efectos por una sentencia absolutoria, como se dice, que el proceso no afecta el buen nombre ni el honor de quien lo sufre, ello es una hipocresía. La prensa debe ser absolutamente libre para emitir noticias y opiniones, ya que se está en un país en la cual respetar la libertad de prensa es condición necesaria y fundamental para la democracia, pero debe tener un límite cuando ella es mal utilizada en perjuicio del imputado.

37. Naciones Unidas y normas en materia de prisión preventiva.-

En las recomendaciones de Naciones Unidas dictadas en Ginebra en 1955 sobre Normas Mínimas para el Tratamiento de reclusos, señalan en materia de prisión preventiva que la admisión a la cárcel solo es por orden de autoridad judicial, para proteger así los derechos y garantías y determinar el establecimiento donde se aloje, ya que ninguna persona podrá ser admitida en una cárcel sin orden de detención. Naciones Unidas define a la persona que ingresa a la institución como:

Toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal. (Normas N.U., Regla 84.).

La persona arrestada debe ser alojada en una institución de la policía o de prisión, y el trato a ese individuo acusado será bajo la presunción de inocencia, y corolario de este criterio esta el trato que se le debe dar al procesado, el cuál debe ser diferente al régimen de los individuos sentenciados, y además de ello deben estar separados de los ya condenados, lo cuál implica que deben ser alojados en instituciones diferentes con el objetivo de una asistencia diferenciada y especial, claro está que en Argentina el trato al individuo con prisión preventiva es el mismo que el trato que recibe el condenado por sentencia firme, lo que indica una clara violación a las disposiciones de Naciones Unidas (Normas N.U., Regla 85.).

Siguiendo las reglas de Naciones Unidas (Normas N.U., Regla 88.) siempre respetando y diferenciando al individuo con prisión preventiva, este puede vestir su propia ropa y en caso de vestir uniforme del instituto penitenciario, debe ser diferente al de los sentenciados.

En materia de trabajo, Naciones Unidas establece que todo individuo en prisión preventiva debe tener la posibilidad de trabajar, que debe ser remunerado, pero ello es otra de las reglas violadas por el régimen carcelario Argentino, que no brinda esta posibilidad, trayendo la grave

consecuencia de que el procesado no cuenta con ninguna remuneración vital para el sustento de su familia (Normas N.U., Regla 89.).

Naciones Unidas puntualiza la formación del personal penitenciario, criterio muy importante para el resguardo y asistencia a la persona procesada, esta formación se refiere a brindar un servicio social adecuado, que conlleva la necesidad de una formación apropiada, con el objetivo de resguardar al procesado, lo que significa cuidar que se realice esa tutela aplicando todas las medidas preventivas.

Esta tarea social del personal es esencial para una adecuada asistencia y protección, caracterizada por la seguridad, todo ello es fundamental en la ejecución de la prisión preventiva, relacionada a una verdadera tarea individualizada.

Pese a ello y por todo lo que se menciona, se establece que el stress físico, psíquico y social de una detención, y en especial si es por primera vez el ingreso a una institución penitenciaria tiene consecuencias muy graves en el individuo y su familia.

La ejecución de esta prisión preventiva significa un castigo hacia el individuo procesado, donde se señalan graves carencias asistenciales y de seguridad individual, carencias relacionadas con la infraestructura deteriorada, sin objetivos preventivos, personal penitenciario sin capacitación en tarea de resguardo y prevención, cárceles donde el número

de alojados sobrepasa la capacidad permitida, conduce a que los problemas se agudicen dando lugar a múltiples conflictos.

Se observa además falta de programas educativos y capacitación laboral, y se advierte que los extensos plazos de prisión preventiva implican deterioro con perjuicio para el imputado. De allí la importancia de evitar esta prisión preventiva como medida cautelar, para excluir toda posibilidad de daño moral, y la devaluación de la dignidad humana que tanto protege la Constitución Nacional.

38. Reflexiones en torno a la prisión preventiva como variable de ajuste de la seguridad y la excarcelación en los casos *Macchieraldo Ana Maria Luisa*; *Estévez José Luis*; *Rivarola Mariano Martín*, *Chában Omar Emir* y *Tejerina Romina Anahí*. Reformas en la legislación sustantiva y procesal que en esta primera década del 2000 han querido ubicar desembozadamente a la prisión preventiva como variable de ajuste de la seguridad ciudadana e instrumento sancionatorio ejemplarizante y eficaz, llevaron, entre otros factores coadyuvantes, a incrementar significativamente las cárceles provinciales y federales, excediendo con largueza su capacidad y provocando con ello una situación favorable a la producción de hechos violentos, culminados con varios motines, con lamentables pérdidas de vidas y daños materiales importantes.

El camino alternativo a semejante concepción ideológica autoritaria, oportunista y contraria al esquema institucional vigente, vino desde el ámbito judicial con ciertos fallos (sobre todo con, "Macchieraldo, Graciela

María Sala III, Cámara Nacional de Casación Penal, sentencia del 22/12/04; "Chabán Omar Emir", Cámara Nacional Criminal y correccional de la Capital Federal, sala V, sentencia del 13/5/05) inspirados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes (artículos 14, 18 y 75 inciso 22), que con claridad reconocieron los límites a los cuáles debe ceñirse el Estado para llevar adelante una investigación penal y poder privar con tal motivo de su libertad ambulatoria a una persona física, la que, aunque se encuentra sometida a proceso, no pierde por ello su condición de sujeto de derechos, el respeto a su dignidad personal y un estado jurídico de inocencia, que recién caducará cuando por sentencia firme, y en su caso, legitimada por control de una instancia jurisdiccional superior, se reconozca su culpabilidad por un hecho delictivo y se le imponga una pena privativa de libertad.

Los magistrados que los dictaron hicieron realidad la aspiración de los ciudadanos de una República democrática de contar como garantía de sus derechos con jueces exentos de preocupaciones electorales, y de los guarismos de las encuestas de opinión, que actúen como baluarte inexpugnable y los preserven contra actos e interpretaciones inconstitucionales concretos de los otros poderes del Estado y de integrantes del propio Poder Judicial, demostrando no tener temores frente a quienes tachan su entereza y siembran dudas acerca de sus motivaciones a través de declaraciones altisonantes, presiones corporativas, políticas y sociales, muchas veces conducidas por ideólogos que aprovechan para obtener rédito faccioso del dolor y la desorientación de las víctimas de las tragedias inconmensurables como por ejemplo la de "Cromañon".*** (ver fallos completos en anexo).

CAPITULO SEXTO

Exención de prisión y excarcelación

39. Definición de eximición de prisión.- Es una medida que tiene por objeto evitar la privación de la libertad de una persona durante el proceso. Es decir que es el procedimiento por el cual todo sujeto que tenga noticia o presuma que puede ser privado de su libertad puede pedir personalmente o por terceros su evitación ante el juez de la causa. Por tal razón se ha dicho que:

“En este caso se adelanta la libertad provisional, evitando la efectivización de la detención, su finalidad es en consecuencia la de mantener en libertad al imputado.”⁴²

Es decir que constituye un remedio para preservar el derecho a la libertad, con toda la irreparabilidad que conlleva estar privado de ese derecho mientras se avanza en el proceso. Es un instituto que tiende a evitar que el inculpado sea detenido, con todos los inconvenientes de orden material y moral que ello pueda aparejarle. Es un instituto que contiene un sistema de garantías ya que el proceso penal se desarrolla con el imputado en libertad y respeta en su esencia la naturaleza jurídica del mismo ya que este no es considerado culpable. Se considera un verdadero derecho y no una gracia o beneficio que concede el juez.

⁴² Creus, Carlos. Derecho procesal penal, Bs. As, Astrea, 1996.

Tal instituto cobra relevancia porque:

*“La detención preventiva, por más corta que sea siempre causa perjuicios irreparables, y no se justifica, dado que se estaría aplicando un injustificado sufrimiento al individuo que constitucionalmente está en condiciones jurídicas de permanecer en libertad durante el proceso”.*⁴³

Los fundamentos radican en que el procesado debe estar en libertad durante el juicio porque de aplicársele la prisión preventiva se está en presencia de un verdadero anticipo de pena con antelación a que se haya averiguado si el imputado es inocente o culpable. Es decir se está extralimitando las garantías impuestas por la Constitución.

40. El derecho de defensa en juicio y la exención de prisión.- Es para destacar la delicada situación que se da frente a la negación de una exención de prisión, de allí que se advierta que ésta tiende a resguardar el derecho a comparecer a juicio para ejercer debidamente y sin restricciones de ninguna índole, el derecho de defensa , para posibilitar así escuchar sus explicaciones, favoreciendo así el desarrollo de la investigación, expresamente contemplado en los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional, (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.1 y Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 8), que establecen que toda persona acusada de un delito tendrá derecho a estar presente en el proceso y tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal independiente e imparcial.

⁴³ Ábalos, Raúl. Código Procesal Penal de la Nación, Mendoza, Cuyo, 1994.

Resulta claro entonces que una persona imputada tiene el derecho a comparecer al proceso sin la amenaza de ser privada de su libertad, para poder ejercer su defensa con el objetivo de que el proceso penal se convierta en un irrazonable despliegue de poder en el cual el acusado no tenga posibilidad de participar sin que su libertad se vea afectada.

Con ello se quiere decir que:

*“La intervención que debe darse al imputado se refiere al correcto ejercicio del derecho de defensa y comprende todas las normas que tienden a resguardarlo dentro de sus garantías constitucionales.”*⁴⁴

Por eso, no puede censurarse la presencia del encausado cuando se pone de manifiesto su voluntad de formar parte del proceso para influir en la decisión final.

41. Procedibilidad.- El artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación legitima para solicitar a toda persona imputada de un delito y hasta el momento de dictarse prisión preventiva, al juez, la exención de prisión, y así lo establece el mencionado artículo:

⁴⁴ Creus, Carlos. Derecho penal, Parte general, quinta edición, Bs. As, Astrea, 2004.

Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que esta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá por sí o por terceros, solicitar al juez que entienda en aquella, su exención de prisión...

Se observa que la norma establece como límite para la procedencia de la petición, el dictado de la prisión preventiva, sin embargo, se admite que el criterio de este artículo es erróneo ya que:

“Si el fin de la eximición de prisión es evitar que una persona imputada por el delito excarcelable pueda ser privado de su libertad, cuando se pudiera encontrar en situación de obtener de inmediato su libertad provisoria, denegar aquella solo porque se ha impartido una orden de detención cautelar que, por innecesaria y vejatoria, resulta ilegal.”⁴⁵

Es decir que quebranta el derecho a comparecer en libertad al proceso. Esta garantía debe proceder con criterio amplio, es decir debe tenderse a evitar que bajo la pretensión de que no se viole la acción de la justicia, se burlen los derechos individuales del procesado.

⁴⁵ Ábalos, Raúl, Ob. Cit. Página 69.

42. Definición de excarcelación.- Se denomina excarcelación a la libertad provisional que se ordena durante la tramitación del proceso, es decir que:

“Este procedimiento se encuentra destinado a interrumpir la privación de la libertad ambulatoria en cuanto ejecución de la detención o prisión preventiva.”⁴⁶

Es decir que:

“Se denomina excarcelación a la libertad caucionada que hace cesar la prisión preventiva antes dispuesta o que, si es anticipada evita el encarcelamiento.”⁴⁷

De esta manera conforma un contrapeso para aquellas reglas que tienden a privar de la libertad al imputado, dando nacimiento a un estado de liberación, convirtiendo entonces a la privación de la libertad en:

“Una medida cautelar menos grave que asegura eficazmente el cumplimiento de los fines, de modo que la privación de la libertad sea reemplazada por una garantía.”⁴⁸

⁴⁶ Creus, Carlos, Ob. Cit. Página 68.

⁴⁷ Vélez Mariconde. Ob. Cit. Página 10.

⁴⁸ Maier, Julio. Ob. Cit. Página 12.

De esta forma la libertad individual puede ser concedida por el juez de oficio.

Es la excarcelación en definitiva considerada como un estado de libertad que goza el imputado, a quien se lo saca de prisión, asumiendo compromisos cuyo cumplimiento asegura con una caución determinada y de esta forma contrae la obligación de comparecer al tribunal cada vez que se lo solicite.

En otras palabras, la excarcelación es una manera de que la prisión preventiva no se haga efectiva o de que el imputado recupere su libertad mediante caución. Por lo tanto la libertad bajo caución es el acto cautelar por el que se produce un estado de libertad vinculada a los fines del proceso, en virtud de una declaración de voluntad judicial. Esto hace que el Estado renuncie a su facultad de mantener detenido preventivamente al sospechoso, basado en el compromiso asumido de no fugarse. Es una verdadera sustitución de garantías, de una persona por una garantía económica, con lo cual el imputado queda en libertad o la recupera.

En definitiva, la excarcelación es una manifestación de derecho a la libertad durante el juicio previo y una manifestación del derecho del imputado a una coerción menos gravosa.

Supone un pronunciamiento judicial sobre el mérito de la causa, de que no hace falta encarcelar a quien está acusado de un hecho delictivo si suministra a cambio de su persona una garantía económica o su promesa jurada de permanecer a disposición del órgano judicial.

43. Excarcelación y el imputado.- La excarcelación no debe ser apreciada como un simple beneficio que el tribunal otorga, sino que el procesado es titular de un derecho subjetivo procesal a no ser sometido en su persona a la prisión, o que cese la restricción provisional impuesta a su derecho constitucional.

Se trata de un derecho originario o innato, intransmisible o indisponible, adquirido por el simple hecho del nacimiento. Por ello la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, Fallos, 7:368; 16:88; 54:264; 102:219, entre otros) ha señalado que la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley, de donde debe entenderse que la libertad durante la sustanciación del proceso es la regla general y su otorgamiento no es una generosa gracia del que posee la potestad jurisdiccional, sino que constituye un efectivo e innegable derecho del particular sometido a proceso.

Es entonces viable considerar la plena operatividad de este derecho, puesto que las garantías contenidas en la primera parte de la Constitución son, claramente limitaciones al poder público y tiene como destinatarios a los particulares. Se trata de asegurar el derecho de todo individuo a tener una esfera de derechos contra cualquier ataque, sobre todo frente al estado.

Estas garantías conforman un listado de cosas que el Estado no puede hacer con respecto a los habitantes de la Nación. Estos no pueden ser penados sin juicio previo, ni obligados a declarar en su contra, ni sacados de los jueces naturales.

Un supuesto donde la libertad se hace imperativa lo constituye el dictado del auto de procesamiento sin prisión preventiva que establece:

Cuando se dicte auto de procesamiento sin prisión preventiva, por no reunirse los requisitos del artículo 312, se dejara o pondrá en libertad provisional al imputado y el juez podrá disponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se le señalen. Si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá disponer también que se abstenga de esa actividad

44. Fin de la prisión preventiva.- Ésta se fundamenta en el hecho de que en ningún caso el tiempo de detención sufrido superará el de la eventual condena, es decir que ya ha padecido nefastas consecuencias de habersele impuesto una pena informal sin sentencia de condena y sobre un juicio provisional sobre su culpabilidad.

Si el imputado es encarcelado preventivamente, ya no tendrá nada que temer del proceso, pues la sentencia no le podrá acarrear mas males que los que ya ha sufrido por anticipado.

45. Falta de merito y prisión domiciliaria.- Las posibilidades de resolver la situación procesal de un imputado en el Código Procesal Penal de la Nación son: Sobreseimiento, falta de merito y procesamiento sea con prisión preventiva o sin el dictado de ella. La libertad de un detenido es consecuencia del dictado del auto de falta de merito.

La soltura por falta de mérito es una libertad se concede sin tener en cuenta los motivos previstos para la excarcelación, pero si se exige la presencia del imputado en la causa. Aquí hay que tener en cuenta que el acusado tiene un derecho constitucional a que su proceso avance, en tanto que a partir del momento en que un individuo es sospechado en la comisión de un delito, se hace acreedor de derechos constitucionales inviolables.

La prisión domiciliaria consiste en una modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva más atenuada y de conformidad con las particulares circunstancias del imputado. En tales condiciones la detención implica una restricción de la capacidad de locomoción del procesado que se reduce al ámbito de su domicilio.

Para instrumentarla no es necesario que la detención sea estrictamente en el lugar de su residencia, lo que importa es que sea efectiva para que allí la supervisión pueda concretarse, quedando circunscripta así la medida cautelar a la observancia de permanecer en el lugar y al cuidado de una persona, quien es la que formalmente efectúa la petición y asume la responsabilidad de la guarda. En estas circunstancias la ley presume que con esta doble sujeción al lugar y al individuo

responsable, la medida cumplirá con sus finalidades. Es así que el artículo 33 de la ley 24.660 que es el marco normativo de la prisión domiciliaria, establece los dos supuestos por los cuales se puede acceder a esta medida. Por un lado se contempla la situación de quien ya ha cumplido setenta años de edad y por otra parte incluye a la persona que padece una enfermedad incurable en un periodo terminal. De esta forma:

*“Cualquiera sea el monto de la pena que se le impute, resulta viable la detención domiciliaria, puesto que la ley privilegia la edad o la enfermedad, sobre la necesidad de cumplir la pena en una institución carcelaria”.*⁴⁹

Lo cual parece injusto que solo se privilegie en caso de enfermedad o edad, olvidando que, la humillación física y moral, el daño irreparable, la depresión, y el sufrimiento que acarrea la prisión preventiva, no conoce edad ni enfermedades, por ello debería ser de aplicación para todos los casos y no por piedad en algunos solamente.

⁴⁹ Edwards, Carlos. Régimen de ejecución de la pena privativa de libertad, Bs. As, Astrea 1997.

CAPITULO SEPTIMO

Recursos

46. Concepto y Características.- Lisa y llanamente un recurso procesal es el medio establecido en la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución judicial (en este caso la aplicación de la prisión preventiva), ya sea del mismo juez o tribunal que la dicto o de otro de superior jerarquía.

Es decir se ha procurado regular y tutelar a la persona que esta sufriendo una medida de coerción, con el objeto de establecer un control efectivo sobre su conformidad jurídica, habilitando para ello recursos contra su imposición. De esta manera el ordenamiento instrumenta distintas vías recursivas ya sean ordinarias o extraordinarias con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la revisión de las medidas restrictivas de la libertad individual conforme al ordenamiento constitucional.

Por ello es necesario considerar que la libertad sin condena es un derecho que exige una tutela inmediata, que cualquier decisión que implique una afectación semejante puede ser revisada por una instancia superior en grado y jerarquía. En este sentido el examen de los requisitos que debe reunir la impugnación no debe ser efectuado con excesivo rigor formal que frustre la vía apta para el reconocimiento de los derechos constitucionales de libertad.

La posibilidad de impugnar las resoluciones constituye una derivación del derecho de defensa en juicio, de manera que deben ser removidas las deficiencias formales en la interposición de recursos a fin de concederle efectividad a las vías recursivas y que tales falencias no deben redundar en perjuicio de los imputados.

La Corte Suprema de Justicia, estableció, a partir del caso "Girolodi" (CSJN, Fallos, 318:514.) que la tolerancia del Estado a circunstancias que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

47. Recurso de Apelación.- El recurso de Apelación es el medio impugnativo ordinario de amplia aplicación, por el cual queda abierta la segunda instancia a tramitarse ante un tribunal colegiado con el objeto de que revise lo decidido en primera instancia. Es posible discutir el aspecto jurídico como probatorio de una decisión restrictiva de la libertad individual, que puede ser la denegatoria de una exención de prisión o de un auto de procesamiento de prisión preventiva.

Una situación claramente injusta se desprende de la ley 25.430, referida a los plazos máximos de la prisión preventiva, que en el artículo 4 dispone que la cuestión debe ser resuelta en el plazo de cinco días y los recursos que se interpongan contra la resolución que acuerde la libertad del detenido, por aplicación de la ley, tendrá efecto suspensivo. Con ello puede

afectarse seriamente la situación del imputado que al momento de ser liberado por el cese de su prisión preventiva, la resolución que así lo ordena sea impugnada por el fiscal, quedando así su libertad nuevamente franquada en desmedro de sus derechos y de la sustancia de la medida cautelar que por esencia es provisional, temporalmente limitada y de aplicación restrictiva.

Otro punto radica en el breve lapso de interposición del recurso que es de veinticuatro horas lo cual se explica por la celeridad con que debe resolverse una petición de este carácter.

48. Recurso de Casación.- Procede el recurso de Casación por dos motivos, por errores *in iudicando* o por errores *in procedendo*, el mismo será interpuesto ante el tribunal que dicto la resolución dentro del término de diez días de notificada mediante escrito con firma del letrado, en el cual se citarán concretamente las disposiciones legales que se consideren violadas o erróneamente aplicadas y se expresara cuál es la aplicación que se pretende. Deberá indicarse separadamente cada motivo. La distinción radica en la diferente posición del juez frente al derecho:

“En el error in iudicando se atiende a su deber de declarar el derecho al caso juzgado, en el error in procedendo regula su actividad en cuanto a

*la sujeción y cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento.*⁵⁰

En tal caso el recurso de casación procedería en el supuesto de excarcelación, enmarcado en el segundo supuesto, es decir frente a la carencia de fundamentación suficiente que convierte a la decisión en arbitraria e importa la inobservancia de las normas que el ordenamiento establece bajo pena de nulidad:

‘Ello se asienta en la circunstancia de que la garantía constitucional del juicio previo en su verdadera y completa formulación, debe expresarse como juicio previo y legal, lo cual supone el respeto a las formalidades establecidas por las normas para que el proceso pueda desembocar en una sentencia definitiva válida.’⁵¹

Siguiendo en materia de recurso de casación (la cual procede según lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación por dos motivos básicos: en virtud de errores *in indicando*, o de errores *in procedendo*), es la misma Corte Suprema (CSJN, Fallos, 319:1389 y 285; 320:1847.) la que ha establecido que las decisiones del tribunal que denieguen la libertad deben ser revisadas en casación, sin que interesen los obstáculos formales. Es decir que no corresponde restringir el acceso a las instancias superiores de revisión de decisiones a través de excesivos rigorismos formales respecto de la admisibilidad de los recursos en la medida que restrinjan o limiten el acceso a la jurisdicción.

⁵⁰ López Puleio. Delitos contra la libertad, Editorial Ad.Hoc, 1988.

⁵¹ De La Rúa, Fernando. La casación penal, Bs. As, Depalma, 1994.

Siguiendo los lineamientos del artículo 422 del Código Procesal Penal de la Nación, la interposición de un recurso tendrá efecto suspensivo, salvo que se disponga lo contrario. La regla general en esta clase de recursos es el efecto suspensivo, razón por la cual no se debe ordenar la captura del imputado. De esta manera y en atención al principio *favor libertatis* y al conjunto de garantías implicadas en la prisión preventiva, los códigos procesales prevén expresamente que la sentencia absolutoria debe disponer la libertad del imputado (Artículo 402, Código Procesal Penal de la Nación).

49. Recurso Extraordinario Federal.- La eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercida por los jueces requiere la existencia de un tribunal superior especialmente encargado de revisar sus resoluciones por ello:

*“Las leyes 48 y 4055 confiaron esta tarea a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableciendo al efecto el recurso extraordinario, que es una apelación excepcional que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía constitucional”.*⁵²

En principio el recurso extraordinario federal resulta improcedente contra resoluciones que comprometen la libertad individual durante la sustanciación del proceso, ya que formalmente no constituyen sentencia definitiva, pero la Corte Suprema de Justicia (Causa Massera, Fallos: 306-

⁵² Imaz, Esteban- Rey, Ricardo. El recurso extraordinario, Bs. As, Jurisprudencia Argentina, 1943.

22, de 1984). admitió por vía de excepción que son equiparables a ellas a los fines del artículo 14 de la ley 48, los pronunciamientos que por su índole y consecuencias pueden llegar a frustrar el derecho invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior. Por ello, la Corte tiene dicho que las decisiones que mantienen la privación de la libertad del procesado con anterioridad al fallo final de la causa, ocasionan un perjuicio de imposible reparación ulterior, con lo cual son equiparables a una sentencia definitiva. Es decir sostiene el Máximo tribunal que todo lo que menoscaba la libertad ambulatoria produce perjuicio que si bien es indemnizable, nunca podrá ser reparado en especie, siendo el daño causado siempre irreparable.

La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el término de gravamen irreparable (CSJN, Fallos, 300:642.) entendió que se configura ante las siguientes situaciones, por un lado en la ausencia de otra oportunidad procesal útil para obtener el amparo del derecho constitucional que se trate (en este caso la libertad individual), lo que implica descartar toda posibilidad de volver sobre lo resuelto, esto incluye todo caso en que se deniegue la excarcelación con fundamento en una norma contraria a la Constitución , ya que lo que se pretende es obtener la libertad hasta la sentencia firme. Por otro lado se configura teniendo en cuenta la magnitud del perjuicio, es decir de imposible reparación y por ultimo dilaciones o trastornos que se pueden ocasionar afectando la defensa en juicio o provocando la denegación de justicia.

De esta forma la irreparabilidad del gravamen puede provenir de que el derecho cuestionado y por el cual se afecta la libertad individual deba ser

amparado en la oportunidad procesal en que se lo invoca o de las dilaciones y trastornos que ocasionaría el mantenimiento de dicha resolución, razón por la cual La Corte Suprema de Justicia de la Nación equiparó a sentencias definitivas a aquellas que originan agravios cuya enmienda en la oportunidad procesal en que se los invoca, exhiben prima facie entidad bastante para conducir a un resultado diverso del juicio, por lo que de ser mantenidos generarían consecuencias ulteriores de imposible reparación, puesto que se privaría al procesado de la posibilidad de valerse de remedios legales ulteriores para obtener la tutela de esos derechos (CSJN, Fallos, 310:549.) .

CAPITULO OCTAVO

La caución como medida alternativa y sustitutiva de la prisión preventiva

50. Características.- El proceso penal cuenta con diversas medidas coercitivas, entre las cuáles se observa que la prisión preventiva resulta la que más afecta los derechos individuales. Es necesario encontrar un abanico de opciones más aceptable que la actual antinomia libertad- no libertad, para el logro de una solución racional a la permanente tensión entre el interés individual y el interés estatal, es decir una solución que permita que el Estado pueda administrar justicia y ser eficaz al mínimo costo individual. Se destacó el fracaso de las instituciones carcelarias y el convencimiento de que el costo no sea justamente el que recibe la violencia oficial a flor de piel: el procesado. Sólo es concebible entonces alguna tensión si la preponderancia de fuerzas es similar. En el sistema actual parece que las garantías individuales tienen existencia y dimensión solo referencial.

Una medida alternativa, que salvaguarda las garantías constitucionales del imputado, y que es superadora de la prisión preventiva para evitar el peligro de fuga, desde mi punto de vista, es la caución real, en definitiva constituye un medio menos gravoso y violatorio de garantías individuales que la pena anticipada y a mi entender garantiza plenamente el normal desarrollo del proceso penal, sin entorpecimientos.

La caución implica un compromiso, es una garantía de que la persona cumplirá con lo pactado.

De los principios que fundamentan la libertad del imputado sin que medie sentencia de condena surge que la excepción es la privación de dicha libertad constitucionalmente reconocida. La regla general indica que para resguardar la prosecución del proceso y la comparecencia del imputado, debe acudirse a la garantía prevista a modo de caución por el ordenamiento procesal.

Un dato a tener en cuenta se da en el derecho constitucional de los Estados Unidos, donde aparece que todas las personas pueden ser liberadas con garantía suficiente. En este país los jueces tienen la obligación de conceder la libertad al procesado y consecuentemente tener en vista la octava enmienda de la Constitución del país, que establece que no se pueden exigir fianzas excesivas, ni se impondrán multas desproporcionadas, ni se infringirán penas crueles y desusadas. Aquí la fianza puede ser de tres maneras: real, personal o juratoria. En primer lugar, por el compromiso de pagar una determinada suma de dinero a través de un depósito(real), en segundo lugar está la personal que consiste en pagar, en general con uno o más cofiadores, en caso de incomparecencia , y en tercer lugar está la real, por medio de un reconocimiento verbal ante el juez, no exigiéndose firma del imputado.

51. Finalidad.- La caución tiene por objeto asegurar que el imputado cumplirá con lo impuesto por la autoridad judicial, y que además se someterá a la ejecución de la sentencia si fuere condenatoria.

De tal forma:

No corresponde fijar cauciones elevadas basándose en la gravedad de los daños causados por el delito, sino que se debe tener en cuenta principalmente el mayor o menor interés que pueda tener el imputado en sustraerse a la acción de la justicia.

La finalidad en sí de esta medida es asegurar la comparecencia del acusado en el juicio y no la reparación del perjuicio causado, por lo tanto su cuantía se debe considerar con relación a los medios de vida del imputado, a sus lazos afectivos y a la confianza que se tenga en que la pérdida de la garantía. En el supuesto de no comparecer en el juicio será bastante freno para eliminar cualquier idea de fuga.

52. El imputado y su deber de cumplir.- La libertad durante el proceso presupone el compromiso del imputado de comparecer cuando le sea requerido. La observancia de este compromiso puede reforzarse mediante la imposición de otras obligaciones que ayuden al imputado a su cumplimiento. Y ante una eventual desobediencia a dicho compromiso está presente la amenaza de la aplicación de prisión preventiva al imputado, pero siempre, antes de todo debe asegurarse la imposición de una medida cautelar menos gravosa que aquella que aplica restricciones a la libertad.

53. Modalidades.- En el derecho argentino hay un grado de prelación que establece en primer lugar y como regla, la caución juratoria, que consiste en la promesa simple prestada bajo juramento por el imputado de someterse a las exigencias bajo las que se otorga la excarcelación. La libertad que se concede, en este caso se acuerda sin caución. Es decir que esta modalidad consiste en el fiel compromiso del procesado de observar y cumplir el proceso. Por lo tanto no hay caución en sentido pecuniario, sino solo una promesa jurada del imputado de cumplir con las condiciones impuestas por el magistrado.

La ley procesal deja librado a criterio del juez la elección de la especie de caución, la fijación de su monto, e incluso la posibilidad de otorgarla bajo promesa jurada, si el juez considera imposible que el imputado, por su estado de pobreza, ofrezca caución económica. En este supuesto se reemplaza la caución por la obligación de presentarse ante el tribunal que corresponda.

La elección de la cantidad y calidad de caución debe tender a que constituya un eficaz motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones.

Por otra parte, está la caución personal que consiste en la obligación que asume el procesado con otros fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije. En este caso la amenaza de ejecución de la suma impuesta recae sobre una persona distinta a la del imputado.

Se encuentra también:

*'La caución real, que se constituye depositando dinero, títulos valores o efectos públicos cotizables, en la cantidad que el juez determine.'*⁵³

La fijación de la caución debe ser efectuada por el juez, teniendo en cuenta no solo la finalidad de la medida, sino también la situación económica del procesado, para no exigir cauciones que por su monto puedan llegar a hacer ilusoria la libertad. La fianza adecuada en su quantum es aquella que garantiza de la mejor manera que el imputado cumpla con sus obligaciones. Se trata de encontrar un equilibrio en un monto que no sea de imposible cumplimiento para el imputado, pero si lo suficientemente significativo como para compelerlo a no entorpecer la realización de la justicia.

En este tipo de medidas esta el peligro que se deniegue al imputado de permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, al aplicar una caución que resulte imposible de satisfacer debido a su elevado monto. En tal situación el derecho a la libertad no puede ser quebrantado mediante una barrera pecuniaria ya que las cauciones solo tienen como fin que el procesado no entorpezca la investigación ni eluda a la justicia. En dicho sentido el artículo 320 último párrafo del Código Procesal Penal establece como criterio fundamental que:

⁵³ Cafferata Nores, José. Ob. Cit. Página 16.

Queda absolutamente prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento para el imputado, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho atribuido y su personalidad moral.

CAPITULO NOVENO

Conclusiones finales

El objetivo del presente trabajo consistió en analizar a la prisión preventiva, para ello se establecieron y acreditaron las consecuencias negativas que acarrea la negación de la libertad durante la tramitación de un proceso penal. Esta privación es reconocida socialmente como un castigo anticipado, siendo la excepción la excarcelación en una determinada gama de supuestos, y no como debería ser, la regla, la cuál es aún mas rechazada por la comunidad cuando el caso reúne ciertas características mediáticas y de gran difusión.

Es interesante como ello influye en el juez, que por un lado tiene principios y garantías constitucionales que respetar y por el otro lado una influencia exterior que modifica la medida a tomar.

En la mayoría de los casos, con las decisiones de encarcelar preventivamente se pretende satisfacer a la opinión pública cuando los hechos han provocado gran escándalo, e intentan justificarla en aquellos casos en que se conmociona la confianza de la sociedad, creándose un sentimiento colectivo de inseguridad, falta de protección y de impotencia en la prevención delictiva. Consecuencia de ello quien injustamente lo padece, violándose toda disposición constitucional de libertad durante el proceso es el imputado, ya que el juez con esta medida cautelar se aparta del artículo 18 de la Carta Magna para satisfacer esa inquietud colectiva de

inseguridad, aplicándose un criterio riguroso de privación de la libertad, de sentido represivo, a quien aún no ha sido condenado. De esta manera se trata a la prisión preventiva como una medida ejemplificativa, reflejando en la comunidad un sentimiento de justicia instantánea, adelantándose la pena de manera inmediata, lo cual resulta totalmente ilegítimo, en orden a los postulados que guían el instituto de la coerción personal y ante los derechos y garantías que se le asisten al propio imputado. Por tal motivo se sostiene que:

“Quien pretende reprimir durante el proceso olvida que la pena no puede ser previa al juicio, sino previo el juicio.”⁵⁴

Es decir que la propia Constitución ha desechado la posibilidad de sanción inmediata del delito, interponiendo entre el hecho y la pena un plazo ocupado por el proceso tramitado en libertad.

En el mismo sentido se considera improcedente la aplicación de la prisión preventiva con el pretexto de que con dicha disposición se evitará entorpecer la investigación de la justicia. Al respecto se ha querido justificar que:

“Esta forma de coerción no implica identificar al imputado al condenado, también es preventiva y cautelar porque es perfectamente legítimo que el

⁵⁴ Cafferata Nores, José. Ob. Cit, Página 16.

*órgano estatal evite que el imputado incurra en otra transgresión al derecho penal, además de que ya se presume cometida.*⁵⁵

Si se presume la inocencia del encausado no puede presumirse a contrario imperio, la continuidad de su culpabilidad manifestada en futuros sucesos delictivos.

En tal sentido es necesario distinguir la peligrosidad propia de la conducta demostrada por el procesado, en cuanto se comprueba la posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación, de la aplicación en forma intempestiva de una medida de seguridad. Por lo tanto como el principio de inocencia no es solo presunción de no culpabilidad, sino también presunción de no peligrosidad, no es legítimo aplicar medidas cautelares para neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva.

En definitiva, y desde mi punto de vista, con la prisión preventiva se pretende satisfacer la opinión pública, utilizando la coerción personal como un fin intimidante, para disuadir en forma concertada a quienes alteran la paz social. De esa manera se olvida que la pena no puede ser previa al juicio y por ende no se puede encarcelar anticipadamente durante el proceso. Esto trae muchos problemas en materia de política procesal ya que se presenta confrontación de la justicia y la libertad como intereses contrapuestos, sin advertir que la Constitución impone el logro de esa eficacia sin desmedro de las garantías individuales, por lo tanto la prisión preventiva es contraria a la constitución, lo que indica que debe ser

⁵⁵ Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. Página 10.

sustituida por otra medida cautelar en armonía, es decir, que garantice la libertad del imputado durante el proceso y a la vez se asegure con ello que no se entorpecerá la investigación de la justicia. De ahí que esta prisión preventiva descansa sobre una base claramente inconstitucional, llevándose por delante el principio *nulla poena sine iudicio*. De este modo deja de tener vigencia los principios de inocencia y de culpabilidad, si es posible aplicar una sanción o reprimir antes de que la sentencia definitiva declare como único medio legítimo para hacerlo, que una persona que cometió un delito, será culpable.

De este modo hay que superar el defecto del ideal inquisitivo, que consiste en imponer una visión unilateral del proceso, cerrando los ojos ante la suerte del imputado para mirar únicamente el interés social.

La realidad muestra que el poder punitivo sacrifica el estado de inocencia ante la más mínima señal de desconfianza, privando a un sujeto de la libertad. El instituto de la prisión preventiva es generadora de muchos conflictos y de consecuencias problemáticas que involucran a toda la sociedad.

Este problema de la privación de la libertad anticipada, lesiona gravemente todos los principios constitucionales señalados, y se imponen a una sanción que antecede el fallo.

El Estado de derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos a las leyes del país, sino también subordinación de las leyes al

límite material del reconocimiento de los derechos fundamentales considerados constitucionalmente inviolables. El orden de prelación normativo nos indica una jerarquización de estándares que no pueden ser condicionados ni alterados, porque su alteración o modificación acarrearían violaciones permanentes.

La alarma social producida por la idea de que un delincuente aún no juzgado no sea castigado de forma inmediata es un argumento del que se vale para la aplicación de la prisión preventiva. Pero es obligación de los magistrados jerarquizar la interpretación y aplicación de las normas de derecho constitucional. Es misión del Estado priorizar la búsqueda de reformas sustanciales que tengan por objetivo encontrar salidas alternativas a la prisión procesal. Demás está decir que ningún habitante se le podrá aplicar una pena efectiva sino ha mediado un proceso fundado en ley anterior, donde una sentencia definitiva determine su responsabilidad frente al hecho. Lo manifestado encuentra fundamento en la función del derecho penal, el cuál no previene ni evita el acaecimiento de los hechos delictivos, solo se encarga de esclarecerlos y aplicar una sanción, siendo en consecuencia indiferente la aplicación de la prisión preventiva, ya que la misma no hace más que perjudicar al sistema carcelario y demostrar la impotencia estatal para llevar adelante una investigación penal sin atropellar garantías individuales constitucionales.

Queda expresado el fracaso absoluto de la prisión preventiva, donde se da curso a esta medida por el afán investigativo y en la mayoría de los casos por clamor popular.

Las cárceles tienen como premisa corregir la conducta de las personas, reeducarlo y reinsertarlo nuevamente a la sociedad, pero la realidad muestra que dentro de ella nada se soluciona.

Por lo tanto es deber del Estado priorizar reformas para lograr evitar la prisión preventiva para no menoscabar la condición humana de quien se encuentra sometido a proceso, y reiteradamente se concluye que es función judicial jerarquizar las normas constitucionales sobre las procesales, no utilizando al instituto como medida de política criminal. Entendido esto y por todo lo expuesto precedentemente, las normas procesales en materia de prisión preventiva deben ser declaradas inconstitucionales por ser una ofensa y estar en contradicción con lo dispuesto por Constitución en lo referido a los derechos y garantías que tutelan la libertad durante el proceso y la presunción de inocencia hasta que una sentencia definitiva declare su culpabilidad.

Bibliografía

- **Abalos, Raúl W.**, *Código Procesal Penal de la Nación*, Mendoza, Cuyo, 1994.
- **Badeni, Gregorio.**, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.
- **Beccaria, Cesare.**, *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Heliasta, 1993.
- **Bidart Campos, Germán.**, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1998.
- **Binder, Alberto.**, *Justicia Penal y Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993.
- **Borda, Guillermo.**, *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1996
- **Cafferata Nores, José.**, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1988.
. *Excarcelación y eximición de prisión*, Temas Penales numero 1; Buenos Aires, Depalma, 1986.
- **Carrara, Francesco.**, *Programa del curso de derecho criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944.
- **Carrio Alejandro.**, *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988.
- **Casabal Elia, Adolfo.**, *Una perversa situación procesal que debe corregirse con premura*, LL,2002-E-996.
- **Chichizola, Mario.**, *La Excarceración*, Buenos Aires, La Ley, 1963.
- **Claria Olmedo, Jorge.**, *Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad procesal del imputado*, LL,155-1177

- . *Derecho procesal penal*, Buenos Aires- Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- . *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1966.
- **Creus, Carlos.**, *Derecho penal. Parte general*, quinta edición, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- . *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Astrea 1996.
- **De La Rúa, Fernando.**, *La casación penal*, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- **Edwards, Carlos.**, *Régimen de ejecución de la pena privativa de libertad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- **Ferrajoli, Luigi.**, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2000.
- **González Joaquín V.**, *Manual de la Constitución argentina*, actualizado, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- **Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolás.**, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.
- **Imaz, Esteban-Rey, Ricardo.**, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1993.
- **Levene, Ricardo.**, *Manual de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- **Maier, Julio.**, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Córdoba, Lerner, 1981.
- . *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1996.
- **Núñez, Ricardo.**, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Córdoba, Lerner, 1988.
- **Pastor Daniel.**, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.
- **Romero Villanueva, Horacio.**, *La cuestión del quantum en la caución real*, www.derechopenalonline.com.

- **Roxin, Claus.**, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2000.
- **Solimine, Marcelo.**, *Libertad bajo caución y situación procesal en el Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- **Vélez Mariconde, Alfredo.**, *Derecho Procesal penal*, Córdoba, Lerner, 1969.
- **Virgolini, Julio.**, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Buenos Aires, Nemesis, 1984.
- **Zaffaroni, Eugenio- Alagia, Alejandro- Slokar, Alejandro.**, *Derecho penal*, Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2002

ANEXO

"Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" - CNCP - Sala III - 22/12/2004

///En la Ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de diciembre del año dos mil cuatro, reunidos los integrantes de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores Eduardo Rafael Riggi, Angela Ester Ledesma y Guillermo José Tragant, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la causa n° 5472 caratulada "Machieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", con la intervención del representante del Ministerio Público ante esta Cámara, doctor Ricardo Gustavo Weschler y de Eduardo Dario De Biase, en beneficio de Ana María Macchieraldo, con el patrocinio letrado de los Dres. Norberto Eduardo Spolansky y Gustavo Héctor Bobbio Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el orden siguiente: doctores Ledesma, Riggi y Tragant.//-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

La señora Juez doctora Angela Ester Ledesma dijo:

PRIMERO:

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 112/133, por Eduardo Dario De Biase en beneficio de Ana María Luisa Marafoscchi, con el patrocinio letrado de los Dres. Norberto Eduardo Spolansky y Gustavo Héctor Bobbio, contra la resolución dictada con fecha 30 de julio de 2004 (cfr. fs. 96/101)) por la Sala "B" de la Excma. Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Penal Económico, que resolvió: "I.- CONFIRMAR la resolución de fs. 53/58 vta. de este incidente".-

Los recursos deducidos fueron rechazados a 161/165vta. por el Tribunal de mención, lo que motivó la presentación directa ante esta Cámara (cfr. fs. 184/205), queja que fuera concedida por esta Sala a fs. 212; y mantenida a fs. 217.-

Que durante el término de oficina el Sr. Representante del Ministerio Público se presentó a los fines dispuestos por el art. 465, primera parte y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, solicitando se haga lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos (fs. 222/227).-

No habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 468 del ritual por mediar expresa renuncia de las partes (fs. 231 y 234), la causa quedó en condiciones de ser resuelta (cfr. fs. 239).-

SEGUNDO:

a) Con invocación de ambos supuestos del art. 456 se dedujo el presente recurso de casación.-

Así el recurrente señaló que la interpretación efectuada por los sentenciantes " ... implica una violación a lo dispuesto por los arts. 316 y 319 del CPPN, toda vez que se han entendido los límites de pena establecidos por el primero como una presunción iuris et iure y las previsiones del segundo como una nueva posibilidad de limitar la concesión del beneficio en caso de ser procedente conforme a primero. Asimismo, se ha interpretado —inobservando la expresa previsión de la norma procesal— que el máximo no superior a ocho años al que hace referencia el art. 316 CPPN es el que se refiere al delito imputado y no () a la concreta persona del imputado, pese a lo cual se ha dicho que le correspondería a Macchieraldo una pena cuyo máximo sería superior a ocho años, sin dar razones fundadas para

ello".-

También ante la violación de normas o garantías constitucionales entendió procede el recurso de inconstitucionalidad en los términos del art. 474 CPPN, pues las razones que avalan ambos cuestionamientos resultan inescindibles en cuanto a su tratamiento.-

Destacó que "esta aplicación de las normas procesales (arts. 316 y 319 del C.P.P.N.) Que ha hecho V.E. de ninguna manera puede conciliarse con el carácter restrictivo que deben tener las medida privativas de la libertad durante el proceso (art. 2 y 280 C.P.P.N.) Ni mucho menos con el principio de inocencia, el derecho a la libertad ambulatoria y el instituto de la exención de prisión".-

Por otra parte recalcó que el Tribunal "ha recurrido (a) fórmulas genéricas o abstractas para aplicar el art. 316 CPPN como una presunción 'iuris et de iure', en violación tanto el principio de inocencia, el derecho a la libertad ambulatoria durante el proceso, y el instituto de la exención de prisión, en la medida que pretende privar al beneficiario de su libertad durante el proceso en contra de la presunción de inocencia aún vigente y que sólo puede ser recovada mediante una sentencia de condena firme".-

Agregó que "Del hecho que una escala penal sea muy intensa en su punto máximo no se infiere lógicamente, como surge del auto cuestionado, que el imputado se fugará una vez que se le de por primera vez la oportunidad de presentarse al proceso en libertad y conservarla hasta que, si fuere el caso, se le imponga una pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo y ésta se encuentre firme. También es posible que se lo absuelva, hipótesis no tenida en cuenta por V.E.-

Señaló que el resolutorio recurrido carece de la motivación exigida por el ordenamiento procesal, lo que torna arbitraria la decisión adoptada.

Así manifestó que el Tribunal omitió dar tratamiento a cuestiones sustanciales expresamente introducidas por esa parte que afectan el debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio. Además, dijo que se omitió considerar las cuestiones vinculadas con el hecho imputado a su asistido"... resulta caprichoso y antojadizo el criterio de V.E. para abocarse o desechar argumentos vinculados al análisis jurídico del hecho investigado. Pero, lo que resulta a todas luces arbitrario y violatorio tanto del debido proceso legal como de la defensa en juicio, es el rechazo de argumentos vinculados con el hecho cuando estos podrían beneficiar al imputado, y la aceptación de estos en su perjuicio, es decir, para descartar una analogía con un antecedente del Superior que lo beneficia".-

En este orden de cosas, adujo que los sentenciantes tampoco han dado "razones fundadas por las cuales afirman que: 'correspondería a Macchieraldo una pena cuyo máximo sería superior a los (8) años de privación de libertad'. El beneficiario podría ser sobreseído, absuelto, o condenado a una pena inferior a los 8 años, por ello afirmar que le correspondería una pena mayor a 8 años con el objeto de privarlo de su libertad durante el proceso y sin dar razones fundadas para ello, importa una falta de motivación arbitraria".-

Finalmente, hizo saber que Ana María Luisa Macchieraldo, se pone a disposición del Tribunal bajo la fianza que se determine, probando de este modo su vocación de estar a disposición de la justicia.-

En último término, señaló que en atención a que esa parte invocan en apoyo de la interpretación de las normas que se sustentan los precedentes "Vicario", "Palleros" y "Mendez" de esta Cámara de Casación y, para el caso que la sentencia contradiga dichos antecedentes solicita la reunión en pleno de ésta Cámara, conforme lo prescripto por los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, a fin de que

establezca la doctrina aplicable.-

Por todo ello requirió se declare la inconstitucionalidad de la interpretación dada a las normas sustantivas y procesales, por ser violatorias de las garantías y se haga lugar a la exención peticionada, previa fijación de la correspondiente caución razonable para garantizar su conducta en el proceso.-

Hizo reserva de caso federal.-

b) Que durante el término de oficina, el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Ricardo Gustavo Weschler, señaló que "el fallo puesto en crisis merece ser tachado de arbitrario por falta de motivación, en tanto esos 'principios rectores' (al decir de la Sala II) no han sido motivo de análisis, en virtud de que la Alzada recepta las limitaciones de los arts. 316 y 317 como de 'iuris et de iure'. Ello ha impedido que se diera debido tratamiento a las circunstancias puestas de manifiesto por la defensa, que a mi juicio rebata adecuadamente la posición del Juez de Primera Instancia respecto a negarle a los encausados el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación de la causa, únicamente por mantenerse en rebeldía".-

Agregó que "(...) no comparto con criterio de la Sala "B" en cuanto a que si el peligro de sustraerse a la acción de la justicia fuera el único elemento a tener en consideración, los extremos consignados en los arts. 316 y 317 carecerían de valor y restarían entidad a tal normativa. Ello así, en tanto aquellos límites deben interpretarse en armonía con los del art. 319, que obraran como atenuantes o agravantes, según que las penas de marras superen o no los tres y ochos años, siempre atendiendo a las especiales circunstancias de índole fáctica que se comprueben en cada caso".-

Por último, resaltó que "la inobservancia de las formas procesales provoca en consecuencia, la inconstitucionalidad de la interpretación

de las normas a que nos hemos venido refiriendo, puesto que en ausencia de una clara demostración de la circunstancias de hecho que permitan inferir de modo contundente que el imputado intentará eludir la acción de la justicia, el dictado de una resolución que coarte su libertad solo por la medida de pena que en abstracto pudiera corresponderle, se verá enfrentada a principios tales como el de inocencia, consagrados explícitamente en el art. 1 del ordenamiento de rito, pero derivado del art. 18 de la Constitución Nacional (...)."-

TERCERO:

Que conforme surge de lo actuado, la resolución impugnada tuvo origen en la decisión emitida a fs. 226/268vta. de los autos principales, por el Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Tribunal nro. 1 de esta ciudad dispuso "I.- RECIBIR DECLARACIÓN INDAGATORIA y en consecuencia, ORDENAR AL SR. JEFE DE LA POLICÍA FEDERAL ARGENTINA SU CAPTURA, a ... Edgardo Ángel Ruere, L.E. 4.315.035, argentino, casado, domiciliado en la calle Olazabal 5647 de esta Ciudad...", con fundamento en que "... luego de analizar las probanzas colectadas en la causa, entiendo que existe el estado de sospecha suficiente en los términos del artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación para convocar a prestar indagatoria, con relación a los hechos por los que media requerimiento de instrucción a Celia Alba Ruere, Rafael Macchieraldo, Roberto Aquiles Macchieraldo, Horacio Anselmo Macchieraldo, Ana María Laura Macchieraldo, Elda Magdalena Giletta, Susana Raquel Macchieraldo, Aquiles Alberto Macchieraldo, Graciela Macchieraldo y Edgardo Ángel Ruere.- 4.- Que atento a las características de este proceso, a efectos efectivizar la medida, ordenaré la detención de los nombrados (arts. 282 -a contrario sensu-, y 283 del C.P.P.N.-..." (cfr. 265vta.)

Que por resolución de fecha 7 de julio de 2004 el Sr. juez de grado

denegó la exención de prisión impetrada a favor de Ana María Luisa Macchieraldo (cfr. fs. 53/58vta.), circunstancia ésta que motivo la apelación de dicho decisorio.-

Que a fs. 96/101 la Sala "B" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico dispuso confirmar la resolución recurrida.-

CUARTO:

De la lectura del decisorio impugnado se advierte que el mismo adolece de los siguientes vicios, por un lado incurre en afirmaciones dogmáticas, desprovistas de un análisis de los hechos de la causa y, por el otro viola la garantía constitucional de todo ciudadano a permanecer en libertad durante la sustanciación de un proceso llevado en su contra, cuando no existan pruebas que hagan presumir que eludirá la acción de la justicia.-

Lo dicho me permite adelantar que la resolución es arbitraria pues no basta que un fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados. Porque si no lo están entonces sólo hay apariencia de fundamentación (Carrió, Genaro, Carrió, Alejandro; El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema; Tomo 1, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987; Tomo 1, pág. 260). Esto es lo que ha sucedido en autos.-

Los autores de mención enseñan que "es verdad que una afirmación dogmática también constituye premisa mayor para la conclusión, pero los fallos judiciales no pueden auto-sustentarse. No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con arreglo a criterios y a apreciaciones que, por hallarse dotados de fuerza de convicción puedan convencer. De otro modo la decisión no sería mas que el producto del arbitrio ilimitado de los jueces" (El recurso extraordinario por sentencia

arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema; Tomo 1, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1987, pág. 259).-

El Tribunal afirma "3°) Que por el art. 316, segundo párrafo, del C.P.P.N. (aplicable al 'sub lite' en función de lo prescripto por el art. 317 inc. 1°), se impone al juez la obligación de estimar la condena que, eventualmente, podría corresponder a la imputada en la causa, al momento de examinar un pedido de exención de prisión como el efectuado a fs. 38/50. En consecuencia, si se tiene en cuenta la pena máxima prevista por el art. 2° de la ley 24.769, en caso de ser condenado en esta causa, correspondería a MACCHIERALDO una pena cuyo máximo sería superior a los ocho (8) años de prisión de la libertad.- Asimismo, el mínimo de la escala penal en abstracto para los delitos que se imputan sería superior a tres (3) años. Esta circunstancia constituiría un obstáculo inoslayable a la procedencia de la suspensión del incumplimiento de la pena ..." (cfr. fs. 96vta).-

Lo expresado denota total ausencia de motivación "razones o motivos", en otras palabras afirmación de hechos que habiliten aplicar la norma.-

Razonamientos que se reitera al expresar de modo abstracto que "...

4°) Que, ' en caso en que pudiera corresponder al imputado un máximo superior a los ocho años de pena privativa de la libertad, y en la hipótesis en que el juez estimara 'prima facie' que no será procedente la aplicación de una condena de ejecución condicional (art. 317 inc. 1° en función del art. 316 segundo párrafo, del C.P.P.N.), por la ley procesal no se impone al magistrado la tarea de evaluar una eventual elusión de la acción de la justicia por el imputado; por el contrario, por aquéllas disposiciones legales se parte de una presunción del legislador que se encuentra insíta en aquellas normas, vinculadas con que el imputado, en las hipótesis mencionadas, no se

someterá a la acción de la justicia por la gravedad de la condena que se pronostica, en función del hecho o hechos ilícitos que se atribuyen a aquél en el proceso' 'Si bien ello conduce a que el delito que se le imputa al procesado no sea excarcelable, el derecho a gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena, no constituye una salvaguarda contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional pues la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso (confr., Sala "B", Regs. Nos. 489/97, 839,)7...)" (cfr. fs. 96vta/97).-

El decisorio revela que los jueces aplican reglas de prueba tasada, las que en nuestro ordenamiento jurídico han perdido vigencia, toda vez que el sistema de valoración de la prueba denominada de libres convicciones y sana crítica racional, es el que se corresponde con las reglas mínimas exigidas por imperio constitucional como salvaguarda frente a la arbitrariedad de las decisiones.-

La insistencia en la aplicación de una presunción legal, sin valorar las circunstancias de la causa aparece nuevamente cuando expresan que "... este Tribunal, ha establecido en casos anteriores: '...en atención a lo que se prescribe por el art. 26 del Código Penal, y por los arts. 316 2º párrafo y 317 del C.P.P.N. ('a contrario sensu'), queda claro que en los casos como el que se examina, en los que el imputado se enfrenta a la eventualidad de ser condenado a una pena mínima privativa de la libertad de cuatro años (confr. art. 867 del Código Aduanero), se advierte una presunción del legislador, que se encuentra incita en las disposiciones legales mencionadas, en cuanto a la sustracción a las órdenes del tribunal en que incurriría el imputado si recuperase la libertad, como consecuencia de la gravedad de la posible sanción que

se imponga en la causa'. ' Por ende, la resolución apelada es ajustada a derecho y a las constancias de la causa, y no resulta necesario considerar la aplicación del art. 319 del C.P.P.N.' (Regs. Nos. 994/98 y 1.360/01 de esta Sala 'B')..." (cfr. fs. 97/97 vta.)-

Tales afirmaciones tornan arbitrario el decisorio impugnado, ya que están desprovistas del necesario fundamento que es condición indispensable de las sentencias judiciales (Fallos 317:1790).-

De lo reseñado, se desprende que la fundamentación de la resolución es aparente, ya que las aserciones o negaciones dogmáticas efectuadas no han sido vinculadas con las pruebas seleccionadas y valoradas. Únicamente se limitan a reproducir estándares doctrinarios o jurisprudenciales sin ponerlos razonadamente en relación con los hechos de la causa (Cafferata Nores, José I- Tarditti, Aida; Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado, Tomo 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2003, pág. 290).-

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que, corresponde dejar sin efecto el fallo que prescinde de valorar las pruebas conducentes e infringe la regla de la sana crítica judicial mediante una afirmación dogmática y genérica desvinculada de lo sostenido y probado en el juicio, ya que la omisión señalada afecta de forma directa e inmediata la garantía de defensa en juicio (Fallos 294:338).-

En el mismo sentido ha dicho que "la sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface sólo en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial " (Fallos 311:49; 295:316; 295:44, 294:449 y 303:1034). En el mismo orden de ideas, el Máximo Tribunal se ha expedido declarando la

arbitrariedad del fallo en innumerables precedentes (Fallos 246:190 y 382; 249:517 y 295:316).-

Como colofón, los considerandos reseñados demuestran que la irregularidad en la que incurre el Tribunal es relevante, por resultar las opiniones de los jueces carentes de sustentación objetiva. Incurriendo en inobservancia de las leyes de la lógica y consecuente violación de los reglas que conforman la infraestructura racional del juicio.-

QUINTO:

Tal como explicitáramos la resolución en crisis resulta violatoria de principios constitucionales y omite aplicar el principio rector en la materia "permanencia en libertad" durante el proceso, que el Código Procesal Penal de la Nación fija en el art. 280. Este vicio se patentiza en la inversión de la regla que hace la Cámara cuando interpreta "... Si, con prescindencia de la calificación del hecho atribuido, la posibilidad que el imputado intente eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones fuera el sustancial principio limitativo de la restricción de la libertad personal a modo de cautela durante el proceso, así lo hubiera dispuesto el legislador de manera expresa, sin necesidad de efectuar previamente las enunciaciones de los art. 316 y 317 del C.P.P.N.- En consecuencia, por el art. 319 del C.P.P.N. se establece un principio de excepción al principio general de la limitación a la restricción de la libertad personal durante el proceso, de aplicación a los casos en los que, por estimarse posible, que se configure alguna de las situaciones establecidas por la norma, pese a la calificación legal del hecho o a la situación procesal de la imputada, no resultan viables la excarcelación o la exención de prisión... Que, por otra parte, tampoco se advierte la existencia de alguna circunstancia particular, en este caso específico, en virtud de la cual pudiera sostenerse que la aplicación de la presunción legal a la cual se hizo referencia por el

considerando anterior de la presente resulte irrazonable o desproporcionada, o que exceda la finalidad de asegurar la aplicación de la ley sustantiva"(cfr. fs. 99/100).-

Aceptar el criterio sustentado significaría supeditar una garantía primaria "libertad", resguardada entre otras por la garantía secundaria de que goza el imputado "estado de inocencia", a una presunción legal en abstracto, que cerraría toda posibilidad de interpretación en contrario, permitiendo que el legislador fije una presunción iure et iure en contra de la Constitución.-

Para adentrarnos en la cuestión, cabe recordar que la libertad física es, por así decir, la forma de libertad imprescindible para que la mayoría de las demás libertades pueda funcionar, su tutela ha sido precaución casi tan antigua como el hombre (Bidart Campos, Germán, Derecho Constitucional, Editorial Ediar, pág. 505). De modo tal que el derecho constitucional de "permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal", emanado de los arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., solo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 del C.P.P.). Éstas causales son las constitutivas del "periculum in mora" como presupuesto habilitante de la medida cautelar, siempre que se haya configurado la verosimilitud del derecho "fumus bonis iure". Es decir, que el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de "peligro en la demora". De ahí que entre los caracteres de las medidas privativas de la libertad, se encuentren la necesidad de un mínimo de prueba, la interpretación restrictiva, la subsidiaridad de la medida y el favor libertatis, con fundamento en la previsión constitucional antes citada.-

Que la privación de la libertad "no debe ser la regla", constituye un

principio expreso constitucionalizado (art. 9 inc. 3° del PIDCP). Alberto Bovino enseña que el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (art. 14 y 75 inc. 22 de la C.N. y art. 8.2 CADH y 14.2 PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) -art. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 9.1 del P.I.D.C.P y art. 7 CADH-. (El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos, publicado en Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo, Editores del Puerto, Bs. As. 1998, pág. 148/9).-

Por su parte, Cafferata Nores señala que la privación de la libertad durante el proceso penal es una medida cautelar excepcional dirigida a neutralizar los graves peligros (por lo serio y lo probable) que se puedan cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de sus fines de afianzar la justicia. Explicita que el texto constitucional establece en forma expresa que "el encarcelamiento durante el proceso 'no debe ser la regla general' y que sólo tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo (art. 9.3 PIDCP). (Proceso Penal y Derechos humanos, CELS, Editores del Puerto, Bs. As. 2000, pág. 186).-

La privación de la libertad procesal sólo podrá autorizarse cuando sea imprescindible y, por lo tanto, no susceptible por ninguna otra medida de similar eficacia, pero menos gravosa (Cafferata Nores - Tarditti; op. cit., pág. 649).-

De la simple lectura de la resolución impugnado, obrante a fs. 96/101, se desprende que los magistrados, omitieron expresar por qué motivos consideraron que Macchieraldo "tornaría ilusorios" los fines del proceso. Los fundamentos utilizados tienen como único sustento la

calificación de los hechos atribuidos, al sostener que su penalidad torna imposible que transite en libertad el proceso (art. 316 del C.P.P.). De lo expuesto se concluye que solo valoraron que el delito imputado a Ana María Luisa Macchieraldo -evasión agravada- sería inexcusable, en atención a las reglas objetivas de aplicación al caso que su criterio, no admitirían prueba en contrario. De esta manera se obvió un requisito que hace a la esencia del estado de derecho "poner claramente de manifiesto en el pronunciamiento los motivos que indicaban, las circunstancias en las que se basaban" (Gialdino, Rolando E., La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos, publicado en la Revista Investigaciones 3 (1999) de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Bs. As., 2000, pág. 679).- Cabe recordar que una de las características principales de la coerción es que, no constituye un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que son los del proceso. Éstas medidas no tienen el carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva por la otra (Maier, Julio; "Derecho Procesal Penal", Tomo I Fundamentos, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pág. 510 y ss.). De ahí que, en el derecho procesal penal, excluyendo los fines preventivos inmediatos, el fundamento real de una medida de coerción sólo puede residir en el peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad. (Maier, Julio; op. cit., pág. 516).- De esta manera, esta noción de la coerción procesal, reniega de cualquier atributo sancionatorio que ella puede sugerir; así establece

su diferencia con la pena (Maier, op. cit, pág. 517/8).-

De lo dicho se desprende que no basta con alegar, sin consideración de las características del caso concreto, o sin fundamentación alguna que dada determinada circunstancia el imputado evadirá la acción de la justicia. El tribunal debe atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción (Bovino, op. cit. pág. 145).-

El deber de comprobar la existencia del peligro concreto en el caso concreto exige que el juicio acerca de la presencia de ese peligro esté a cargo exclusivamente del tribunal. Ese juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso particular y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable del peligro procesal (Bovino, op. cit, pág. 146)

En consecuencia habrá que verificar en autos, si se han acreditado los motivos justificantes para la procedencia de la medida cautelar dispuesta -cfr. Informe nro. 2/97 de la C.I.D.H., párr. 24 -, cuyo valor orientador no puede negarse la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)" (Fallos 318:514, entre otros).-

Por todo ello, en el presente caso cabe merituar, si se han configurado

los demás presupuestos que pueden hacer ceder la garantía. Es decir, si en el caso se justificaba la medida, en este sentido, la doctrina afirma que la base probatoria en orden a la probable comisión de delito, es una condición necesaria para el dictado de la medida de coerción, pero no es una condición suficiente, pues a ella debe además añadirse la existencia de "peligro procesal" (Cafferata Nores-Tarditti, op. cit, pág. 672).-

La existencia de peligro procesal, es importante destacarlo, no se presume. Si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no existiera peligro alguno (Bovino, op. cit, pág. 144).-

El peligro referido, se vincula directamente con la posibilidad de fuga del encausado, así el art. 9 inc. 3 del PIDCP establece que "... la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a la garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo" (el resaltado nos pertenece). Así se indica que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena prevista para éste son factores que debe tener en cuenta el juez para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir de esa manera la acción de la justicia (cfr. Informe 12/96, párr. 86 e Informe 2/97 párr. 28 de la CIDH). Sin embargo, cabe resaltar que "la gravedad del delito no justifica por sí sola una prisión preventiva sino que deben evaluarse otros elementos" (Gialdino, op. cit, pág. 696/7 - el resaltado nos pertenece-), sino que la adopción de este tipo de medida cautelar "debe basarse exclusivamente en la probabilidad que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a

convertirse en un riesgo significativo. Sin embargo, la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social" (Informe 12/96 de la CIDH, párr. 89).-

Como corolario "... no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal cómo el codificador lo ha expresado de manera terminante en el art. 316 del C.P.P.N. ..." (C.N.A.C.C., Sala I, causa nro. 21.143, "Barbará, Rodrigo Ruy -exención de prisión-", rta. 10/11/03 -Voto Dr. Donna- [Fallo en extenso: elDial - AA1CD2]). Es decir, las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción iure et de iure, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo solo constituyen un elemento más a valorar, con otros indicios probados que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo, por elusión.-

A éstos fines conforme la Comisión Interamericana también deben considerarse "... varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país ...". (cfr. informe 2/97 de la C.I.D.H., parr. 29).-

En realidad "es la suma de todos los elementos enunciados lo que permitirá presumir que las consecuencias y riesgos de la fuga resultarán o no para el interesado 'un mal menor que la continuación de la detención" (Gialdino; op. cit.; pág. 697) y no uno de éstos elementos aislados, como ha sucedido en autos, donde los jueces se han limitado a valorar sin otro justificativo la condena en expectativa.- De tal suerte, "si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se

vuelve injustificada" (Informe 2/97 de la C.I.D.H., párr. 30).-

Como corolario de lo manifestado, interpretó que toda situación de duda respecto de la aplicación de coerción debe llevar a su no imposición (en igual sentido Cafferata Nores, José I, "Medidas de Coerción", pág. 44 y Solimine, Marcelo A. "Principios generales de las medidas de coerción. Enunciación universal y aplicación en los códigos nacional y bonaerense", L.L. 1998-E-1214)

Los jueces disponen de distintas herramientas para garantizar el cumplimiento de la ley sustantiva como fin último del proceso. Si el peligro de fuga constituyera la única causal para la procedencia de la prisión preventiva, correspondería entender que las autoridades judiciales pueden arbitrar otras medidas no privativas de la libertad para asegurar la comparecencia del acusado, tales como las fianzas o, en casos extremos, la prohibición de salida del país (Gialdino, op. cit, pág. 698).-

La exigencia de motivación constituye un deber insoslayable de los jueces en estos casos, expresamente prevista para habilitar cualquier medida de coerción (art. 283 del C.P.P.N.), a partir de la norma que rige el instituto, el art. 280 del C.P.P.N., en concordancia con los principios constitucionales antes aludidos.-

En consecuencia, los jueces sólo podrán disponer una medida cautelar máxima -encarcelamiento- en la medida que hayan comprobado razones suficientes para justificar la presunción contraria al principio de permanencia en libertad, extremo éste que no se acreditó en autos.-

En el sub judice el juez de grado omitió motivar el decisorio mediante el cual dispuso la detención y convocatoria a prestar declaración indagatoria de la mencionada Macchieraldo, sin expresar cual fue el razonamiento que le permitió inducir que dicha medida cautelar era

indispensable para el proceso (cfr. fs. 264 de los autos principales).-

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que es arbitraria la resolución en la cual se denegó la excarcelación sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas. Destacando que "... la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causas que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo transunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado" (Fallos 320:2105), extremo éste que se verifica en autos.-

En síntesis, en el decisorio impugnado no se explicitan cuáles son los actos ciertos, claros y concretos que le permitieron sospechar que Macchieraldo habrá de eludir la acción de la justicia, más allá de la sola mención a la penalidad del delito atribuido.-

Por las razones expuestas, teniendo en cuenta las características del hecho enrostrado a la nombrada Macchieraldo, el carácter de accionista en la firma Marcoser S.A. (Cfr. fs. 100/159), su edad, condiciones personales (fotocopias de escrituras obrantes a fs. 45/7 y 137/142, copia de boleto de compra venta de fs. 206/8 y contrato de comodato de fs. 209), medios de vida, buena situación financiera (informes de fs. 603 y 1009/1010) y el ilícito imputado, propicio al acuerdo hacer lugar a la pretensión de la defensa, anular la resolución recurrida y la obrante a fs. 53/58vta., por ser su antecedente necesario y, conceder la exención de prisión de Ana María Luisa Macchieraldo, bajo la caución real y las condiciones que estime el juez instructor correspondan para hacerla efectiva(arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., arts.7 incs. 1, 2, 3, 5 y 8 inc. 2 de la CADH , arts. 9 inc.1 y 3 y 14 inc. 2 del PIDCP, arts. 2, 123, 280, 310, 316,319, 320 321, 456

inc. 1° y 2°, 530 y 531 del C.P.P.N.).-

Así es mi voto.-

El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo:

Compartimos la propuesta que formula la doctora Angela Ledesma, y en consecuencia, expedimos nuestro voto en igual sentido.-

Ello así, por cuanto de las condiciones personales de la imputada - enumeradas por la preopinante y a las que nos remitimos por razones de brevedad- surge con un alto grado de certidumbre que en el caso de obtener su libertad no intentará eludir la acción de la justicia ni entorpecer el curso de las investigaciones, a lo que se suma atendiendo a la naturaleza económica del delito imputado y a las particularidades del caso que el riesgo de fuga puede ser razonablemente evitado con una caución real de un monto suficiente para asegurar la presencia de la imputada durante el proceso.-

A lo expuesto, adunamos que en ocasión de emitir su dictamen, el señor fiscal general ante esta Cámara se expidió en forma favorable a la concesión del beneficio pretendido por la defensa. Es decir, en las condiciones apuntadas, no existe controversia en orden a que la imputada no intentará sustraerse a la acción de la justicia, por lo que su detención cautelar no resulta procedente.-

Por todo ello, y porque "el Tribunal sólo podrá disponer una medida cautelar máxima -encarcelamiento- en la medida que dé razones suficientes para justificar la presunción contraria al principio de permanencia en libertad" (conf. el voto de la doctora Ledesma -al que adhiriéramos- en la causa n° 5164 caratulada "Méndez, Evelyn G. s/ recurso de casación", reg. 349/04, del 5/7/04), acompañamos con nuestro voto la propuesta de la doctora Angela Ledesma.-

El señor juez Dr. Guillermo José Tragant dijo:

Que adhiere a los votos que preceden.-

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

HACER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN deducido por Eduardo Dario De Biase, en beneficio de Ana María Luisa Macchieraldo, ANULAR las resoluciones obrantes a fs. 96/101 y 53/58vta., por ser su antecedente necesario, SIN COSTAS y, en consecuencia, CONCEDER LA EXENCIÓN DE PRISIÓN de la mencionada Macchieraldo, debiendo remitirse las actuaciones en el día de la fecha al Juzgado Nacional Tributario nro. 1 de esta Ciudad, a efectos de que fije el monto de la caución real e imponga las condiciones que estime corresponder para hacerla efectiva, de conformidad con el art. 320 y concordantes del código ritual (arts. 14, 18 y 75 inc. 22 de la C.N., arts.7 incs. 1, 2, 3, 5 y 8 inc. 2 de la CADH , arts. 9 inc.1 y 3 y 14 inc. 2 del PIDCP, arts. 2, 123, 280, 310, 316,319, 320 324, 456 inc. 1º y 2º, 530 y 531 del C.P.P.N.).-

Regístrese, notifíquese en la oportunidad prevista en el último párrafo del art. 469, en función del art. 400, ambos del C.P.P.N., envíese copia de lo aquí decidido a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de atenta nota de envío.-

Fdo: Dres Eduardo Rafael Riggi, Angela Ester Ledesma, Guillermo José Tragant

Ante mi: María de las Mercedes López Alduncin, Secretaria.//-

FALLO OMAR CHABÁN

Chabán, Omar Emir s/excarcelación

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional n. 5

Bueno Aires, 13 de mayo de 2005

AUTOS Y VISTOS:

Convoca la atención de la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto de fs. 12/14vta. Del presente incidente en cuanto no hizo lugar a la excarcelación de Omar Emir Chabán bajo tipo alguno de caución (arts. 317, inc 1º, en relación a lo dispuesto en el 316, *a contrario sensu* y 319, CPPN).

Y CONSIDERANDO:

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

Llega a estudio de esta Sala el presente incidente ante el recurso de apelación interpuesto por Pedro Antonio D'Attoli, defensor de Omar Emir Chabán, contra la resolución de fs.12/14 que no hace lugar al pedido de excarcelación de este último.

En pos de la obtención de la excarcelación se plantearon argumentos referidos al fondo de la investigación; concretamente relacionados con la errónea calificación que se habría adoptado al momento de asignar significación jurídica a los hechos investigados, a los que se sumó la explicación de los motivos que llevaban a concluir, en su entender, que no existía riesgo de fuga en caso de obtener la soltura.

Se citó asimismo jurisprudencia de la Sala I de esta Cámara en apoyo de la concesión de la liberación, suscripta con anterioridad a este pronunciamiento por uno de quienes me acompañan en la presente.

Posteriormente, y ya en esta cámara se hizo llegar un escrito confeccionado por el encartado, relatando los pormenores que rodearon el hecho y su detención.

Omar Emir Chabán ha sido procesado por el delito de homicidio simple, pronunciamiento que a la actualidad se encuentra firme.

He sostenido en numerosos antecedentes que la amenaza de imposición de pena de efectivo cumplimiento, resulta un elemento de gran relevancia para presumir, conforme a la experiencia recogida, que quien recupere su libertad intentará eludir el accionar de la justicia (c. 2.587 "Pizarro, Sandro D. S/excarcelación, Sala V, rta. 10-12-04 c. 25.604 "Rodríguez, Néstor F. S/excarcelación, Sala V, rta. 12-11-04, c. 25.057 Contigiani, Daniel D. S/excarcelación, Sala V, rta. 24-9-04, entre muchos otros).

Entiendo que quien sabe que deberá volver a prisión, al menos en algún momento del proceso, tal vez no inmediato, lo evitará, no resultando suficiente para impedirlo condición o caución alguna.

La comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el informe 2/97 que la "seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia. (Ver punto 28, "peligro de fuga").

La actitud de Chabán con posterioridad al hecho investigado no puede contemplarse como de ponerse a disposición de la autoridad, muy por el contrario, numerosos testigos manifestaron haberlo visto retirarse del lugar, sin siquiera prestar colaboración con quienes se encontraban allí.

Fue detenido al día siguiente del trágico suceso en un lugar distinto de su domicilio habitual y al que se llegó luego de una larga cadena de allanamientos.

Resulta lógico concluir que si en ese momento, sin duda confusión mediante, y sin saber cuál podía ser su responsabilidad por lo que pasó, evitó ser ubicado en lo inmediato, en la actualidad y ante la imputación que sobre él pesa, la actitud no será distinta.

No desconozco la doctrina sentada por mis distinguidísimos colegas en anteriores pronunciamientos, y aún cuando pudiera coincidir en muchos de sus presupuestos, no puedo dejar de lado la convicción de que objetivamente valorados los elementos que por el momento se han arrimado al expediente, permiten concluir con gran grado de coherencia que existe un real peligro de fuga si se concediese la libertad solicitada.

Considero entonces que no debe hacerse lugar a la excarcelación solicitada bajo ningún tipo de caución.

Los jueces María Laura Garrigós de Rébora y Gustavo A. Bruzzone dijeron

I) El nombrado se encuentra con procesamiento firme en orden al delito de homicidio simple, cometido en forma reiterada en ciento noventa y dos oportunidades (192), que concurren materialmente entre sí (art. 55, CP) (cfr. Fs. 7361/7474). Posteriormente, se amplió la imputación con relación a las hipótesis de cohecho activo y homicidio simple en perjuicio del último de los muertos producto de la tragedia ocurrida en el local República Cromañón el pasado 30 de diciembre de 2004, Sebastián Facundo Vázquez, modificando la regla del concurso de delitos por la ideal (art. 54, CP) (cfr. Fs. 18.675/18.815 del principal).

La defensa de Omar Chabán plantea por esta vía una serie de cuestiones que exceden el instituto en análisis, por lo que deben ser reservadas para la ocasión procesal oportuna. En lo que se refiere a la cuestión central a analizar, invocando precedentes de este tribunal y jurisprudencia afín, señala que la situación de libertad de su cliente de ser revisada, ya que no se constatan los peligros procesales respectivos ni el monto de pena e expectativa puede ser causal automática de denegación.

II) Hemos sostenido en numerosos pronunciamientos que el principio rector para decidir privar, o no, a una persona de su libertad durante la tramitación del proceso penal es lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. En esa etapa, la del juicio, es donde se decidirá acerca de la culpabilidad o inocencia de un imputado y, consecuentemente, sobre su eventual condena o absolución producto de la sentencia que se debe dictar como conclusión.

Queda claro de esa forma, que "excarcelación" nunca puede ser sinónimo de "absolución", porque esa decisión sólo puede emerger como la conclusión del juicio (sentencia), luego del debate, siendo esta una etapa preparatorio de ello. Esta aclaración no es ociosa, porque con un alto grado de irresponsabilidad en algunos casos (especialmente por el amarillismo periodístico) o por desconocimiento en otros, se suele equiparar excarcelación con absolución, invirtiendo el principio constitucional y republicano de presunción de inocencia, constituyendo un grave error

procesal (cfr. Bidart Campos, Germán J., "vicios de inconstitucionalidad en la privación de libertad durante el juicio penal", LL, 2004, t.A, pág. 612).

Por este motivo, las medidas de coerción que se puedan adoptar respecto de una persona imputada de haber cometido un delito antes del dictado de la sentencia se deben tener siempre carácter excepcional y sólo se justifican en la neutralización de los peligros aludidos: de fuga o de entorpecimiento de la investigación.

Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la pena privativa de la libertad, en su fundamentación. Este es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en toda la tradición jurídica de Occidente, que solo en los supuestos estrictamente necesarios para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como lo establece el art. 280, CPPN y lo que en concordancia con él fija el art.319 del mismo cuerpo legal.

Procedentes de este tribunal, y en su historia reciente, contamos con los siguientes fallos: de la Sala I, causa N° 21.143, "Barbará, R. R.", rta. 10/11/03; causa N° 22.822, "Di Zeo, R.", rta. 30/12/03; causa N° 25.714, "Fernández, G. A.", rta 22/3/03, entre muchos otros; de la Sala IV, si bien muchos de ellos en minoría, causa N° 24.520, "Panno, J. C.", rta. 17/7/04; causa N° 26.018, "Romeo Gonzáles, G. S.", rta. 2/3/05; causa N° 26.178, "Farías, G.", rta. 8/3/05; causa N° 26.213, "Benítez, M.", rta. 8/3/05; causa N° 26.126, "Flores, R F.", rta. 23/3/05; causa N° 26.513, "Solohaga", rta. 4/05/05; causa N° 26.618, "Soza, S.A.", rta. 10/5/05; causa N° 26.604, "Natal, L. A.", rta. 10/5/05; causa N° 26.417, "De Sanliborio, M", rta. 10/5/05, entre otras).

Así mismo, lo recientemente sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 5472, "Macchieraldo, Ana Maria Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, rta. 22/12/04 y lo que surge del fallo de la CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ sobre hábeas corpus", V. 856. XXXVIII, y su citas, que refieren a una larga tradición de la Corte en ese sentido, aunque con importante contradicciones.

Si no se avizoran estos peligros, la privación de la libertad de las personas durante el tramite del proceso penal se torna infundadas y, por lo tanto, inconstitucional por ser la interpretación "automática", *iuris er de iure*, de lo dispuesto en el art. 316, CPPN, contraria a la CN. Conviene volver a resaltar este punto: no es inconstitucional en si misma la prisión preventiva; lo que es inconstitucional es una interpretación rígida de esa regla al no admitir prueba en contrario.

En efecto, nuestra Constitución, en el art.18, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que la integran, contienen las garantías indispensables, alcanzadas tras cruentos sucesos históricos, para resguardar a las personas que viven en un Estado de Derecho.

La mayor victoria en este sentido, y que no podemos ahorrar esfuerzos en defender, es que resultan aplicables a todos los ciudadanos por igual, nacionales o extranjeros, en tanto la ley penal argentina le sea aplicable. Y aun cuando, en algunos casos, pueda quedar la impresión de que esa igualdad aparece como injusta, nunca podemos caer en la tentación, por mas grave que sea la imputación dirigida o el clamor social implicado en busca de venganza, de renunciar a ella, porque, precisamente, esos principios, enmarcados en el proceso penal que nos rige, son los

que le habrán de dar el cauce legítimo correspondiente, pero no a cualquier costo. Lo contrario, sería actuar en un contexto de presión social que la lógica jurídica, especialmente en su faz práctica, no puedan admitir arriesgo de traicionar los pilares, éticos y profesionales, que dan apoyo a la labor del juez penal, como encausador de los justos reclamos de venganza en el marco de los derechos y garantías del ciudadano que surgen de la CN. En ellos, la venganza privada y la política criminal del Estado encuentran un dique; ese dique son los principios constitucionales que los jueces penales deben resguardar.

El mas grande logro de un Estado de Derecho es garantizar, incluso en los casos extremos en los que atentan contra el, que las personas enjuiciadas sean condenadas y, de proceder, encarcelarlas, tras el juicio previo que lo declare culpables, con todas las garantías previstas por la Constitución Nacional.

No existe duda alguna que la libertad es uno de los derechos más preciados por el ser humano y el encierro la medida más drástica que el Estado puede imponer. Por ello, esa medida cautelar, debe ser aplicada restrictivamente, tal como recomendó la ONU a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes, respecto del caso Argentino el 10 de diciembre de 2004, citado por la CSJN, en el mencionado fallo "Verbitsky", en los siguientes términos: "(...) *Considerare revisar [sus] practicas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional (...)*" (cons. 50, 4 (i)).

Entonces, sólo se puede considerar la imposición de esta medida como último recurso para asegurar la realización del juicio, cuando toda otra restricción resulte infructuosa para neutralizar los peligros procesales mencionados. Pero no sucede esto en el caso en análisis, por lo que ya se puede adelantar, que corresponde revocar el auto apelado.

III) Con relación al curso de la investigación, a esta altura del sumario, tras toda la tarea realizada y diligencias producidas hasta el momento y habiéndose dictado ya un auto de mérito a su respecto, se debe descartar que Chabán pueda entorpecer la investigación por recuperar su libertad; porque no se advierte objetivamente de qué manera podría afectarlo, obstruyendo la recolección de pruebas o el normal desarrollo de los procedimientos, con miras a frustrar la realización del debate oral en donde se abra de concretar el juicio que, en principio, se vislumbra como necesario para poder establecer su responsabilidad y la del resto de los implicados. Las constancias de la causa, hasta el momento, no permiten inferir otra cosa, por lo menos en lo que al nombrado refiere, sin perjuicio de la información, que debe terminar de completarse en punto a su patrimonio, pero que no puede computarse a efectos de extraer conclusiones en lo que aquí interesa.

IV) Descartando ese peligro, corresponde analizar el de fuga, respecto del cual, de la misma forma, no se advierte objetivamente que Chabán intentará eludir la acción de justicia, lo que constituye el nudo de las discusiones que separan, en doctrina y jurisprudencia, a los que consideran que la expectativa de pena, por sí sola, ya es un elemento determinante y definitivo para impedir que un imputado pueda transitar el proceso penal en libertad, de la de otros que consideran que esa circunstancia sólo es un elemento de peso a ponderar, pero nunca definitivo. Los que sostienen la primera posición, consideran que ello no admite prueba en contrario (*iures et de iure*); los segundos sí (*iuris tantum*). Como surge de lo expuesto hasta aquí, nosotros nos enrolamos en la última posición. En realidad, en el presente caso, tanto el Juez Lucini como el

distinguido colega preopinante, se hacen cargo de esa posición, pero valoran la constatación del peligro de fuga de manera diferente en como lo hacemos nosotros.

Por ello, en primer lugar, es necesario ingresar al análisis de las escalas penales previstas para los delitos que se le imputan y las consecuencias que, en abstracto, contempla nuestra legislación, tanto de forma como de fondo.

La letra del art. 316, CPPN -al que remite el inciso 1° del art. 317 del mismo código-, si se interpreta aisladamente y como una presunción *iuris et de iure*, constituiría un obstáculo insuperable para la concesión de la libertad de Chabán, puesto que la pena máxima prevista superaría holgadamente los ocho años de prisión, y tampoco procedería, en caso de recaer condena, una pena de cumplimiento en suspenso, conforme el art. 26 de Código Penal, porque el mínimo superaría los 3 años de privación de la libertad. Pero, este dato de extrema importancia debe ser confrontado con la actitud asumida por el imputado una vez ocurrido el hecho por el cual se encuentra procesado y que podemos representarnos, objetivamente, habrá de ocurrir en el futuro de recuperar su libertad.

Repasando las actas escritas que conforman el sumario se puede señalar que, con la presencia del Agente Fiscal en el lugar del hecho, y ya habiendo tomado conocimiento la Sra. Jueza interviniente de lo sucedido, la imputación fue calificada, provisoriamente, como "*Incendio seguido de muerte*" (efr. Fs. 1 bis del principal) y en ese marco, al día siguiente, (en realidad, a las pocas horas de ocurrido atento a la hora en que se produjo y el momento en que es ubicado Chabán), se comenzaron a librar órdenes de allanamiento con relación a inmuebles en los que podían encontrarse elementos y documentación útiles para la investigación en ciernes. En ese contexto, el Fiscal Sansone solicitó, además, que en caso de hallarse a Omar Emir Chabán en alguno de esos lugares, se lo trasladara a la sede policial en los términos del art. 281, CPPN (fs. 197/vta. del principal).

Es decir, hasta el momento que *arrestado*, el 31 de diciembre de 2004, a las 18:00 hs, aproximadamente, no se había librado formalmente orden de captura en su contra ni se había dispuesto su detención, sino que se había ordenado su individualización para ser arrestado y en tal carácter, junto a los preventores que lo ubicaron en el domicilio de la calle Salta, concurrió a la Comisaría 7ª (fs. 366/vta. del principal). Luego de haberles abierto la puerta del lugar -donde se encontraba solo-, sin oponer reparos o resistencia de alguna clase.

Si bien no se hallaba en el departamento en donde reside habitualmente, lo cierto es que en el que fue encontrado -Salta 638-, es de su propiedad y los efectos que tenía consigo -pasta dental, cepillo de dientes, carnet de obra social y un teléfono celular, entre otros, conforme boleta de alcaidía 0005350- no constituyen elementos que permitan sostener objetivamente que estaba intentando darse a la fuga, máxime si se tiene en cuenta que no tenía en su poder documentación personal (DNI, CI o pasaporte), sumado al escaso dinero en efectivo que llevaba en ese momento u otro elemento que le permitiera hacerse de él.

Estas circunstancias, objetivamente valoradas, corroboran, a su vez, la versión brindada por el imputado acerca de su actitud en los momentos posteriores al hecho hasta que fuera ubicado en la calle Salta, que hablan de una desbordada por lo acontecido, humana y profesionalmente y, aunque conciente de algunas muertes, sin una clara dimensión de la magnitud de la tragedia y de los efectos mediáticos y sociales que se habrían de desencadenar sobre su persona; que también había sido afectada físicamente por el hecho, así como su hermano, un sobrino, empujados y muchos amigos, y que, impotente, se representaba una y otra vez a los jóvenes que utilizaron las

"candelas" o "tres tiros" que impactaron sobre el revestimiento de isonización del que emanó el humo conteniendo cianuro. En ese contexto buscaba un lugar donde estar en soledad para poder pensar qué curso de acción seguir, analizando, incluso, la posibilidad de suicidarse. Esa, probablemente, haya sido la forma más eficaz de escape que pudo haber imaginado. Así, fue encontrado por personal policial como ya fuera descripto (cfr. La presentación manuscrita obrante en sobre a fs. 28 del incidente).

En esas condiciones en encontrado Chabán, sin que nos permitan inferir otra cosa que la relatada por él (tanto en la presentación mencionada como en la audiencia llevada a cabo en el día de la fecha, cfr. fs. 42/vta. del incidente), sin riesgo de caer en afirmaciones carentes, de momento, de sustento probatorio.

Omar Emir Chabán se halla detenido desde hace más de cuatro meses y *"los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada"* (CIDH, Informe del 11 de marzo de 1997).

Por tal motivo, y contando con arraigo, consideramos que, desde ese punto de vista, corresponde revocar el auto apelado, al no detectarse objetivamente los peligros antes mencionados.

V) La circunstancia de que deba ser excarcelado, y por ello, permanecer en libertad a resultas del juicio, impone analizar bajo qué forma de caución ello es procedente. En ese sentido, la expectativa de pena cobra nuevamente vigencia por lo dicho más arriba, ya que no es lo mismo una persona que espera la realización de su juicio frente a una posible condena que pueda ser dejada en suspenso, que otra respecto de la cual, de recaer condena, será fatalmente de efectivo cumplimiento; y aunque en esta cuestión no es posible efectuar mayores pronósticos acerca de cuál será en definitiva la calificación legal del hecho -para el caso de ser encontrado culpable-, debemos estar, de momento, al auto de procesamiento, firme, de fs. 7361/7474. En ese contexto, de especie real, es la caución que se debería imponer, conforme también ya sostuviéramos en los precedentes mencionados.

Pero en el caso traído a estudio no sería eficaz en el sentido de neutralizar el peligro de fuga, atento al embargo dispuesto en su contra, y el resultado de la intimación respectiva (cfr. incidente de embargo), donde no se efectuó depósito alguno o se declaró sobre qué bienes concretarlo. Se puede afirmar que la totalidad de bienes de Chabán se encuentra comprometido, y a los efectos de poder establecer el monto correspondiente en lo que hace a la caución a fijar, nunca podría cubrir las expectativas necesaria, porque por vía de embargo él ya está afectado. En consecuencia, y efecto de no convertir la caución de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho imputado y la personalidad del autor consideramos que se impone de aplicación la caución personal prevista en el art. 322 del CPPN, consistente en la obligación que el imputado asume junto con uno o mas fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije al conceder la excarcelación.

Teniendo en cuenta esas cuestiones, las propiedades de las cuales sería titular Omar Chabán, el giro empresario de su actividad que se vincula a diversas personas jurídicas cuyo objeto, integración y composición, en algunos casos es difícil de establecer y es, incluso, materia de investigación, impone que uno, o más, fiadores personales -que no pueden superar el número de tres-, en los límites del art. 323, CPPN, con capacidad para contratar y acreditada solvencia, garantice su comparecencia al proceso cada vez que el órgano jurisdiccional lo requiera, sobre

un monto que se fija en la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.-), debiendo quedar reservada en el Juzgado la documentación respaldatoria de las garantías respectivas.

A su vez se habrán de imponer las siguientes condiciones:

a. Prohibición de salida del país, para lo cual deberán quedar reservados en la instancia de origen el pasaporte -en caso de haberle sido expedido-, la cédula de identidad y DNI del imputado, debiendo el Sr. Juez de grado librar oficios a las dependencias respectivas a efectos de poner en conocimiento el impedimento de emitir duplicados de la documentación referida, todo ello, salvo autorización expresa en contrario.

b. Obligación de informar al tribunal cualquier alteración en lo que respecta a su residencia habitual o de los lugares donde pueda ser ubicado cuando sea requerido.

c. Para el caso que lo estime necesario, el Sr. Juez de grado, podrá fijar un régimen de comparecencia al juzgado o comisaría que determine, para realizar el seguimiento de su conducta procesal.

Por consiguiente, como surge del acuerdo que antecede, **el Tribunal RESUELVE:**

Revocar el auto de fs. 12/14 vta. y conceder la excarcelación a Omar Emir Chabán, bajo caución personal de quinientos mil pesos (\$500.000.-) y sujeta a las restantes medidas que surgen del considerando V de la presente resolución, debiendo el Sr. Juez de grado librar los oficios pertinentes a los efectos indicados en el punto **a.**

Devuélvase, practíquense las notificaciones correspondientes en el juzgado de origen y sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación

Buenos Aires, 3 de octubre de 1997. Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por José Luis Estévez en la causa Estévez, José Luis s/ solicitud de excarcelación -causa N° 33.769-", para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1°) Que contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que denegó la excarcelación de José Luis Estévez, dedujo el procesado recurso extraordinario federal in forma pauperis, fundamentado por el señor defensor oficial, cuya denegación dio lugar a la presentación directa. 2°) Que el a quo, al rechazar la excarcelación, sostuvo que "si bien el término de detención en prisión preventiva del encausado Estévez excede las pautas del artículo 1° de la ley 24.390, su situación procesal debe analizarse en concordancia con los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio y que en modo alguno han sido derogados por la entrada en vigencia de aquélla. Sentado ello, la penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado..., unido a la severa condena que registra... permiten establecer que en la especie y a su respecto, no se configura ninguna de las hipótesis permisivas del artículo 379 del Cód. de Proc. en Materia Penal". 3°) Que los agravios del recurrente se basan en la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad al contener el pronunciamiento anomalías que lo descalificarían como acto jurisdiccional válido, debido a que la cámara no habría dado razones suficientes para excluir la aplicación al caso de la ley 24.390. 4°) Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 por afectar un derecho que requiere tutela inmediata (Fallos: 311:358, entre varios). Ello no basta, sin

embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal (confr. Fallos: 314:791).5°) Que en las condiciones señaladas, el recurso extraordinario resulta formalmente procedente, debido a la jurisprudencia del Tribunal según la cual pueden cuestionarse por esa vía las decisiones denegatorias de la excarcelación, en tanto medie la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de aquélla o graves defectos del pronunciamiento denegatorio (Fallos: 314:791 y la jurisprudencia allí citada).6°) Que el último de los supuestos se da en el caso sometido a estudio del Tribunal, por cuanto el a quo, no obstante admitir que la detención del procesado sin haber sido juzgado -más de cinco años excede las pautas del art. 1° de la ley 24.390, denegó el beneficio sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas. En este sentido, la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado.7°) Que en tales condiciones, los agravios contra la decisión impugnada guardan nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se consideran vulneradas, en los términos y con los alcances del art. 15 de la ley 48, por lo que resulta descalificable, sin que esto implique emitir juicio sobre la procedencia o improcedencia del beneficio solicitado. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Hágase saber, acumúlese la queja al expediente principal y vuelva al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva resolución con arreglo a la presente. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (por su voto) - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (por su voto). VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Considerando: 1°) Que contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que denegó la excarcelación de José Luis Estévez, dedujo el procesado recurso extraordinario federal in forma pauperis, fundamentado por el señor defensor oficial, cuya denegación dio lugar a la presentación directa. 2°) Que el a quo, al rechazar la excarcelación, sostuvo que "si bien el término de detención en prisión preventiva del encausado Estévez excede las pautas del artículo 1° de la ley 24.390, su situación procesal debe analizarse en concordancia con los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio y que en modo alguno han sido derogados por la entrada en vigencia de aquélla. Sentado ello, la penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado..., unido a la severa condena que registra... permiten establecer que en la especie y a su respecto, no se configura ninguna de las hipótesis permisivas del artículo 379 del Cód. de Proc. en Materia Penal". 3°) Que los agravios del recurrente se basan en la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad al contener el pronunciamiento anomalías que lo descalificarían como acto jurisdiccional válido, debido a que la cámara no habría dado razones suficientes para excluir la aplicación al caso de la ley 24.390. 4°) Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 por afectar un derecho que requiere tutela inmediata (Fallos: 311:358, entre varios). Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal (confr. Fallos: 314:791). 5°) Que, en las condiciones señaladas, el recurso extraordinario resulta formalmente admisible, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal según la cual pueden cuestionarse por esa vía las decisiones denegatorias de la excarcelación, en tanto

medie la inconstitucionalidad de las normas con base en las cuales se la ha denegado, o bien graves defectos del pronunciamiento denegatorio que impidan convalidarlo como acto jurisdiccional (confr. Fallos: 314:791, cons. 4º y sus citas). Este último es el caso del sub examine.6º) Que, en efecto, a pesar de los categóricos términos de la ley 24.390, el a quo ha apelado, sin más ni más, a "... los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio..." (fs. 82 del incidente de excarcelación de José Luis Estévez). Frente a tal situación, corresponde señalar que es doctrina tradicional de esta Corte que las decisiones judiciales que se apartan de disposiciones legales expresas deben ser dejadas sin efecto, pues tal apartamiento constituye un supuesto específico de arbitrariedad (confr. Fallos: 261:223, cons. 12 y sus citas, entre otros). Al formular dicho estándar, el Tribunal afirmó que para la configuración de esa hipótesis de arbitrariedad es requisito que no "...se haya dado en la resolución razón plausible alguna" que justifique el apartamiento (Fallos: 237:349, pág. 351). Tal es el caso de autos, en el que la cámara ha prescindido del claro e imperioso mandato de la ley 24.390 y no ha expresado, en su mezquina argumentación, razón alguna que pudiera sustentar su decisión.7º) Que ante tan graves circunstancias, se debe recordar el principio según el cual, en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia por no haberse dictado en su contra una sentencia de condena, las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (confr. Fallos: 316:942, cons. 3º). Ello exige de los magistrados que, en la medida de su procedencia, las adopten con la mayor mesura que el caso exija, observando que su imposición sea imprescindible y no altere de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso penal (confr. sentencia dictada in re F.329.XXIX "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros" el 10 de octubre de 1996, cons. 6º). Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento impugnado. Hágase saber, acumúlese la queja al expediente principal y vuelva al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se resuelva la petición del recurrente conforme a derecho. CARLOS S. FAYT- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI. VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUSTAVO A. BOSSERT. Considerando: 1º) Que contra la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que denegó la excarcelación de José Luis Estévez, dedujo el procesado recurso extraordinario federal in forma pauperis, fundamentado por el señor defensor oficial, cuya denegación dio lugar a la presentación directa. 2º) Que el a quo, al rechazar la excarcelación, sostuvo que "si bien el término de detención en prisión preventiva del encausado Estévez excede las pautas del artículo 1º de la ley 24.390, su situación procesal debe analizarse en concordancia con los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio y que en modo alguno han sido derogados por la entrada en vigencia de aquélla. Sentado ello, la penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado..., unido a la severa condena que registra... permiten establecer que en la especie y a su respecto, no se configura ninguna de las hipótesis permisivas del artículo 379 del Cód. de Proc. en Materia Penal". 3º) Que los agravios del recurrente se basan en que la interpretación que realizó el a quo de los arts. 379, inc. 6º, y 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal, y de la ley 24.390 resulta contraria a los alcances del art. 7, inc. 5º, del Pacto de San José de Costa Rica -que reviste el carácter de jerarquía constitucional y en que el criterio adoptado en el fallo apelado transgrede lo dispuesto en los arts. 18 y 31 de la Carta Magna. Considera que la ley 24.390 tiene como finalidad poner definitivamente un límite a la prisión preventiva, y que más allá de cuestiones puntuales que pueden justificar determinadas excepciones, la regla debe ser el plazo de dos años y su mayor prolongación la excepción. Considera que tal excepción no se configuraría en el sub lite porque hace un lustro que está preso -a pesar de que en el presente proceso sólo se finalizó con la

instrucción y las demoras en el trámite de la causa no se han debido a la realización de determinadas tareas judiciales, sino a la inactividad del juzgado. Se agravia además porque el a quo fundó el rechazo de la excarcelación en el hecho de que el procesado registraba una condena anterior, y que ello sería una interpretación propia del derecho penal de peligrosidad, impropio de un Estado de Derecho de tradición humanista; y también porque tomó en consideración la penalidad establecida para el delito investigado, pues esa idea en abstracto sería violatoria de garantías constitucionales. Finalmente, tacha de arbitrario el pronunciamiento impugnado y cita las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Argentino en el caso N° 11.245 referente al significado de "plazo razonable de detención sin juzgamiento".4°) Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación posterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 por afectar un derecho que requiere tutela inmediata. Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal (Fallos: 314:791).5°) Que, en el sub examine existe cuestión federal, pues se ha cuestionado la interpretación dada a la ley 24.390 como lesiva a un tratado internacional y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en el último (art. 14, inc. 3° de la ley 48), de manera que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible.6°) Que la ley 24.390, que se autodefine como reglamentaria del art. 7°, inc. 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9°) determina un plazo fijo de dos años, con una posible prórroga de un año por resolución fundada en las causas que señala la ley, y otra de seis meses respecto de quienes fueron condenados pero la sentencia no se encuentra firme (arts. 1° y 2°). Además, dispone que transcurrido el plazo de dos años, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (art. 7°).7°) Que dicha ley ha tenido por objeto principal -según así se desprende de su art. 9°- fijar el "plazo razonable" prescripto por ese tratado para que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un lapso ordinario de dos años -con la posible prolongación excepcional en los supuestos que ella prevé-, sin perjuicio de la continuación del proceso y de su sujeción a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.8°) Que respecto de la posición de la persona sujeta al régimen de prisión preventiva, la ley ha dispuesto que no mediando oposición del ministerio público o cuando ésta fuere rechazada "el imputado recuperará la libertad bajo caución que el tribunal determine" (art. 4°), de modo que ha incorporado expresamente un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado -sin remisión explícita a otras normas a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley.9°) Que cabe recordar que esta Corte ha señalado que "las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva, son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional según la cual todas las personas gozan de estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal" (Fallos: 316:942, en sentido coincidente consid. 5° del voto del Juez Bossert en inre: "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros", del 10 de octubre de 1996).10) Que el fallo impugnado, al reducir el alcance de la ley 24.390 a una mera repetición de aquellas normas procesales que regulan el instituto de excarcelación, no sólo se apartó irrazonablemente del citado principio de interpretación de las garantías constitucionales sino que también ha pasado por alto el reiterado criterio del Tribunal en el sentido de que los jueces deben abstenerse de toda exégesis que equivalga a prescindir de la norma examinada o que cause violencia a su letra o espíritu (Fallos: 316:2732).11) Que ello es así pues, a diferencia de lo prescripto por el art. 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal que faculta al juez a disponer la libertad del procesado o a ordenar la restricción de su libertad cuando la valoración del hecho y de las

condiciones personales del imputado permitieran presumir su intención de eludir la acción de la justicia, la ley 24.390 -en las condiciones previstas por la misma norma es imperativa para el magistrado después de transcurrido aquel lapso, de manera que sólo puede rehusar la soltura del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias, o si se hubiesen configurado los supuestos de prórrogas previstos en los arts. 1º y 2º, lo que no ha ocurrido en autos.12) Que tal principio había sido aceptado por el legislador en el Código Procesal Penal (ley 23.984) en cuanto impuso como pauta general la interpretación restrictiva de las normas que limitan la libertad personal (art. 2º) y reiteró tal criterio como patrón específico de examen del régimen de prisión preventiva respecto de aquellos supuestos en los que corresponde la denegación de prisión o excarcelación (art. 319).13) Que, de tal forma, la remisión efectuada por la alzada a los recaudos previstos en los arts. 379 y 380 del mencionado ordenamiento ritual implicó someter ese mandato legal a reglas y procedimientos que precisamente no pueden ser mantenidos en el contexto de la situación fáctica que hace aplicable a la ley 24.390, pues ese criterio lleva a una indebida restricción del ámbito de la libertad personal al haberse optado por una interpretación que supone hacer prevalecer una facultad del juez sobre una norma que prescribe la recuperación de la libertad y dar preferencia a condicionamientos restrictivos de dicha libertad respecto de las pautas consagradas en la mencionada ley.14) Que, por otro lado, de admitirse la tesis utilizada en la sentencia recurrida, la garantía establecida en el art. 1º de la ley 24.390 quedaría unida indisolublemente -como lo hizo el a quo a la "penalidad establecida para el delito por el que ha mediado la resolución de cautela personal del nombrado" y la mencionada norma se convertiría en letra muerta, toda vez que la eventual punibilidad de un imputado -cuya inocencia se presume (conf. art. 18 de la Constitución Nacional)- sería el criterio dominante y absoluto para evitar la aplicación de aquella norma en todos los casos en que pueda presumirse el dictado de una nueva "severa condena a su respecto".15) Que no escapa al Tribunal que la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad de defenderse contra el delito sea conjugado con el derecho del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (confr. Fallos: 272:188 y 311:652).16) Que, sin embargo, es precisamente esa idea de justicia y de apego a lo que la ley dice y ordena -y no una interpretación sobre la intención del legislador lo que justifica considerar que el a quo ha realizado una interpretación errónea del derecho vigente con aplicación a las circunstancias concretas de la causa al haber consagrado, mediante un procedimiento de concordancia que restringe sin justificación legal suficiente la garantía de la libertad personal y que afecta el principio de inocencia de los ciudadanos, que es la piedra angular de nuestro régimen republicano de gobierno.17) Que la inconveniencia de la aplicación de tales restricciones resulta de toda evidencia en el presente caso ya que el apelante se encuentra detenido en prisión preventiva desde hace un lustro, con lo que resulta necesario atender con urgencia a sus reclamos a fin de obtener una pronta decisión sobre el tema. En ese sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Rafael Iván Suárez Rosero contra la República del Ecuador" (nº 11.273) del 12 de septiembre de 1995 ha sostenido que cuanto más se prolonga el proceso, de manera más fuerte se ven comprometidas las garantías que implica la presunción de inocencia y, por consiguiente, el Estado debe aducir factores adicionales relevantes y suficientes que justifiquen el aumento de la carga en la persona del acusado.18) Que, además, la hermenéutica realizada por el a quo de la ley 24.390 compromete la garantía del "plazo razonable" prevista en el pacto, pues en modo alguno puede considerarse en un Estado de Derecho que sea jurídicamente "razonable" un lapso de detención que se extiende más allá de lo autorizado por las leyes. En efecto el principio sustentado por la Corte en

la causa "Firmenich" en el sentido de que no es posible traducir en días, meses o años el plazo razonable previsto en el art. 7, inc. 5º, de la mencionada convención ha sido sustancialmente modificado a raíz de la sanción de la mencionada normativa que impone -y no faculta al juez la liberación del procesado una vez transcurrido el plazo legal de modo que, sin perjuicio de la oportunidad o conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, cuyo examen no corresponde a los jueces (Fallos: 314:424), no subsisten en la actualidad los presupuestos legales sobre los que se había basado aquel pronunciamiento para concluir en la improcedencia de la excarcelación del allí procesado.¹⁹) Que en sentido coincidente se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso N° 11.245 Informe 12/96 del 1º de marzo de 1996, donde fijó pautas y dio recomendaciones al Estado argentino referentes al significado de "ser juzgado dentro de un plazo razonable" conforme a lo previsto en el art. 7.5 del Tratado Internacional. Allí consideró que no se podía "juzgar que un plazo de detención preventiva sea 'razonable' per se, solamente basándose en lo que prescribe la ley", por cuanto la detención sin condena puede ser irrazonable aunque no exceda de dos años, y al mismo tiempo, dicha detención puede ser razonable aún después de cumplido el límite de dos años. Por ello, consideró que la razonabilidad del plazo de detención, debía basarse en las circunstancias particulares de cada caso, y fundamentarse en la sana crítica del juez. No obstante, entendió que aquel criterio no excluía la posibilidad de que los estados establezcan una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso; expresó que ello resultaría congruente con el principio de inocencia y con todos los otros derechos asociados al proceso. En este sentido señaló que la presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados. Finalmente, consideró que para aquellos casos en que el término de duración de la prisión preventiva era prima facie inaceptable, las autoridades judiciales, además de dar razones pertinentes y suficientes para justificar la prolongación de la detención, deberán presentar razones específicas para justificar la demora, atendiendo a la diligencia especial que merece una persona que está encarcelada aguardando sentencia y que para ello se deberá tomar en consideración la complejidad y el alcance del caso, así como la conducta del acusado en el proceso. También allí la comisión interamericana reconoció el avance positivo del Estado argentino hacia el cumplimiento de la garantía establecida en la convención al sancionar la ley 24.390.²⁰) Que cabe tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el art. 1.1 de la Convención impone a los Estados Partes la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en ella, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma convención (caso "Godínez Cruz", sentencia del 20 de enero de 1989).²¹) Que de lo dicho resulta que el criterio adoptado en el fallo recurrido subordina el imperio de la ley -base del sistema republicano de gobierno a una interpretación que convierte a la excepción en regla y a la garantía de la protección de la libertad humana en privilegio aparente, de modo que corresponde a la Corte adoptar el criterio más apegado al mandato literal y expreso del legislador que no era otro que el evitar la permanencia del imputado -sin justificación fehaciente por un plazo superior al de dos años -con la excepción prevista en la norma bajo el régimen de prisión preventiva.²²) Que, en conclusión, el a quo ha optado por quitar relevancia a las prescripciones expresas de la ley 24.390 al haberla reducido a

una mera reedición de los arts. 379 y 380 del Código Procesal Penal con lo que ha dado preeminencia inadmisibles -en el actual esquema del régimen de la prisión preventiva a esas normas rituales incompatibles con el alcance de la garantía del "plazo razonable de detención" que se integra y delimita por el plexo normativo formado por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, el art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 1º de la ley 24.390. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Hágase saber, acumúlese la queja al expediente principal y vuelva al tribunal de origen para que, sin mayores demoras resuelva el pedido efectuado por el recurrente conforme a derecho. GUSTAVO A. BOSSERT.

Sent. n° 43 – "Rivarola Mariano Martín p.s.a. homicidio, etc.- Recurso de Casación" – TSJ
DE CORDOBA - Sala Penal – 17/05/2006

“En el denominado pronóstico punitivo hipotético, necesario a los fines de resolver la procedencia de una prisión preventiva (art. 281 C.P.P.), la calificación legal del hecho investigado constituye el primer eslabón de análisis, puesto que es éste el que a su vez indicará la escala penal a partir de la cual se examinará la eventual procedencia de la condena condicional. Es en esta inicial tarea de proporcionar una adecuada subsunción legal al suceso atribuido al imputado, que necesariamente debe impactar la concurrencia -siempre en grado de probabilidad- de una causa de justificación (art. 34 inc. 6ro. C.P.), en tanto ello excluirá la antijuridicidad –y con ella, el delito, lo cual acarreará la libertad del imputado- o, de encontrarse excedidos sus límites, incidirá sobre la pena prevista al disminuirla a la fijada para el mismo tipo “por culpa o imprudencia” (art. 35, ídem).”

SENTENCIA NUMERO: CUARENTA Y TRES: En la Ciudad de Córdoba, a los diecisiete días del mes de mayo de dos mil seis, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos “Rivarola Mariano Martín p.s.a. homicidio, etc.- Recurso de Casación” (Expte. “R”, n° 7/06)), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Rolbi Oscar Valdivieso, en su carácter de defensor del imputado, en contra del A.I. n° 20, de fecha 22 de Marzo de 2006, dictado por la Cámara de lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto.-/ Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Es nula la decisión impugnada?

2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.-

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por decreto de fecha 16/12/05, el Sr. Fiscal de Instrucción del 2º Turno de la ciudad de Río Cuarto, dispuso la prisión preventiva del imputado Mariano Rivarola, por considerarlo supuesto autor del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego con exceso en los límites de

la legítima defensa, en los términos de los arts. 35, 41 bis y 79 del C.P. y 281, 1° párrafo e inc. 1° del C.P.P. (fs. 280/290).-

Deducida oposición por parte de su defensor, la medida de coerción fue revocada por el Sr. Juez de Control y Faltas de la Sede, por A.I. n° 101, 26/12/05 (fs. 294/298).-

Tal solución fue apelada por el Ministerio Público, impugnación que fue acogida por la Cámara en lo Criminal de 2° Nominación de Río Cuarto, la que ordenó la detención del imputado (fs. 332/336).-

II. Contra dicha resolución, recurre en casación la defensa del imputado Rivarola invocando el motivo formal previsto en el segundo inciso del artículo 468 del C.P.P. Funda la impugnabilidad objetiva de su pretensión en el gravamen irreparable que la misma acarrea para la libertad de su representado (fs. 338/348).-

1. En primer término, le achaca al decisorio en crisis adolecer de una fundamentación nula que no interpreta correctamente las razones expuestas por el Juez de Control al revocar la prisión preventiva (fs. 338 vta./342).-

Explica el quejoso que la a quo entiende que dicho magistrado revocó la medida de coerción invocando una legítima defensa, cuando la única razón legal que autoriza tal proceder es la no participación del imputado en el hecho investigado. Al efectuar semejante lectura de la resolución apelada, la Cámara no advirtió que aquélla se sustentó en una expresa invocación del artículo 281, primer párrafo, a contrario sensu, del C.P.P. (fs. 341 vta.).-

Lo que hizo el Juez de Control –apunta el recurrente- fue primero discrepar con la base fáctica esgrimida por el Ministerio Público y que llevaba a éste a encuadrarla en el exceso en la legítima defensa. Sus referencias sobre la prueba demuestran la inexistencia de probabilidad sobre el hecho atribuido a Rivarola y a la vez ponen de relieve la falta de certeza negativa a favor de la imputación del nombrado (fs. 342).-

En consecuencia, al considerar sólo como posible la legítima defensa, el Juez de Control no ordenó el sobreseimiento y permitió la continuidad de la investigación. No se dispuso, en ese rumbo, a desincriminar totalmente al encartado (fs. 342 y vta.).-

Apunta el recurrente a continuación que si bien la autoría está fuera de duda, es la modalidad del suceso la que no ha sido suficientemente demostrada en el grado de probabilidad requerido. Tal es el sentido en dirección al cual el Juez de Control restó eficacia a los principales puntos de análisis expuestos por el Fiscal de Instrucción: atribución de los gritos de auxilio a Millauro, conocimiento de Rivarola acerca de la carga del arma de aquél, exceso de disparos, todos ellos letales, etc- (fs. 342 vta./343).-

De ello, se advierte que la argumentación de la decisión apelada no resultaba incongruente con las previsiones del artículo 281 del código ritual. En consecuencia, concluye que la errónea interpretación que de dicho razonamiento efectúa la Cámara a quo, tiñe su resolución de una fundamentación aparente que deviene en inexistente. Por tal motivo debe declararse nula, puesto que ha omitido resolver la controversia tal como estaba planteada por las partes, esto es, si era procedente o no el mantenimiento de la medida de coerción dictada (fs. 343).-

2. En forma subsidiaria, el impugnante reprocha al decisorio atribuir a su representado un delito que no cometió, “reintentando nuevamente una valoración parcial de la prueba existente en la causa”, ya que el accionar de Rivarola no se compadece con el exceso en la justificación previsto en el artículo 35 del Código Penal, tal como lo entendió el Juez de Control (fs. 343 vta.).-

Argumenta que el imputado fue objeto de una agresión ilegítima, de carácter mortal, ya que primero le apuntó con una pistola desde la parte delantera del automóvil y a través del parabrisas y ante el ocultamiento de su blanco, abrió la puerta del conductor y le descerrajó un tiro con dirección a la cabeza, sin impactar allí ante la reacción de Rivarola de desviar su cuerpo. La bala perforó el brazo y a continuación el asiento, la alfombra y terminó su recorrido en el piso del rodado. No se trata entonces, como describe el Fiscal, que Rivarola “percibió” el ataque, sino que recibió un ataque letal (fs. 344 y vta.).-

También yerra el Ministerio Público cuando se funda en que el arma de Millauro estaba sin cargador y sólo con un cartucho en la recámara. Explica que no puede reprocharse a su defendido, que se encontraba en estado de pánico total, en horas de la noche, ante alguien que le apunta con un arma, debiendo esconderse sin éxito puesto que el agresor abre la puerta y ejecuta un disparo dirigido a su cabeza, que razone si el arma que se accionaba en su contra tenía cargador y por ende una sola bala en la recámara Rivarola relató que “el balazo lo aturdió”; los testigos coincidieron en el perfil peligroso y violento de la víctima, que a todo el que cruzaba le había manifestado que iba a matar al encartado (fs. 344 vta./345).-

Afirma el recurrente que Rivarola se habría excedido si hubiera disparado ante la mera amenaza armada; pero aquí recibió un disparo letal. Es cierto que para defenderse efectuó ocho tiros, impactando todos ellos en el cuerpo de la víctima; pero también pudo haber malogrado a todos, ya que todo ocurrió en momentos de gran confusión y en no más de diez segundos (fs. 345 vta.).-

Previo a las detonaciones –prosigue- Elba Alicia Alturria oyó que una persona de sexo masculino decía “pará loco, pará, no, no, no”. Esta testigo escuchó mal, puesto que alude a cinco disparos cuando en realidad fueron nueve; sí es verdad, en cambio, que todos fueron seguidos. Ello implica que Millauro disparó el primero y luego Rivarola los ocho restantes. El Fiscal arriba a la conclusión de que aquellas expresiones pertenecieron a Millauro; sin embargo, afirma la defensa –por conocer al encartado- que ellas son propias de Rivarola. Además, nunca pudo el agresor decir “pará loco”, cuando fue él quien abrió la puerta y le descerrajó un tiro a la altura de la cabeza. Es más razonable que haya sido el atacado quien implorara al que se introdujo dentro del rodado, previo a que le disparara (fs. 346 y vta.).-

El Ministerio Público reconoció la existencia de un contexto defensivo; pero achacó a Rivarola la superabundancia de disparos en relación a tal finalidad. Rebate el quejoso que “si Millauro dispara con una pistola a la cabeza de su defendido y éste para salvar su vida le dispara también con una pistola, no hace falta que sea un disparo a uno, o sea disparo por disparo; la agresión se repelió con la misma intensidad que se recibió, podía haber muerto su pupilo, en su defensa murió el agresor” (fs. 347).-

Del mismo modo, alega que la cantidad de disparos no puede gravitar en la decisión ya que según el informe médico no pudo determinarse cuál fue el primer disparo efectuado por Rivarola así que todos fueron letales (fs. 347).-

Se han soslayado los testimonios de quienes corroboraron la peligrosidad del muerto (Veritier, Molina) y la documental que acredita sus antecedentes violentos (fs. 347).-

Por último, agrega que su defendido es un hombre joven, con hábitos de trabajo, domicilio estable en el medio, familia constituida. Si bien posee un antecedente penal computable, es un encubrimiento, lo que no evidencia peligrosidad. Invoca una injusta persecución policial, según surge de la imputación del policía Rotelli, que lo acusaba falsamente de haber efectuado disparos contra el móvil del Comando Radioeléctrico (fs. 348).-

3. Solicita, en consecuencia, se anule el auto impugnado y se ordene al Inferior un nuevo pronunciamiento conforme el art. 281 del C.P.P. Subsidiariamente, peticona que esta Sala confirme la resolución dictada por el Juez de Control, encuadrando la conducta de su representado en la legítima defensa prevista en el artículo 34 inc. 6° del código de fondo (fs. 348 vta./349).-

III. En lo que aquí resulta objeto de examen, los presentes exhiben las siguientes constancias:

1. Hecho fijado: el día 22 de Octubre de 2005, Gustavo Millauro arribó a una playa de estacionamiento donde estacionó el automóvil en que se conducía –Renault Traffic-, oportunidad en la que se encontró con Rivarola “con quien mantenía una antigua enemidad, el que se hallaba al comando del vehículo VW Golf...”, que había estacionado frente al domicilio de Natalia Serafino, a pocos metros del coche de Millauro. Éste, portando una pistola sin cargador pero con un cartucho colocado en su recámara, “se acercó al rodado en cuyo interior aún permanecía Rivarola para inmediatamente efectuarle un disparo que ingresó a nivel del hombro izquierdo...Rivarola, por su parte, advertido de una posible agresión, descerrajó en su defensa sin solución de continuidad, pero superando los límites impuestos por la necesidad, al menos ocho disparos con el arma que llevaba en el interior del automóvil al alcance de su mano y en condiciones de ser operada, impactando los proyectiles en distintas partes del cuerpo de Millauro... Las múltiples heridas provocadas a Millauro por los proyectiles de arma de fuego, le causaron un paro cardiorrespiratorio traumático, debido a shock hipovolémico agudo, que provocaron su óbito...” (fs. 280/281).-

2. Decreto de prisión preventiva: del análisis de la prueba rendida, concluyó el Fiscal de Instrucción que Rivarola sufrió una agresión ilegítima y no provocada, y que actuó con propósito estrictamente defensivo, hechos éstos que no resultan luego controvertidos. La discusión se basa, en cambio, en cuanto al requisito de la proporcionalidad en la reacción. Sobre el punto, afirmó que “evidentemente se prorrogó más allá del propio riesgo que existía para su persona, toda vez que ya se había visto superada la situación de peligro, actuando en consecuencia con exceso en los límites de la legítima defensa (art. 35 del C.P)..Rivarola, portador de un arma calibre 22, descerrajó al menos ocho disparos... y todos fueron a dar contra la anatomía de su oponente mientras que se hallaba aún de pie, quien, huelga decirlo, contaba con sólo un cartucho en la recámara del arma. De la visualización de la prenda de vestir que llevaba colocada Millauro y los rastros de pólvora detectados por el químico a la altura del cuello, podemos colegir que los dos primeros impactos que recibió en su cuerpo fueron realizados a muy corta distancia y bien se pueden corresponder con una inmediata defensa... Si ello fue así, evidentemente el occiso debió retroceder al conocer que tenía el arma descargada. Aunque la dirección y certeza de los primeros disparos se mostraron eficaces para contener la agresión, intensificando Rivarola su obrar más allá de lo que las circunstancias le imponían, y superando de este modo la necesidad defensiva, con una seguidilla superabundante de disparos, algunos asestados con su oponente ya de espalda... acabó con la vida de Millauro... Salvo el primero o tal vez el segundo de los disparos fueron efectuados desde el interior del rodado y todos los restantes desde fuera del automóvil, cuando Millauro ya no tenía capacidad de resistencia porque había utilizado su única munición y estaba expuesto a su suerte. A este momento de la disputa hay que adjudicar la frase que escuchó la testigo Elba Alicia Alturria, que provenía de una persona de sexo masculino que decía a otra ‘pará loco, pará, no, no, no’, para después oír unos cinco tiros, uno seguido del otro. Tales pedidos no pudieron ser otros que los de Millauro, quien sabía que no tenía balas en su arma. Le hubiera bastado al imputado aminorar la intensidad de la defensa, deteniendo la superabundancia de disparos para alcanzar su finalidad...” (fs. 288/289).-

3. Revocación de la prisión preventiva en virtud de la oposición deducida por el defensor: el Juez de Control discrepó con el Ministerio Público en cuanto al exceso por éste señalado. Sostuvo, en sustento de tal respuesta, que “de los elementos de probatorios no se puede concluir

que Rivarola conociera el agotamiento de cartuchos en el arma de Millauro. En primer lugar, porque no existen evidencias que los gritos defensivos consistentes en ‘pará, loco, pará, no, no, no’ puedan ser atribuidos indefectiblemente a uno u otro de los contendientes... toda vez que ambos sufrieron a su turno una agresión y la testigo no aclaró si fueron proferidos antes de la secuencia total de disparos... Otro tanto ocurre con el reputado elemento incriminatorio consistente en el agotamiento de la munición de Millauro, ya que no existe constancia alguna a esta altura de la investigación acerca del conocimiento de tal extremo por parte del imputado, menos aún cuando la carencia del cargador en el arma era difícil constatación en el contexto de la citada balacera... Si se tiene en cuenta que

el arma usada por Millauro fue encontrada detrás de la garita donde terminó recostado, cabe inferir... que la víctima la portaba en todo [momento] mientras Rivarola le efectuaba los disparos...”. Concluye el magistrado que “existió en el caso una legítima defensa plena (art. 34 inc. 6° del C.P.), siendo así porque ante la agresión sorpresiva con arma de fuego, en horario nocturno y en predio desolado, el agredido se defendió con la debida necesidad en relación con las circunstancias del caso disparando su propia arma. Estimo que la intensidad de la actitud justificada guarda proporcionalidad con la subsistencia de la amenaza representada por la continuidad de la portación del arma en manos del agresor. Considero que para arribar a esta conclusión resulta útil colocarse en la situación del que razonablemente considera desprotegida su vida. No puede exigirse a quien fue atacado con un disparo dirigido a su cabeza una apreciación exacta y precisa de la situación que corre...” (fs. 296 vta./297 vta.).-

4. Resolución del Tribunal de Apelación: la Cámara Segunda del Crimen, sin expedirse sobre el fondo de la cuestión expuesta por el Ministerio Público, revocó la decisión del Juez de Control, por adolecer de “errores de concepto penales y procesales penales” que lo condujeron a una solución equivocada. Explica que su Inferior “ha confundido: en lo penal, la exclusión de la antijuridicidad (por legítima defensa) con la no participación criminal; y, en lo procesal penal, la existencia de una causal de sobreseimiento, la legítima defensa (art. 350 inc. 3° del C.P.P.) con la no participación del imputado en el hecho investigado, única razón legal que autoriza revocar la prisión preventiva (art. 281 primer párrafo ibídem). Esta última norma tiene su lógica en que, si existe una causal de sobreseimiento, debe cerrarse la causa definitivamente –y como consecuencia liberar al individuo- y no limitarse a ordenar su libertad dejando la causa abierta; por eso el art. 281 al momento de decidir la prisión preventiva sólo atiende a la prueba del ilícito, la participación del encartado y el monto de la pena esperable. En otros términos: si consideraba que existía la causal de justificación que excluye la antijuridicidad prevista en el art. 34 inc. 6° del C.P., debió haberlo sobreseído, como lo pidió la defensa a fs. 296 vta. Ahora bien: la única razón para la revocación de la prisión preventiva –la no participación criminal- no ha sido puesta en tela de juicio por las partes ni por el propio jurdicente, en tanto que para aquel efecto argumentó, erróneamente, una causal de sobreseimiento que no se plasmó en la decisión; lo que –por otra parte- no cuestionó la defensa por vía recursiva. Así planteadas las cosas debe dejarse sin efecto la revocación de la prisión preventiva porque el Juez de Control no ha dado fundamentos –aunque la invoca- de la no participación o la participación improbable del encartado; más aún: por lo contrario, su acreditación surge indudable desde que la defensa se orienta hacia la existencia de una causal de justificación que presupone la admisión de la autoría. Desde otro punto de vista, tampoco es viable la libertad de Rivarola aún cuando la escala penal, in abstracto, admitiría una condena condicional (relacionando los arts. 79, 35 y 84 del C.P.) porque, como bien lo señala el Fiscal de Instrucción a fs. 299 vta. in fine, al registrar una condena anterior de ejecución condicional, de ser condenado en el caso que nos ocupa no puede obtener nuevamente el beneficio; pero además no se ha probado en autos que su situación pueda ser encuadrada en las ‘circunstancias distintas del común denominador de las personas

imputadas de un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal' (del art. 281 inc. 1° del C.P.P.), según la jurisprudencia sentada al respecto por el S.T.J..." (fs. 334/335).-

IV.1. En forma liminar, cabe resaltar que el recurso de marras ha sido interpuesto en contra de una resolución equiparable a una sentencia definitiva y por lo tanto, impugnabile en casación. Ello así, por cuanto resultan tales las decisiones que antes del fallo final de la causa mantienen una medida de coerción, en razón de que pueden irrogar agravios de imposible reparación posterior, dada la jerarquía constitucional de la libertad personal de quien cuenta con la presunción de inocencia ("Aguirre Domínguez", S. n° 76, 11/12/97; "Gaón", S. n° 20, 25/3/98; "Aksel", A. n° 143, 21/4/99; "Del Pino", A. n° 79, 3/4/00, S. n° 21, 6/4/00; "Martínez Minetti", S. n° 51, 21/6/01, A. n° 139, 16/5/02, "Tissera"; S. n° 53, 13/06/05, "Oliva", entre otros). Esta posición ha sido adoptada por este Tribunal Superior en innumerables precedentes, en consonancia con la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 280:297; 290:393; 300:642; 301:664; 302:865; 306, V. I.:262; 307:549; 308:1631; 311, Vol. I.:359).-

2. Ya ingresando a la materia de examen, adelanto opinión en cuanto a que asiste razón al quejoso.-

2.a) Como se observa en la reseña que precede (III), la a quo funda la revocación en la existencia de un yerro in procedendo de su Inferior, el que a su juicio –de reputar satisfactoriamente configurada la legítima defensa- debió sobreseer a Rivarola, puesto que la concurrencia de una causa de justificación es causal prevista en el artículo 350 inc. 3° de la ley ritual y no tiene cabida en el ámbito del artículo 281 inc. 1°, que a su entender únicamente refiere a la participación del imputado en el hecho que se le atribuye, como base para la medida de coerción.-

Debo señalar, por el contrario, que es el juego normativo propuesto por la Cámara el que equivoca la hermenéutica. Doy razones.-

2.a.1) El artículo 281 del Código Procesal Penal establece que "siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado...", procederá la prisión preventiva –en la hipótesis del inciso 1°-, si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca precedente, prima facie, la condena de ejecución condicional".-

Así, en el denominado pronóstico punitivo hipotético, la calificación legal del hecho investigado constituye el primer eslabón de análisis, puesto que es éste el que a su vez indicará escala penal a partir de la cual se examinará la eventual procedencia de la condena condicional.-

Es en esta inicial tarea de proporcionar una adecuada subsunción legal al suceso atribuido al imputado, que necesariamente debe impactar la concurrencia –siempre en grado de probabilidad, punto sobre el que volveré más abajo (2.a.2)- de una causa de justificación, en tanto ello excluirá la antijuridicidad –y con ella, el delito- (art. 34 inc. 6°, C.P.) o, de encontrarse excedidos sus límites, incidirá sobre la pena prevista al disminuirla a la fijada para el mismo tipo "por culpa o imprudencia" (art. 35, ídem).-

No es correcto afirmar, en consecuencia, que el análisis dirigido a determinar si en el caso se configura probablemente una legítima defensa o un exceso en ella, constituya un capítulo ajeno al examen sobre los presupuestos de procedencia de la medida de coerción. Por el contrario, conforme la norma en cuestión, es la participación punible del imputado la que ha de valorarse en el marco de la prisión preventiva; y es indiscutible que la punibilidad del hecho se ve

afectada por la exclusión del injusto que pueda conllevar la presencia de una causa de justificación.-

Es que de reputarse probable la intervención del imputado en un hecho que aparece justificado, corresponderá su libertad (art. 34 inc. 6º, C.P.). Si no obstante el contexto de justificación, se aprecia –insisto, en grado de probabilidad- que el mismo ha sido excedido en sus límites, el marco sancionatorio que dará base al pronóstico punitivo hipotético ya no será el del delito doloso sino, el más reducido correspondiente a su forma culposa, si la hubiere (art. 35, C.P.). Y finalmente, si no ocurre ni una ni otra cosa, y la conducta típica queda fuera de toda justificación, es la pena correspondiente al delito doloso la que habrá de computar para evaluar la procedencia de la condena de ejecución condicional.-

Por tales motivos y más allá de la concreta solución propiciada para el presente hecho, es que el razonamiento expuesto por el Juez de Control en modo alguno desbordaba lo que constituía su materia de análisis, en tanto su argumentación tendió a demostrar que en el cuadro convictivo hasta este momento logrado, no se encuentran reunidos “los elementos de convicción suficientes para sostener como probable” (fs. 297 vta., con negrita agregada) la “participación punible” (art. 281, C.P.P.) de Rivarola en el hecho investigado: más precisamente, que su accionar hubiere sido desproporcionado respecto de la agresión recibida por Millauro.-

2.a.2) Ahora bien; precisamente porque el examen de dicho magistrado se desarrolló en el marco de la probabilidad, que es el grado de convencimiento requerido para el encierro cautelar, es que no dictó el sobreseimiento que a juicio de la Cámara debió dictar.-

El sobreseimiento, como lo expresa el artículo 350 del rito, procede “cuando sea evidente” que media –en nuestro caso- “una causa de justificación...” (inc. 3º). De tal modo, erige la evidencia como exigencia ineludible para su dictado, condición que reviste lo “claro, patente, sin la menor duda” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1970, 19º Edición; T.S.J., Sala Penal, A. nº 44, 27/5/04, “Conchillo”; S. nº 65, 8/7/04, “Roncella”; A. nº 353, 13/10/04, “Fiscal de Instrucción...”)-

Atento a ello, si la conclusión del Juez sólo aludía a la inexistencia –hasta lo allí investigado- de elementos de prueba que fundaran en grado de probabilidad el exceso en la legítima defensa, ello no importaba per se la opción por el sobreseimiento. Ausencia de probabilidad (art. 281, a contrario sensu, C.P.P.) no equivale a certeza negativa (art. 350, C.P.P.), y es sobre el primer extremo que discurrió el razonamiento del Juez de Control, posibilitando únicamente la revocación de la prisión preventiva ordenada.-

2.a.3) Se advierte, en consecuencia, que a raíz de esta errada intelección de la Cámara a quo – que por otra parte y tal como ella apunta, no había sido invocada por el apelante- quedó sin resolver el fondo de la cuestión sometida a su consideración por el Ministerio Público apelante, esto es, si la conducta de Rivarola desbordaba, probablemente, los límites de la justificación, aspecto que deberá ser analizado en un nuevo pronunciamiento.-

Voto, pues, afirmativamente

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal Dra. Aída Tarditti da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.-

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.-

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso deducido y en consecuencia, anular el decisorio impugnado y reenviar los presentes al Tribunal a quo para que dicte nuevo pronunciamiento conforme a Derecho

II. Sin costas, atento al éxito obtenido en esta Sede (arts. 550 y 551, C.P.P.).-

Así voto.-

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal Dra. Aída Tarditti da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.-

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.-

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal,

RESUELVE:

D) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Dr. Rolbi Oscar Valdivieso, en su carácter de defensor del imputado Mariano Martín Rivarolay en consecuencia, anular el A.I. n° 20, de fecha 22 de Marzo de 2006, dictado por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto y reenviar los presentes al Tribunal de Origen para que dicte nuevo pronunciamiento conforme a Derecho.-

II) Sin costas.-

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidenta en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe. FDO.: Dres. Cafure de Battistelli, Tarditti, y Blanc de Arabel

Tejerina Romina Anahí

S u p r e m a C o r t e :

I

La Sala Segunda de la Cámara Penal de la ciudad capital de la provincia de Jujuy resolvió, con fecha 22 de junio de 2005, condenar a Romina Anahí Tejerina a catorce años de prisión, accesorias legales y costas, como autora material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, en los términos del artículo 80, inciso 1° en función de su último párrafo del Código Penal (fs. 604/612 del expediente principal).

Contra esa decisión, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 629/632), que fue concedido a fojas 635.

Durante el trámite del recurso ya ante el Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, y luego de presentarse los fundamentos de la apelación (fs. 675/690), éste decidió paralizar el trámite de las actuaciones hasta tanto se reintegrara el proceso seguido contra Eduardo Emilio Vargas por el delito de abuso sexual con penetración en perjuicio de la aquí condenada, que había sido remitido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que consideró necesario "tener como prueba al momento de resolver" (fs. 691).

Contra dicha providencia, la defensa de Tejerina dedujo recurso de reposición y solicitó su excarcelación (fs. 694/697). Ambas pretensiones fueron rechazadas (fs. 698/700).

Dicha parte interpuso entonces recurso extraordinario federal (fs. 704/717) que, al ser denegado (fs. 719/720), dio lugar a la articulación de esta queja (fs. 41/61 del presente incidente).

II

En la impugnación extraordinaria, los apelantes intentaron demostrar, en primer lugar, que la resolución atacada era equiparable a sentencia definitiva, en lo que se refiere a la paralización sine die del trámite del recurso de casación, al rechazo de la reposición deducida en su contra y a la denegatoria de la libertad provisional, conforme la doctrina de la Corte que exige la verificación de un agravio de imposible reparación posterior. Sostuvieron entonces que la circunstancia de que Tejerina se encuentre detenida, imponía que los derechos constitucionales invocados del debido proceso, presunción de inocencia, adecuado servicio de justicia, libertad y defensa en juicio, fueran objeto de una tutela inmediata.

En ese sentido manifestaron que concurría un supuesto de privación de justicia que afectaba en forma directa al derecho de defensa en juicio y que se encontraba en debate el alcance del derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrado en el artículo 8, párrafo 2.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 14, párrafo 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (reconocido en los artículos 7.5 y 8.1 del primero de los tratados mencionados) y sin dilaciones indebidas (artículo 14.3 del segundo).

Por otro lado, la defensa impugnó la decisión, a la que consideró arbitraria, pues se apoyaba sólo en motivaciones aparentes, al haber sido subordinada a la resolución de otro expediente cuando los planteos del recurso de casación no tenían relación con su objeto. Acerca de la denegatoria de la excarcelación, advirtió tal vicio en el empleo de frases dogmáticas tales como "el derecho de afianzar la justicia", sin vinculación alguna con fundamentos relativos a la protección de los fines procesales de la prisión preventiva, que son los únicos supuestos que habilitan la privación de libertad antes de la sentencia final de la causa.

Por último, mencionaron que la denegación de justicia de la que se agraviaban respondía a la búsqueda por parte del a quo de un motivo al que calificó como absurdo e ilegal, para evitar resolver el recurso de casación interpuesto en atención a la repercusión que tuvo la causa; con base en esta circunstancia, los recurrentes también fundaron un supuesto de gravedad institucional que haría admisible el recurso, pues el caso ha sido muy sensible a la comunidad y a la opinión pública.

Por su lado, el Superior Tribunal de Justicia denegó el recurso deducido, con base en que éste no se dirigía contra una sentencia definitiva, sino que se trataba de "una resolución en pleno de este cuerpo que dirime los planteos de carácter meramente procesal" (fs. 719/720).

III

Antes de analizar la procedencia de la apelación federal creo conveniente poner de resalto que el pronunciamiento impugnado contiene dos decisiones diferentes pues, por un lado, el superior tribunal no hizo lugar a la revocatoria intentada contra la suspensión del trámite de casación y, por otro, rechazó el pedido de excarcelación de Tejerina.

En este sentido advierto que en el auto denegatorio de fojas 38/39 no se ha expuesto motivación suficiente que brinde sustento a su conclusión sobre la ausencia del requisito de definitividad, lo que en el caso resultaba especialmente exigible si se repara en que, tal como quedó expuesto, el fallo contiene dos aspectos independientes a partir de los cuales los recurrentes han desarrollado agravios que, si bien con similar sentido, reconocen fundamentos autónomos respecto de cada uno con base en precedentes de V.E.

IV

En lo referente al primer aspecto de la resolución, debo recordar que es doctrina del Tribunal que frente a la desestimación de un recurso de reposición en la que no se expresan nuevos fundamentos que pudieran integrar el fallo anterior, en particular cuando se desprende del propio texto del recurso extraordinario que aquello que se intentó cuestionar es el pronunciamiento original, debe considerarse extemporánea la interposición de la vía consagrada por el artículo 14 de la ley 48 contra la última decisión, cuando ha transcurrido el plazo del artículo 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación respecto de la primera; toda vez que el término legal no se interrumpe ni se suspende por el trámite de otros recursos que en definitiva no prosperan (Fallos: 311:1242 y sus citas; 318:1428 y 327:1430).

Sin embargo, al confrontar la providencia en la cual se dispuso la paralización del trámite de las actuaciones, la que sólo se apoya en la necesidad de contar con el expediente "Vargas" al momento de resolver (fs. 691), con la que rechazó la revocatoria (fs. 698/700), surge que en esta última el a quo ha incorporado nuevos fundamentos en apoyo de su decisión, tanto al atribuir el voto mayoritario la remisión de la causa a la actividad de los aquí recurrentes, como al referirse el último vocal al supuesto ofrecimiento como prueba, por parte de la defensa, del expediente elevado a la Corte, y a que la decisión sólo recogía una "situación de hecho existente" que podría modificarse de adjuntar la parte interesada copia de aquella causa.

Estos extremos permiten afirmar, en mi opinión, que la apelación federal resulta deducida en término, ya que la resolución que rechazó el recurso de reposición agregó nuevos argumentos atinentes a la cuestión federal planteada que integra la decisión anterior y que fueron objeto de crítica en el recurso extraordinario.

Por otro lado y también en lo relativo al análisis formal de la procedencia del recurso en los términos del artículo 14 de la ley 48, no dejo de advertir que, tal como ha establecido V.E. en reiterados precedentes, las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la cuestión controvertida no son, en principio, impugnables por la vía intentada en la medida en que no ponen fin al pleito ni impiden su continuación (Fallos: 245:179; 268:567; 320:463 y 327:3082). Sin embargo, también se ha dicho que cabe hacer excepción a esa regla cuando

concorre un supuesto de privación de justicia que afecta en forma directa e inmediata el derecho de defensa en juicio y se verifica un gravamen de imposible o muy difícil reparación ulterior, lo cual permite que la decisión sea equiparable a definitiva en sus efectos (Fallos: 244:34; 306:2101; 308:694; 315:1940; 316:1930; 321:3322; 322:1481; 323:2149, 2150 y 326:697 y sus citas, entre otros).

Tal es, a mi modo de ver, la situación que aquí se presenta, pues la paralización del trámite en las condiciones en que fue resuelta, produce una demora injustificada en la decisión del derecho que se proyecta con los alcances propios de una denegación de justicia y que causa un agravio de entidad suficiente que permite equiparar la resolución a la sentencia definitiva requerida por el artículo 14 de la ley 48 (según la doctrina que surge de Fallos: 310:192 y 324:2954 disidencia de los doctores Moliné O'Connor, López y Vázquez), tanto más cuando la conexión entre ambos procesos no ha sido establecida ni guarda relación alguna con los agravios invocados en el recurso de casación, y la dificultad invocada resulta, como se verá, fácilmente superable.

Tales circunstancias imponen, además, la necesidad de atenuar el rigor en el examen de los recaudos formales que condicionan la procedencia de la vía extraordinaria a fin de evitar el menoscabo a la garantía de defensa en juicio protegida por el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 295:961; 299:268; 301:1149; 312:1186; 313:215; 321:3322 y 322:3071 y sus citas, entre otros).

Acerca del fondo de la cuestión, creo conveniente recordar que tiene establecido V.E. que esta garantía constitucional incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes los invocan (Fallos: 272:188; 297:486; 306:2101 y sus citas; 315:1940; 323:747; 324:1710 y 1944).

Ciertamente, tal como lo reclamó la defensa, para la suspensión sine die de la decisión requerida mediante la interposición del recurso de casación, el a quo se valió de afirmaciones genéricas y dogmáticas que importaron tomar como base circunstancias que no se corresponden con las constancias de la causa, o bien que resultan apreciaciones infundadas que privan de validez al fallo como acto jurisdiccional (Fallos:247:583; 248:225 y 487; 249:324 y 517; 307:642; 317:655; 321:1462 y 1744 y 326:3734, entre otros).

Respecto del primer vicio, advierto que la afirmación acerca de que los autos fueron remitidos como consecuencia de la actividad de los recurrentes, no surge del expediente sino que, por el contrario, resulta evidente que han sido solicitados por la Corte Suprema dentro del trámite que corresponde darle al recurso interpuesto por la parte aquí apelante.

Por otro lado, la necesidad de contar con copias de esos actuados y la sugerencia que realizó el doctor Cosentini en su voto sobre la posibilidad de que fueran aportadas por la parte, se enfrentan a la circunstancia de que ellas ya obran corriendo por cuerda a este expediente (cfr. presentación de fs. 365/7). En efecto, tal como puedo apreciar, el legajo que obra como anexo está conformado por fotocopias certificadas de la totalidad de la causa n° 5872 caratulada "Vargas, Eduardo Emilio p.s.a. abuso sexual con penetración" desde su inicio hasta la resolución que sobreseyó en forma total y definitiva al nombrado con fecha 6 de noviembre de 2003, así como su respectiva notificación a las partes.

Ello no sólo demuestra el apartamiento del tribunal de las constancias de la causa, sino que además, al poner la carga de proveerlas en manos de la defensa, prescinde de cumplir con una de sus obligaciones propias, que es la de llevar adelante las medidas que considere necesarias para resolver y que, en el caso, eran fácilmente alcanzables.

Por otra parte, y más allá de las atribuciones propias del tribunal superior al juzgar acerca de la amplitud de su jurisdicción en los recursos de los que tiene conocimiento, lo que en principio resulta irrevisable en esta instancia (confr. Fallos: 314:725 y sus citas, y causa N.10.XL "Nallar, José Alberto c/Estado provincial Dirección Provincial de Vialidad ", resuelta el 24 de mayo de 2005, considerando 2) tampoco se advierte, ni el a quo lo explica, porqué razón ha considerado imprescindible contar con esos autos, habida cuenta que no parecen tener relación con los agravios que fueron sometidos a su consideración (ver fs. 629/632 y 675/690).

En consecuencia, opino que la resolución impugnada en cuanto ha dispuesto la paralización del trámite del recurso de casación, debe ser dejada sin efecto pues reconoce una fundamentación sólo aparente, apoyada en conclusiones dogmáticas o inferencias sin sostén jurídico o fáctico, que no parece responder más que a la exclusiva voluntad de los jueces (Fallos: 303:386; 306:1395; 307:1875; 311:512 y 326:3734, entre muchos otros).

V

Por otro lado y respecto del rechazo de la excarcelación de Tejerina que también contiene el fallo cuestionado, resulta menester destacar que tiene establecido la Corte que la decisión que restringe la libertad personal del imputado con anterioridad al dictado de la resolución final de la causa se equipara a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, ya que podría ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela inmediata (Fallos: 290:393; 307:549; 308:1631; 310:1835; 314:791; 316:1934; 320:2105; 325:3494, 327:954 y 5048 y más recientemente, en el caso D.199.XXXIX "Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación causa N° 107.572 ", resuelta el 3 de mayo de 2005 y sus citas).

Al respecto, también estimo conveniente recordar que es doctrina de V.E. que no obstante que sus sentencias sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia y, por tal razón, carecen de fundamentación los pronunciamientos de los tribunales que se apartan de los precedentes de la Corte sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (Fallos: 307:1094; 311:1644 y 318:2060 y sus citas). Tal es el caso de autos, en tanto el a quo denegó la vía extraordinaria obviando el análisis de la clara doctrina del Tribunal en sentido contrario a lo decidido y que fuera específicamente alegada por los recurrentes.

Sin embargo, también se ha resuelto que ese sólo aspecto no resulta suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, pues para ello se requiere además que se halle involucrada una cuestión federal o el agravio se funde en la arbitrariedad del pronunciamiento (Fallos: 306:262; 310:1835; 312:185; 314:451 y 791 con sus citas; 316:1934; 321:1328 y 322:1605) tal como, a mi modo de ver, ocurre en el caso.

Pienso que ello es así pues, en lo que aquí interesa, el a quo no sólo omitió el análisis legal que merecen los planteos vinculados con la libertad durante el proceso, merced a la genérica invocación de la fórmula constitucional de "afianzar la justicia", sino que además dejó de tratar

las cuestiones reclamadas especialmente por los recurrentes, vinculadas con las reglas que surgen de tratados internacionales de derechos humanos y el reciente pronunciamiento de la Corte en la causa C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa", resuelta el 20 de septiembre de 2005.

Al respecto, si bien no desconozco que V.E. ha establecido que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la resolución del tema (Fallos: 300:522; 310:1835; 317:1500 y 318:2678, entre muchos otros), también ha resuelto que son descalificables aquellas sentencias que omitan pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para ello (Fallos: 234:307; 238:501; 249:37; 314:547, 737 y 1366, 316:1873 y 318:2678), o lo hacen mediante breves afirmaciones genéricas sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación, o utilizando pautas de excesiva latitud en sustitución de normas positivas inmediatamente aplicables (Fallos: 236:156; 244:521; 298:373; 310:566; 311:357; 320:2451; 322:440 y 1017; 324:4275; 325:1549 y 2340 y 326:2235, entre otros) en tanto importan una violación a las reglas del debido proceso.

En el mismo sentido, las consideraciones efectuadas por el doctor Cosentini en su voto adherente respecto a la improcedencia de la aplicación del precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad en atención al adelantado estado de esta causa y la mención de que con la decisión que se adopta no se vulnera la legislación internacional de derechos humanos, resultan a mi criterio, más allá de su acierto o error, insuficientes para dar respuesta a los planteos de la defensa.

Por otro lado, no se advierte en la resolución impugnada cita legal alguna que brinde sustento tanto a la decisión cuanto a la competencia del tribunal superior para tratar directamente en esa instancia y sin sustanciación alguna el pedido de excarcelación, con la consiguiente imposibilidad para los recurrentes de debatir los distintos aspectos fácticos y normativos que invocaron en apoyo de su pretensión y, en su caso, lograr el control de la decisión contando con una doble instancia judicial, conforme se asegura constitucionalmente (artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional).

Se ha entendido así que procedimientos de esa índole cercenan las vías de impugnación previstas por el ordenamiento local para su revisión por un tribunal superior y que sólo las instancias inferiores permiten la constatación de determinados aspectos de una controversia que, de obviarse, vulneraría el derecho de defensa del imputado (confr. causa C.459.XXXVIII 55 CC/2000 s/queja por "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71 CC causa N denegación de recurso de inconstitucionalidad incidente de prescripción ", de los votos de los y 13 a 14 resuelta el 8/11/2005, considerandos 10 doctores Petracchi y Fayt, respectivamente), cuando precisamente, la sustanciación de tal debate resulta viable frente a decisiones recurribles (Fallos: 326:1419 y 1578, entre otros).

Todo ello demuestra, a mi modo de ver, el carácter dogmático de la resolución cuestionada, la cual más allá de su acierto o error, entiendo que no puede ser considerada como la derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa, ni cuenta con una fundamentación suficiente para sustentarla, por lo que también debe ser descalificada como acto judicial válido (Fallos: 236:27; 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:28 y 2969; 316:2718; 319:103 y 321:1909).

Finalmente, cabe mencionar que frente a esa conclusión resulta inoficioso analizar si en el caso se presenta un supuesto de gravedad institucional tal como se alega.

VI

Por las razones expuestas, y sin perjuicio de la resolución que pueda adoptarse acerca del fondo, ya sea a favor o en contra de la pretensión de los recurrentes, opino que V.E. debe declarar procedente la presente queja, hacer lugar al recurso extraordinario, y revocar el fallo apelado para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo conforme a derecho.

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Marzari Mariano Marcos
E-mail:	marianomarzari@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Inconstitucionalidad de la prisión preventiva
Título del TFG en inglés	Constitutionality of custody (before conviction)
Integrantes de la CAE	Jose Lago- Maximiliano Davies
Fecha de último coloquio con la CAE	10-05-2010
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	CD-PDF

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de..... mes(es)

Firma del alumno