



**PRISION PREVENTIVA**

**¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA?**

**Autor:** Federico Emir Manzur

**Carrera:** Abogacía

**Año:** 2014

# **LA PRISION PREVENTIVA**

## **¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA?**

### **RESUMEN**

El presente trabajo tiene como finalidad investigar el controvertido instituto procesal de la prisión preventiva, atento a que se trata de la medida cautelar con mayor capacidad lesiva a los derechos y garantías fundamentales del individuo. A lo largo de la investigación se tratará de dilucidar por qué la prisión preventiva se aplica con amplio margen de discrecionalidad en nuestro país, sin observar los principios rectores de excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad, plazo razonable, desvirtuando así su función cautelar y estrictamente procesal, violando las garantías del debido proceso y en consecuencia convirtiendo a la prisión preventiva en una verdadera pena anticipada para el imputado.

### **ABSTRACT**

The goal of the present work is to research the controversial procedural of preventive prison institute that refers to the precautionary measure with greater capacity of injury to fundamental rights and guarantees of individuals. Our research aims to elucidate why preventive prison it is applied in our country with a wide margin of discretion without taking into account the principles of exceptionality, provisionality, proportionality and reasonable time, all these in detriment of its preventive and procedural role; violating the guarantees of the process and transforming the preventive prison in a previous conviction for the accused.

**PRISION PREVENTIVA**  
**¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA?**

**INDICE DE CONTENIDOS**

<b>INTRODUCCION</b>	<b>07</b>
---------------------	-----------

**Capítulo I: La Prisión Preventiva**

1.	Cuestiones preliminares	13
2.	Prisión Preventiva	14
2.1	Concepto	14
2.2	Fines de la prisión preventiva	15
2.3	Criterios Justificadores de la prisión preventiva	16
2.3.1	Criterio procesalista de la prisión preventiva	16
2.3.1.a)	Sospecha sustantiva de responsabilidad	18
2.3.1 b)	Peligrosidad Procesal	19
2.3.1 c)	Verificación de la peligrosidad procesal	22
2.3.2	Criterio sustancialista de la prisión preventiva	25
3.	La constitucionalidad de la prisión preventiva	27
4.	Conclusiones preliminares	30

**Capítulo II: Principios y limites que legitiman la Prisión Preventiva**

1.	Principio de inocencia	32
1.1	Prisión preventiva y presunción de inocencia	35

2.	Principios rectores que legitiman el auto de prisión preventiva	37
2.1	Principio de excepcionalidad	37
2.2	Principio de provisionalidad	38
2.3	Principio de proporcionalidad	40
2.4	Principio de razonabilidad de los plazos	42
3.	Conclusiones preliminares	44

**Capítulo III: La discrecionalidad judicial y el uso abusivo de la Prisión Preventiva, sus causas y consecuencias**

1.	Independencia Judicial, los factores de presión y la prisión preventiva como pena anticipada	46
1.1	Factores de presión	47
1.1. a)	Los medios de Comunicación	47
1.1. b)	La interferencia de la política en las decisiones judiciales	50
2.	Conclusiones preliminares	52

**Capítulo IV: Jurisprudencia Nacional e Internacional en materia de Prisión Preventiva**

1.	El carácter vinculante de los informes de la Comisión y los fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos	58
2.	Informes de la Comisión Internacional de Derechos Humanos y criterios orientadores en materia de Prisión Preventiva	60
2.1	Informe N° 12/96, Jorge Giménez vs. República Argentina	61

2.2	Informe N° 2/97	62
2.3	Informe N° 86/09, Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay	66
3.	Fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos en materia de Prisión Preventiva	72
3.1	Fallo Suárez Rosero vs. República del Ecuador	72
3.2	Fallo Acosta Calderón vs. República de Ecuador	73
3.3	Fallo Bayarri vs. República Argentina	74
4.	Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	77
4.1	El plazo razonable de la prisión preventiva en los fallos de CSJN	77
4.2	La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los criterios Justificadores de la prisión preventiva, tesis sustancialista y procesalista	79
4.2. a)	Fallo Todres	79
4.2. b)	Fallo Nápoli	80
4.2. c)	Fallos Veliz Linda Cristina	83
5.	Fallos de la Cámara Federal de Apelaciones	89
5.1	Fallo Barberá Rodrigo Ruy s/Excención de prisión	89
5.2	Fallo Chabán Omar emir s/ Excarcelación	93
5.3	Fallo Plenario 13 Diaz Bessone, Ramón	96
6.	Fallo de la Cámara de Acusación Penal de la Provincia de Córdoba. Tesis de las presunciones y de los indicios	99
6.1	Fallo Bravo	99

## **Capítulo V. Propuestas de cambio y medios alternativos a la Prisión Preventiva**

1.	Propuestas que conducen hacia una correcta aplicación de la prisión preventiva. Informe de la INECIP	110
----	---	-----

a.	Oralidad como método para la toma de decisiones	110
b.	Audiencia de control de detención y solicitud de medida cautelar	111
c.	A petición de parte	111
d.	Ultima ratio, subsidiariedad y gradualidad	112
e.	Duración de la medida	112
f.	Lugar de detención	113
g.	Protección de Información	114
2.	La ley 5478-Nuevo código Procesal Penal de la Provincia de Chubut.	
	Breve análisis del artículo 227	117
3.	La opción de la Vigilancia Electrónica	119
4.	La criminología cautelar y militante	120
	<b>• Conclusión Final</b>	122
	<b>• Bibliografía</b>	128

*Entre los fuertes y los débiles, entre los ricos y los pobres, entre el amo y el servidor: es la libertad la que falta y la ley la que libera. (Henri Lacordaire).*

## **INTRODUCCION GENERAL**

El presente trabajo tiene como finalidad investigar el controvertido instituto procesal de la prisión preventiva, ya que en nuestros días genera una irreparable afectación a garantías constitucionales, y se trata de la medida cautelar con mayor capacidad lesiva a los derechos y garantías del individuo.

Para adentrarnos al presente trabajo de investigación es de vital importancia definir qué se entiende por prisión preventiva, y en una primera aproximación podría ser definida como una medida cautelar que se aplica al imputado que aparece como posible autor de un hecho delictivo y que tiene como fines estrictamente procesales, resguardar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal sustantiva. Por ello, los únicos criterios válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, probados en el caso concreto.

Sin lugar a dudas el instituto del encarcelamiento preventivo constituye un contrasentido jurídico con la garantía constitucional de presunción de inocencia de la que goza toda persona, por ello para la procedencia de su dictado el órgano del Estado garante de los derechos fundamentales del individuo, debe acreditar acabadamente que se reúnan todos y cada uno de los presupuestos para la legitimidad del dictado del auto de prisión preventiva.

En nuestros días se puede observar cierto margen de discrecionalidad en la justicia, respecto a la aplicación de este instituto que lesiona gravemente derechos fundamentales

del individuo, fundando los autos de prisión preventiva por fuera de los principios rectores, argumentando sus decisiones de encarcelamiento cautelar en criterios sustantivos, propios del derecho penal material, asignándole a la prisión preventiva funciones propias de política criminal, de lucha contra el delito, de prevención del delito, que nada tienen que ver con una medida cautelar con fines procesales, y suponen al encierro preventivo, como la solución más adecuada ante una situación delictiva, transformando el encierro cautelar, en una pena anticipada. El uso irracional, arbitrario e ilegal invierte al mandato de nuestra constitución y tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional, en materia de derechos humanos.

En razón de la problemática descrita, en el presente trabajo de investigación se ha trazado como objetivo general analizar la medida cautelar de prisión preventiva y su incidencia en las garantías constitucionales del debido proceso, y respecto a los objetivos específicos se ha propuesto analizar el concepto de prisión preventiva a la luz de la doctrina, jurisprudencia del máximo tribunal nacional y los organismos internacionales, los presupuestos legales y principios establecidos para la procedencia de su dictado, su incidencia en el principio de inocencia, la constitucionalidad al auto del encierro cautelar, las posiciones doctrinarias, procesalistas y sustancialistas, la incidencia en cuanto al uso y abuso de la prisión preventiva, las garantías constitucionales y derechos individuales que se encuentran vulnerados, el estudio de las propuestas de cambio y soluciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia y sentar bases y criterios para racionalizar el poder punitivo del Estado.

El abordaje de esta apasionante temática de la prisión preventiva nos permitirá conocer en profundidad este instituto del derecho procesal, su capacidad lesiva a los derechos fundamentales del imputado, la crisis del sistema jurisdiccional, la discrecionalidad y



ligereza con la que jueces dictan los autos de prisión preventiva, la superpoblación carcelaria de los presos sin condena, en fin, cómo la medida cautelar de la prisión preventiva ha mutado en su finalidad, para convertirse en nuestros días en una verdadera pena anticipada. Así las cosas, se tratará de precisar los aspectos más debatidos de este instituto, y así dilucidar por qué la prisión preventiva se aplica con amplio margen de discrecionalidad, sin observar los principios rectores que legitiman su dictado como son la sospecha sustantiva de responsabilidad, riesgo procesal, carácter cautelar de la medida, excepcionalidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad, provisionalidad, control judicial periódico y razonabilidad de los plazos, desvirtuando así la función estrictamente cautelar, violando las garantías del debido proceso y en consecuencia convirtiendo a la prisión preventiva en una verdadera pena anticipada para el imputado; todo ello en función de los siguientes interrogantes:

- ¿es una medida cautelar, y como tal, se aplica de manera excepcional?
- ¿se vulnera la presunción de inocencia del imputado?
- ¿se respetan los principios rectores de provisionalidad, proporcionalidad, control judicial de la detención, razonabilidad de los plazos, por parte de los órganos del Estado encargados de dictar el auto de prisión preventiva?
- ¿se vulneran garantías procesales reconocidas al imputado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional?
- ¿se encuentra en crisis el sistema jurisdiccional argentino en torno a la aplicación de este instituto?
- ¿ha sufrido una metamorfosis en cuanto a sus fines procesales el instituto de la prisión preventiva?

- ¿se intenta resguardar los fines del proceso con el dictado del auto de prisión preventiva, o bien se utiliza como una herramienta de la política criminal, de lucha contra el delito?
- ¿la prisión preventiva cumple una función cautelar o se trata de una pena anticipada?
- ¿en qué medida han contribuido los medios de comunicación y la política en el uso abusivo del encierro cautelar por parte de los encargados de administrar justicia, y en consecuencia en la superpoblación de presos sin condena en las penitenciarías?
- ¿es posible reducir la población carcelaria de nuestro país, principalmente de aquellos presos que aún no tienen una sentencia condenatoria?
- ¿El entorpecimiento de la investigación o la fuga del imputado sería factible evitarlo por otros medios menos lesivos?
- ¿es posible racionalizar el poder punitivo del estado?

En cuanto a la estrategia metodológica utilizada en la presente investigación es un análisis de tipo cualitativa, se pretende examinar la naturaleza jurídica procesal y constitucional del instituto de la prisión preventiva, como así también social y política. La técnica de recolección utilizada es la de observación de datos y documentos, bibliografía de diferentes autores y estudio de páginas oficiales de Internet, artículos periodísticos y revistas legales que aportaron información de notable interés. En cuanto a los “niveles jurídicos” de análisis, la presente investigación ha comprendido el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia propias del ámbito provincial, nacional, comparado, o

internacional, el material referente al tema es abundante en los distintos ámbitos y de interesante contenido.

A lo largo de los capítulos, se expondrá el tema de una manera tal que permita al lector ir interiorizándose sobre el mismo, para luego poder llegar a la conclusión.

En el primer capítulo (1), se expondrán los lineamientos generales correspondientes a los conceptos de prisión preventiva, sus fines y los criterios justificadores de la corriente procesalista y sustancialista, del encierro cautelar. Asimismo se hará un análisis sobre la constitucionalidad de esta lesiva herramienta del derecho procesal penal, que sin dudas, es la más controvertida medida de coerción que se pueda imponer a un imputado.

Una vez precisados los conceptos, en el capítulo (2) se explicará acerca de los límites y principios rectores para la procedencia del dictado de la prisión preventiva.

En los capítulos subsiguientes (3), se analizará cómo han incidido los medios de comunicación y la política, en la independencia judicial y por consecuencia en la discrecional y abusiva aplicación de esta lesiva herramienta del derecho procesal penal; en el capítulo (4) se realizará un análisis completo de fallos y criterios orientadores sostenidos por tribunales nacionales como internacionales en materia de encierro cautelar; y finalmente en el capítulo (5) se expondrán sintéticamente propuestas de cambio aportadas por la doctrina, que contribuyen a racionalizar el poder punitivo del Estado y devolverle la naturaleza cautelar al instituto de la prisión preventiva .

La conclusión, fruto de lo investigado, pretende acercar las opiniones personales a cerca de la liviandad y discrecionalidad con la que la justicia aplica este lesivo instituto del derecho procesal penal, convirtiendo a la medida cautelar de la prisión preventiva en una verdadera pena anticipada, cuáles son los efectos que produce en un estado de derecho, como así también expresar conocimientos profundos y movilizados para todo los actores

de la sociedad, generando criterios y propuestas concretas para poder racionalizar el poder punitivo del Estado, lo que repercutirá en el respeto a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional.

## **CAPITULO I- La Prisión Preventiva**

### *1. Cuestiones Preliminares*

A modo de introducción en el presente capítulo, es oportuno destacar que la Constitución Nacional en su artículo 14 reconoce el derecho en entrar, permanecer transitar y salir del territorio argentino. En este mismo orden de ideas, nuestra carta magna consagra en su artículo 18 que ningún habitante de la Nación puede ser tratado como si fuera culpable, hasta tanto el Estado por intermedio de los órganos judiciales pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad.

Si bien la Constitución Nacional reviste al ser humano de una serie de derechos y garantías, los mismos no son absolutos, sino que deben ser reglamentados, con la finalidad de armonizar el interés particular de libertad, con el interés del Estado por la conclusión del proceso.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, encuentran en el preámbulo el fundamento del encierro cautelar, argumentando que cuando se enumeran los fines generales de nuestra carta magna, se establece el fin de "afianzar la justicia", y la misma se logra a través del juicio previo, el cual para que sus actos puedan ser concatenados requiere que no se obstaculice su realización, y que la sentencia condenatoria tenga base en argumentaciones y fundamentaciones basadas en elementos probatorios legítimamente incorporados al proceso.

Ahora, como bien explica Cafferata Nores, si el imputado con su legítimo de su derecho a la libertad, impidiera el normal desenvolvimiento y la actuación del órgano encargado de la justicia, falseando pruebas, no compareciendo al proceso (no hay juicio

penal en rebeldía) o eludiendo el cumplimiento de la pena establecido en una sentencia condenatoria, fugándose, la justicia, lejos de ser afianzada, sería burlada. (Cafferata Nores, 2000).

Claro está que el Estado debe armonizar intereses, y no puede vulnerar el bien máspreciado que tiene el individuo, que es la libertad, bajo pretexto de asegurar los intereses del Estado, atento que es el Estado quien cuenta con medios suficientes e idóneos para que tal armonía buscada se logre por medios menos lesivos al encierro.

## *2. Prisión Preventiva*

### *2.1 Concepto*

La prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica al imputado que aparece a priori como autor de un hecho delictivo y que tiene como objetivo garantizar los fines del proceso, es decir, la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Los únicos criterios válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, probados en el caso concreto.

El profesor cordobés, Alfredo Vélez Mariconde la define a la prisión preventiva, como aquel estado de privación de la libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado (imputado) durante la sustanciación del proceso, cuando se le atribuye un delito reprimido con pena privativa de la libertad, a fin de asegurar la efectiva actuación de la ley penal (Vélez Mariconde, 1969).

La aplicación del encierro cautelar en modo alguno debe constituirse en la regla, sino en sentido excepcional, dictada en la medida que sea absolutamente necesaria para asegurar los fines del proceso y no pueda ser reemplazada por otras medios de coerción menos lesivos.

La prisión preventiva es la medida de coerción personal más grave que puede sufrir un individuo, ya que se le priva al imputado de su libertad ambulatoria, durante el trámite del proceso a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal, a pesar de gozar el imputado de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, razón por la cual que debe ser dictada con criterio restrictivo y absolutamente excepcional. La prisión preventiva en razón de ser una medida cautelar no debe tener finalidades semejantes a la pena.

## *2.2 Fines de la prisión preventiva*

La prisión preventiva tiene como objetivo asegurar el normal desenvolvimiento del proceso, recabar pruebas y armar o reconstruir la verdad histórica de un hecho delictivo, sin interferencias de quienes aparecen a “*prima facie*” como autores del delito, para poder así aplicar el derecho en la resolución del hecho delictivo.

Cuando estén en riesgo esos fines procesales, podrá el juez de modo fundado, dictar el auto de prisión preventiva, pero solo cuando tenga la convicción suficiente de que el sindicado como responsable entorpecerá la investigación o exista el peligro de fuga probados en el caso concreto, atento que la legislación vigente no permite llevar adelante el proceso penal en rebeldía.

Como bien argumenta Bovino, sólo se permite recurrir a la detención cautelar para garantizar la realización de los fines que persigue el proceso penal, y no para perseguir una finalidad que sólo puede ser atribuida a la coerción material o sustantiva, la pena. En consecuencia, sólo se puede autorizar la privación de libertad de un imputado si se pretende garantizar, con ella, la realización de los fines del proceso, y nada más que ellos. Por ende, resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos, propios de la pena, del derecho penal material, o considerando

criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos. Tales criterios no están dirigidos a realizar la finalidad procesal del encarcelamiento preventivo y, su consideración resulta ilegítima, para decidir acerca de la necesidad de la detención preventiva. Esta única finalidad procesal que justifica la detención cautelar no sólo surge como consecuencia necesaria del significado del principio de inocencia, sino también, y especialmente, del contenido literal de algunas cláusulas de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Bovino, 2013).

### *2.3 Criterios justificadores de la prisión preventiva*

#### *2.3.1 Criterio procesalista de la prisión preventiva*

Se conoce como tesis procesalista de la prisión preventiva aquella que considera que el citado instituto, es una medida cautelar de carácter excepcional, un sector amplio de la doctrina y jurisprudencia se encarrila detrás de esta postura y consideran que el único objetivo de la prisión preventiva es proteger los fines del proceso, averiguación de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva, evitando que se vulnere la investigación y así se pueda alcanzar la decisión jurisdiccional sobre la verdad del hecho delictivo que se investiga, y en fin llegar a una sentencia ajustada a derecho. Es decir es un medio para alcanzar los fines del proceso, para asegurar la presencia del imputado en el juicio, y no para reparar el daño causado por el delito.

La postura procesalista considera que la prisión preventiva debe aplicarse solo excepcionalmente, y conforme a criterios restrictivos, debe ser provisional, es decir se debe aplicar cuando no existan otros medios de coerción menos lesivos para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de ley sustantiva, y para el caso de que los



riesgos procesales que motivaron la imposición de la prisión preventiva desaparezcan, inmediatamente debe cesar la aplicación de dicha medida cautelar o debe ser sustituida por otra más leve.

Al respecto, como bien explica Jorge I. González Ferreyra Solá, la prisión preventiva es una medida de coerción procesal penal de carácter personal, ya que es la afectación más o menos prolongada de la libertad personal del acusado-inocente, durante el desenvolvimiento del trámite procesal, con fines preventivos referidos a la eficaz consecución de los fines esenciales del proceso penal, como son el descubrimiento de la verdad histórica y la actuación de la ley penal sustantiva. Dicha medida de coerción procesal debe ser desvinculada de cualquier valoración de mérito sobre el fondo del asunto inquirido (inocencia-culpabilidad), y procedente sólo en caso de que no resultaran pertinentes y útiles otras medidas cautelares menos lesivas e igualmente eficaces, esta es la tesis más ortodoxa, llamada con propiedad procesalista, y concibe al encierro preventivo como un instrumento excepcional que persigue fines netamente asegurativos o cautelares del proceso en que se dispone. En consecuencia, desatiende los aspectos penales-sustanciales que pudiera presentar el caso, tales como la reiteración o tendencia delictiva del enjuiciable, y mira exclusivamente sus implicancias jurídico-procesales, sospecha vehemente de autoría delictiva, ausencia de domicilio o residencia conocidos, peligro de fuga, antecedentes de fuga, entorpecimiento de la investigación, connivencia obstructiva con terceros. (Jorge I. González Ferreyra Solá, 2013).

Es este orden de ideas, resalta el maestro Cafferata Nores, que la prisión preventiva tiene la finalidad cautelar de neutralizar los graves peligros que se pueden cernir sobre el juicio y tiende únicamente 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 (Cafferata Nores, 2000).

Así las cosas, Cafferata Nores quien se enrola en la doctrina procesalista, sostiene que la prisión preventiva es una medida cautelar, por lo que se deben dar dos presupuestos para la procedencia de su dictado:

Verosimilitud del derecho ("Fumus boni iuris"): juicio de probabilidad realizado por el juez, consistente en elementos de convicción suficiente que hagan sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado.

Peligro procesal ("Periculum in mora"): circunstancias ciertas que el imputado atentará contra los fines del proceso. El peligro para el proceso como yo hemos expuesto se puede dividir en dos: peligro de entorpecimiento de la investigación, el cual tiene como fin garantizar la investigación de los hechos y llegar al descubrimiento de la verdad de lo acontecido, evitar que el imputado durante su libertad borre pruebas, intimide a testigos, desvíe el curso de la investigación con pruebas falsas; y peligro de fuga, que tiene como fin asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal y en la ejecución de la pena, ya que no existe juicio penal en rebeldía (Cafferata Nores, 2000).

A continuación se analizará en detalle los citados presupuestos.

### *2.3.1. a- Sospecha sustantiva de responsabilidad*

El juez solo podrá dictar el auto de prisión preventiva cuando hubiere motivos bastante para sospechar que el que el sindicado como responsable haya participado en el hecho delictivo que se investiga, y en consecuencia intente transgredir los fines del proceso. La investigación fiscal debe haberle acercado al juez elementos de pruebas suficientes que le permitan llevarlo al convencimiento de que se ha cometido un hecho punible reprimido

con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento y que el sindicado como responsable es el autor, cómplice o instigador.

Señala A. Bovino al respecto que:

Se exige, en consecuencia, un juicio de conocimiento por parte del tribunal que permita establecer que existe una gran probabilidad de que haya ocurrido un hecho punible atribuible al imputado, fundado en elementos de prueba incorporados legítimamente al proceso. Si no existe este mérito sustantivo, no sólo pierde sentido el encarcelamiento preventivo sino, también, el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado (A. Bovino, 2013, p. 17).

Es dable destacar que el mérito sustantivo de responsabilidad es un presupuesto necesario e ineludible para el dictado de la prisión preventiva, pero en modo alguno lo podemos utilizar como fundamento del auto de encierro cautelar porque estaríamos desvirtuando la función estrictamente procesal y cautelar de la medida, convirtiéndola en una pena anticipada.

### *2.3.1. b- Peligrosidad procesal*

La medida cautelar de la prisión preventiva exige, como ya se expuso, la acreditación de peligro o riesgos procesales (entorpecimiento de la investigación o intento de eludir la acción de la justicia) en el caso concreto para la procedencia de su dictado por los órganos jurisdiccionales, es decir, el encierro cautelar solo puede tener fines exclusivamente procesales de realización del proceso. La libertad del imputado solo se puede ver coartada por la prisión preventiva cuando corran riesgos los fines del proceso penal, desechándose la posibilidad de fundar la prisión preventiva en postulados como la

peligrosidad del imputado, la alarma social o la reincidencia, que desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, convirtiéndola en una verdadera pena anticipada.

En la provincia de Córdoba la acreditación de la peligrosidad procesal como presupuesto habilitante y justificador de la medida cautelar de la prisión preventiva presenta dos criterios diferentes en su jurisprudencia. La postura tradicional que es sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, y la postura moderna que es el criterio sentado por la Cámara de Acusación principalmente sobre la base de las argumentaciones e ideas del Dr. Gabriel Pérez Barberá.

Para entrar en el análisis de ambas posturas es de importancia observar lo que dispone el art. 281 del código procesal penal de Córdoba, respecto a la habilitación y justificación de la medida cautelar de la prisión preventiva:

Prisión preventiva. 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 la libertad y no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (art. 26 Cód. Penal).
2. Cuando procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación.

La eventual existencia de estos peligros podrá inferirse de su falta de residencia, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, o condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el art. 50 del Cód. Penal.

Se advierte que el análisis de peligrosidad procesal, en su inc. 1° se deduce de la posibilidad de condena efectiva, y en el inciso 2° de los indicios de entorpecimiento de la investigación o de evasión de la acción de la justicia.

La postura tradicional, que podría ser denominada teoría de las presunciones, elabora el criterio justificador sobre la base de lo sentado por el Artículo. 281 inciso 1° el CPP. de Córdoba que consagra la presunción "*iuris tantum*", de peligrosidad procesal cuando el pronóstico de condena indique la no procedencia de la condena de ejecución condicional. Es decir, no se efectúa ningún análisis en el caso concreto respecto a verificar si existen indicios que hagan suponer que el imputado intentará evadir u obstaculizar el proceso el accionar de la justicia

La postura más moderna, llamada teoría de los indicios, básicamente sostiene que la construcción presuncional en abstracto (art. 281 inc 1°) debe ir acompañada de vehementes indicios de que el imputado intentará entorpecer la investigación o eludir la acción de la justicia (art 281 inc 2°), es decir indicios fuertes y concretos de peligrosidad procesal.

En este orden de ideas, sostiene el Profesor Buteler, que la teoría que utiliza la categorización de presunción "*iuris tantum*" de la cláusula del artículo 281. Inc. 1° del C.P.P. de Córdoba, asume y acepta como regla el dictado de la prisión preventiva durante el proceso, en contradicción abierta, y vulneración de los principios establecidos en la manda constitucional y tratados internacionales en materia de derechos humanos, que sólo autorizan el encierro cautelar en casos excepcionales de verificación concreta de riesgo procesal. Por el contrario la postura moderna sostiene que se deben reunir vehementes indicios de peligrosidad procesal probados en el caso concreto, es decir debe existir un riesgo serio y concreto de que el imputado gozando de libertad durante el proceso, intentará entorpecer la investigación o eludir la acción de la justicia, desechando así esta corriente

de pensamiento abstracciones conceptuales, y a su vez compatibilizando debidamente con el principio de inocencia, y con el carácter excepcional del instituto de la prisión preventiva (Buteler, 2013).

### *2.3.1. c- Verificación del peligro procesal*

La verificación o la comprobación de la peligrosidad procesal debe establecerse en base a criterios objetivos aplicados al caso en concreto. Los elementos de prueba traídos a la causa en la investigación llevada a cabo por el órgano acusador, el fiscal, deberán acreditar y llevar al convencimiento judicial que en ese hecho que se investiga, y de acuerdo a los elementos de prueba legítimamente incorporados a la causa, de disponerse la libertad del imputado durante la sustanciación del proceso, el mismo intentará frustrar los fines del proceso. El juez, en base a esos elementos de prueba y a la alegación esgrimida por el ministerio público fiscal en concreto sobre el hecho que se investiga debe verificar que se den los presupuestos para disponer de la medida cautelar de la prisión preventiva, y para lograr tal comprobación deberá despojarse de criterios basados en pronóstico de la pena, gravedad del delito, peligrosidad del autor, alarma social, es decir, en postulados sustancialistas, que en modo alguno pueden conducir a pensar que se intentará frustrar los fines del proceso penal por quien es el sindicado como responsables. Es dable destacar que bajo ningún aspecto puede quedar en cabeza del imputado probar que no intentará eludir la acción de la justicia, ya que él no tiene que probar que no es peligroso para el proceso, porque lo asiste la garantía constitucional de la presunción de inocencia, siendo el juez o en su caso el fiscal de la causa, quien debe reunir los elementos de prueba pertinentes que acrediten en forma fundada y en concreto que el sindicado como autor del hecho que se

investiga, intentará sustraerse a la investigación, o entorpecer la misma y en tal sentido poner en peligro los fines que persigue el proceso penal.

Es importante establecer cómo se verifican los peligros procesales, y al respecto Bovino y Bigliani, expresan:

La existencia de peligro procesal, no se presume. Sea que se trate de una presunción *iure et de iure* o una presunción *iuris tantum*, ambas son presunciones ilegítimas y contrarias a las exigencias del principio de inocencia. Ello pues, aun en la presunción *iuris tantum* se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de imputado totalmente invalida. Si se permitiera una presunción así, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aun cuando no exista peligro alguno. No basta, entonces, con alegar, sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia, la pena prevista legalmente, 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 probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción (Bovino y Bigliani, 2008, p. 31).

En este sentido, bien explica Bovino, que en el marco de una república sólo al poder judicial le corresponde la facultad de determinar la existencia de las circunstancias fácticas que operan como presupuestos de aplicación de una norma jurídica general, en un caso particular, a partir de los elementos de prueba introducidos válidamente al proceso, y la determinación de la existencia de una circunstancia de hecho, en el caso concreto, y no puede ser impuesta normativamente por el poder legislativo, como sucede cuando se establece la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que existe peligro procesal para cierto tipo de casos, de manera general y abstracta, las disposiciones legales de esta

naturaleza representan una manifiesta invasión, por parte del órgano legislativo, de la función de establecer los hechos del caso concreto que corresponde exclusivamente al poder judicial, en el establecimiento legal de los denominados delitos no excarcelables resulta ilegítimo no sólo por vulnerar el principio de inocencia, al permitir el encarcelamiento de un inocente sin que pueda comprobarse o discutirse la existencia de razones concretas que lo justifiquen, sino que también representa una intromisión indebida del legislador en el ámbito de las funciones exclusivamente judiciales. La legislación procesal no puede establecer criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación de libertad e impidan la verificación judicial de las circunstancias concretas del caso, como sucede, por ejemplo, con los delitos no excarcelables. Frente a tal situación, es obligación del tribunal no aplicar esas disposiciones y cumplir con la obligación internacional de verificar la existencia del peligro en el caso sometido a su decisión (Bovino, 2013).

Es inconcebible seguir consintiendo que los códigos procesales establezcan los criterios de peligrosidad procesal en abstracto, y que toda persona acusada por un delito cuya pena supere cierto tiempo se le endilgue un estado de peligrosidad procesal por medio de un método abstracto, una ficción legal, dispuesta por el legislador, es decir, la peligrosidad para el proceso del imputado no puede ser analizada en virtud de criterios como el monto de la pena, de las características personales, la reincidencia delictiva, sino que como sostiene Bovino, el juez debe atender al caso concreto, a las circunstancias objetivas y ciertas que permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción”.(Bovino, 2013).



### *2.3.2 Criterio sustancialista de la prisión preventiva.*

Los sostenedores de esta tesis sustancialista, se enrolan en la idea de la defensa de la sociedad, y entre los argumentos justificadores que han empleado para su legitimación, podemos hacer referencia a la de satisfacer el sano sentimiento de la sociedad, la intimidación de potenciales infractores, el control de la alarma pública, la disuasión, la ejemplaridad social, evitar que se siga delinquiendo, es decir utilizan el encierro cautelar como una herramienta de defensa social, que la sociedad en su conjunto utiliza para protegerse del peligro que representa el presunto delincuente.

Esta corriente de neto corte punitivista considera que la medida cautelar de la prisión preventiva tiene fines de semejanza a la pena, es decir, ya no sería un medio para asegurar los fines del proceso, sino que tiene un fin en sí misma, propia de la coerción material.

Como nos señala Jorge I. González Ferreyra Solá esta corriente es de raigambre punitivista, y entra en pugna con principios y garantías constitucionales reputados fundamentales Inocencia, Juicio Previo, Defensa en Juicio. Se le ha dado el mote de sustancialista por que postula el empleo del encierro cautelar para satisfacer fines y necesidades extraprocesales, propios del derecho penal material, sustantivo o de fondo, al margen de valoraciones de corte procesal. De tal modo, le asigna a la prisión preventiva alguna de las siguientes funciones: prevenir el delito mediante la anticipación de la pena; evitar la reiteración delictiva mediante el encierro del sujeto proclive a delinquir; disminuir la tasa de delictuosidad a través del encierro del sospechado, impartir un mensaje criminológico simbólico de “mano dura” con el delito (Jorge I. González Ferreyra Solá, 2013).

Entre las cláusulas sustantivas más comunes que se observan en los códigos de forma dictados por las legislaturas provinciales, podemos observar la reiteración delictiva, como un indicador de peligrosidad del imputado, y justifica al encierro para evitar la comisión de nuevos delitos por parte del sujeto; también respecto del tipo penal; la extensión del daño; si se establece la pena de ejecución condicional para el delito; las características personales del autor; la concesión de excarcelaciones anteriores y la repercusión pública del suceso delictivo, es decir, cláusulas sustantivistas que dejan un falso mensaje de mano dura en la sociedad, y que lleva a la aplicación automática, por parte de los encargados de administrar justicia, del instituto de la prisión preventiva, sin una valorable fundamentación legal, sin respetar la libertad, la presunción de inocencia y el debido proceso.

Se puede observar claramente como en los códigos de procedimientos se incluyen cláusulas que nada tienen que ver con el resguardo de los fines del proceso, sino que le asignan a la prisión preventiva fines de semejanza a la pena de prisión, que utilizan al encierro como respuesta a la demanda de la sociedad por mayor seguridad.

En este sentido Foglia en su obra nos dice:

a los códigos procesales penales de las provincias argentinas prevén como regla la prisión preventiva y la imposibilidad de excarcelar cuando a las personas se les impute delitos en los cuales el mínimo no permita condena de ejecución condicional (v.g. art. 364, 1º, CPP de San Juan ley 7398; art. 300 CPP de Salta, ley 6345; art. 297 inc. 4º, CPP de Río Negro, Ley 2.107; art. 219 del CPP de Santa Fé, ley 12.734; art. 281 del CPP de Tucumán, ley 6.203; art. 293 del CPP de Mendoza, ley 7007), o el máximo supere cierta cantidad de años, por ej. seis (v.g. art. 313 inc. 1º del CPP de Entre Ríos, ley nº4843 y art. 291 del CPP de Neuquén) u ocho años (v.g. art.

316, CCP de la Nación, y art. 169.1, CPP de la Provincia de Buenos Aires; art. 300 inc. 1º, CPP de Santa Cruz, ley 2.424; art. 304 inc. 1º del CPP de Misiones, ley N°2677). (S. Foglia, 2012, p. 3)

Así las cosas, la Comisión I. D. H en el informe 2/97, admitió la adopción de criterios tales como el “ peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido” o “la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar” para justificar la prisión preventiva.<sup>1</sup> Diez años después, en el informe 35/ 07 la Comisión I.D.H. volvió sobre sus erróneos criterios, y corrigió tales postulados, manifestando que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, y valorando los elementos del mismo, y que en ningún caso debe aplicarse la prisión preventiva por el tipo de delito que se imputo al individuo, desechándose por completo este tipo de fundamentos automáticos para aplicar la prisión preventiva, propios del derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva.<sup>2</sup> En el capítulo correspondiente a fallos, se hará un análisis minucioso de los criterios sostenidos por la corte y la comisión internacional de derechos humanos.

### 3. *La constitucionalidad de la prisión preventiva.*

Un sector amplio de la doctrina calificada, entre los que se encuentran los juristas enrolados dentro de la corriente procesalista, reconoce la constitucionalidad del instituto de la prisión preventiva. Mucho se ha discutido sobre su constitucionalidad, atento a que no está regulado expresamente en nuestra carta magna, pero los doctrinarios encuentran su recepción en el preámbulo, cuando expresa la letra del mismo, que el estado tiene el deber

---

<sup>1</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997.

<sup>2</sup> Comisión I.D.H. sentencia “José, Jorge y Dante Peirano Basso Caso 12.553 vs. Uruguay”, Informe 35/07, del 14 de mayo de 2007.

de afianzar la justicia, y la misma se logra por medio del juicio previo, pero está claro que no se admite el juicio penal en ausencia del acusado, por lo que lleva a gran parte de la doctrina a deducir que se acepta que se pueda limitar la libertad y utilizar la prisión preventiva para que el juicio previo pueda ser realizado sin obstáculos, ya que como señala Cafferata Nores, si el imputado gozando de su derecho a la libertad, impidiera el normal desenvolvimiento y la actuación del órgano encargado de la justicia, falseando pruebas, no compareciendo al proceso o eludiendo el cumplimiento de la pena establecido en una sentencia condenatoria, fugándose, la justicia, lejos de ser afianzada, sería burlada. (Cafferata Nores, 2000).

Es de suma importancia destacar que se admite expresamente el encierro cautelar en los instrumentos internacionales de actual jerarquía constitucional incorporados a nuestra carta magna en la reforma constitucional del año 1994, estas disposiciones no derogan la primera parte de la carta magna y son complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, es así que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7, apartado 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar su comparecencia al juicio, y que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9, apartado 3) autoriza las medidas cautelares exclusivamente para 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.

Por otro lado, y en antagónica posición, se encuentran la corriente doctrinaria que niega la constitucionalidad de la medida cautelar de la prisión preventiva, ya que considera que en virtud de la garantía de la presunción de inocencia de la que goza todo individuo, y de su estricta valoración, nadie pueda ser privado de la libertad antes de una sentencia

condenatoria firme que establezca en un juicio su culpabilidad. Como bien argumenta uno de los doctrinarios más destacados que se enrolan en esta corriente, como es el Dr. Gustavo Vitale, el intento de justificar la constitucionalidad de la prisión preventiva es incorrecto, porque transgrede la presunción de inocencia, y que si bien el preámbulo declara el objetivo de afianzar la justicia, esto no se logra de cualquier modo, sino siempre asegurando los beneficios de la libertad. La justicia sólo se afianza respetando la constitución y por ende, la presunción de inocencia de toda persona sometida a proceso penal, por lo que no puede citarse una cláusula del preámbulo para justificar el encarcelamiento de un ser humano sin sentencia firme de condena. (G. Vitale, 2013)

Respecto a la cláusula que recepta la privación de libertad durante el proceso penal en las Convenciones de Derechos Humanos, expresa G. Vitale:

El objetivo era limitar el poder punitivo, lo que no es correcto valerse de ellas para apuntalar el poder estatal de encarcelar, y menos aún mientras las propias convenciones presumen la inocencia del imputado. Asimismo la propia Constitución Nacional dispone que las declaraciones y convenciones que menciona, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, pero no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art.75, inc. 22, Const. Nac.). Por esa razón, no puede apoyarse en ellas una violación a la presunción de inocencia. (G. Vitale, 2013, p. 5)

Respecto a la prohibición de juzgar en rebeldía, nos dice Vitale:

La prohibición de juzgar en ausencia del imputado tutela la defensa en juicio y tiende a evitar que la persona sometida a proceso sea condenada sin tener la real y efectiva posibilidad de defenderse en juicio. Por ello, la prohibición aludida obliga a juzgar en presencia del imputado, con el fin de respetar su derecho a ejercer la defensa

personal en el juicio. Por ello, la garantía individual de la presencia del imputado en el proceso no puede servir de base para mantenerlo encarcelado durante su tramitación. Es decir, el poder estatal de privar de la libertad individual a la persona procesada no puede apoyarse en una garantía que protege dicha libertad, en la medida en que se funda en la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por otra parte (y tomando en cuenta que la mentada prohibición procura lograr la presentación del imputado al juicio), cabe puntualizar que la manera más segura de evitar su rebeldía (y permitir su juzgamiento) es, precisamente, el aseguramiento del respeto a la libertad personal de quien se presume inocente. Es que, en verdad, es la prisión durante el proceso (o la amenaza de encarcelamiento) la que fomenta el interés (al menos abstracto) en la fuga del imputado. Es decir, resulta claro que sin «prisión preventiva» no habría peligro alguno de rebeldía. (G. Vitale, 2013, p. 6)

#### *4. Conclusiones preliminares*

Se ha podido advertir a lo largo de este capítulo que la prisión preventiva, sin lugar a dudas, debe ser un medio para asegurar los fines del proceso, en tanto que solo es aplicable cuando se verifiquen objetivamente riesgos o peligros para el proceso, debiendo primar la de libertad del imputado y la presunción de inocencia, desechando aquellos postulados que persiguen fines preventivos, como son la alarma social, la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hechos, la reincidencia, ya que son postulados de derecho penal material que desvirtúan el fin estrictamente instrumental y cautelar de la prisión preventiva, para convertirla en una pena anticipada.

Es dable destacar que en los códigos de procedimiento a lo largo y ancho de nuestro territorio nacional se encuentran impregnados, o mejor dicho contaminados, por criterios sustancialistas de neto corte punitivo, es común observar que la procedencia de la prisión

preventiva encuentra en estos códigos de forma sustento en enunciados como el monto de la pena, el tipo de delito, los antecedentes penales se encuentren en un hecho delictivo, es decir en lo que se denomina por la doctrina como derecho penal de autor, no admitiendo prueba en contrario antes estos postulados, estableciendo automáticamente el dictado del auto de prisión preventiva, haciendo prevalecer un código de procedimiento, a lo establecido en nuestra carta magna y en los tratados internacionales incorporados por el art. 75 inciso 22 que otorgan a los mismos jerarquía constitucional, vulnerando de este modo las garantías del debido proceso, de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, el derecho a ser escuchado, el derecho a la defensa en juicio; por eso sostengo con vehemencia que es inconcebible seguir admitiendo estos criterios de neto corte inquisitivo, ya que transgreden los principios y garantías establecido en nuestra carta magna haciendo mutar el fin cautelar de la prisión preventiva, convirtiéndola en una pena anticipada.

La prisión preventiva únicamente puede servir como un medio para asegurar los fines del proceso, aplicada solo en casos excepcionales, y su único fin, no es otra que la averiguación de la verdad real e histórica de un hecho, y en consecuencia la aplicación de la ley sustantiva al caso concreto.

## **CAPITULO II- Principios y limites que legitiman la Prisión**

### **Preventiva**

La prisión preventiva por ser es la medida más cruel y lesiva que se le puede aplicar al imputado o acusado de un delito, se la reviste de ciertos principios rectores para la procedencia de su dictado.

El principio constitucional de inocencia es el primer límite al dictado de la auto de encierro cautelar, a continuación se analizará el instituto del encierro cautelar y su relación con el principios de inocencia.

Así también, existen otros presupuestos y principios rectores que legitiman la procedencia de esta medida de coerción personal, y ellos son, la excepcionalidad, la provisionalidad, la proporcionalidad, la razonabilidad de los plazos, y el carácter cautelar de la medida de prisión preventiva.

#### *1.-Principio de Inocencia*

El principio de inocencia, es la barrera o límite sobre el cual el poder punitivo del Estado no puede avanzar. La presunción de inocencia es uno de los principios y pilares fundamentales dentro del debido proceso penal en el que se encuentra sujeto un individuo, cuando es investigado por ser presunto autor de un hecho delictivo, el cual debe primar ante cualquier duda dentro de la presunta responsabilidad penal.

El principio de presunción de inocencia es la garantía fundamental del imputado y uno de las bases sobre las que se afirma el sistema acusatorio, afirma que el imputado-acusado debe ser tratado como inocente hasta tanto no se haya demostrado plenamente su



culpabilidad por una sentencia condenatoria, y es el estado por medio de sus órganos el que le debe demostrar acabadamente, la responsabilidad penal del acusado.

Esta garantía de presunción de inocencia tiene origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, cuando se cometieron tantos errores judiciales condenando a hombres inocentes y con el fin que no siguiera recayendo sobre el procesado la ineficacia del Estado en no comprobar su responsabilidad.

Luego de la segunda guerra mundial la presunción de inocencia se la reconoce como un Derecho Humano en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, en este sentido disponía en el artículo 11 apartado 1° que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. En este mismo orden de ideas la Convención Americana de Derechos Humanos dispuso en su artículo 8 apartado 2° que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos dispuso en su artículo 14 apartado 2° que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

Mónica María Bustamante Rúa sostiene al respecto que la presunción de inocencia, le otorga al imputado una protección frente a la posible actuación abusiva por parte del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, al tiempo que debe concurrir con las garantías debido proceso (Bustamante Rúa, 2010, p. 3).

Como bien resalta Bovino, la presunción de inocencia es el "principio de principios"(Bovino, 2013, p. 4). Es así que nuestra carta magna en el artículo 18 señala que nadie será arrestado, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente; que es

inviolable la defensa en juicio de la persona, y que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley. De los principios anteriormente citados receptados por nuestra carta magna se desprende que toda persona deber ser considerada inocente hasta tanto un pronunciamiento judicial luego de la correspondiente investigación, de la pruebas legítimamente incorporadas a la causa y de una valoración ajustada a derecho y en base a los criterios de la sana critica racional elaborada por el juez natural de la causa, desvirtúe y rompa esa presunción de inocencia de la que goza todo individuo.

Así las cosas, el derecho a la presunción de inocencia significa una presunción iuris tantum, la que exige ser desvirtuada por los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria, no por el imputado. Así toda condena debe ir precedida de la actividad probatoria que regula el ordenamiento jurídico y a cargo del Ministerio Público, impidiendo siempre la existencia de una condena sin pruebas, aplicándose auxiliariamente el principio in dubio pro reo, como criterio auxiliar que impone al tribunal la obligación de la absolución, si no obtiene el convencimiento más allá de toda duda razonable.

Al respecto señala Ferrajoli :

La principal garantía procesal que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad y que el fundamento racional de la presunción de inocencia radica en que si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, entonces hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular ningún delito puede considerarse cometido y, por ende, ninguna persona puede ser considerada culpable ni sometida a pena alguna (Ferrajoli, 1995, p. 549).

En ese mismo orden de ideas expresa Ferrajoli :

La presunción de inocencia refleja al menos dos significados garantistas a los que se encuentra asociada, como de regla de tratamiento del imputado, que excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal, como en el de .regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda. La presunción de inocencia es el límite formal al ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado, y le otorga a nuestro Estado Nacional el buen calificativo de garantista (Ferrajoli, 1995, p. 551).

### *1.1 Prisión preventiva y la presunción de inocencia.*

La prisión preventiva, como bien se expuso es una herramienta del derecho procesal con la que cuenta el Estado para privar a una persona sospechosa de haber cometido un delito, sin una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada que así lo declare, esta situación produce un contrasentido jurídico con el Estado de derechos y genera un enfrentamiento entre dos intereses reconocidos en la Constitución Nacional, por un lado, el principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad en una sentencia condenatoria, y por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de afianzar la justicia, perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y asegurar de que el sindicado como responsable estará presente durante el juicio en su contra, que la investigación del hechos se llevará a cabo sin obstáculos, y en fin que aquellos que sean considerados penalmente responsables de un delito cumplirán con la pena impuesta.

Los intereses contrapuestos son claros, una persona sometida a prisión preventiva que resulta inocente verá su derecho a la libertad seriamente restringido, además de que sus relaciones familiares, sociales y laborales sufrirán inevitablemente un daño. Por otro

lado, una persona que enfrenta un proceso en libertad podría frustrar la obtención de justicia, sea mediante la fuga o la obstaculización de la actividad probatoria.

Como bien explica Llobet Rodriguez parte de la doctrina minoritaria, aunque no por eso menos calificada, considera que el dictado del auto prisión preventiva quebranta y contradice la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso, que impiden el abuso del poder punitivo del Estado, ya que de la manda del texto constitucional surge claramente, que no puede privarse de la libertad a una persona, si no media sentencia condenatoria firme, porque hasta entonces rige el principio de inocencia. Los doctrinarios que se enrolan detrás de este criterio suelen preguntarse ¿Cómo justificar la privación de la libertad, de quien es considerado inocente conforme a derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional? ¿Cómo encerrar a un presunto inocente, en un establecimiento carcelario, incomunicarlo, restringir el ejercicio de otros derechos inevitablemente afectados o exponerlo a la vista pública como un presunto culpable? En este mismo orden de ideas expresa el citado autor que la doctrina mayoritaria considera que la recepción constitucional del principio de presunción de inocencia, no implica que no puede disponerse de la prisión preventiva, ya que la presunción de inocencia no podría significar en modo alguno que el imputado debiera estar libre de toda medida de coerción durante el proceso, atento que ello significaría que ningún proceso penal pudiera ser realizado, en razón de que en nuestra legislación no está permitido el juicio en rebeldía. Los diferentes tratados internacionales de derechos humanos incorporado a nuestra carta magna con en la reforma constitucional del año 1994, admiten la coexistencia de la prisión preventiva con la presunción de inocencia, pero también dispone claramente la influencia y limite que establece la presunción de inocencia sobre la medida de coerción de la prisión preventiva (Llobet Rodriguez, 2009).

Privar de la libertad a una persona que se presume inocente, genera una notable problemática en nuestros días, y pareciera hasta una desinteligencia de técnica legislativa, ya que de la manda del texto constitucional surge a todas luces que no puede privarse de la libertad a una persona de no mediar sentencia condenatoria firme, porque hasta entonces rige el principio de inocencia. Ahora bien, los tratados internacionales incorporados a nuestra carta magna no solo receptan la garantía constitucional de la presunción de inocencia, sino que también disponen la posibilidad de aplicar la prisión preventiva de modo excepcional cuando corran riesgos los fines del proceso penal, lo debido por los órganos encargados de administrar justicia es armonizar o equilibrar la coexistencia de la garantía de presunción de inocencia de los individuos, con la medida cautelar de la prisión preventiva que tiene miras a resguardar única y exclusivamente fines procesales, y esto se logra por medio de criterios o principios rectores que otorgan legitimidad al lesivo instituto del encierro cautelar.

## *2.- Principios rectores para la procedencia del dictado de la prisión preventiva*

### *2.1 - Principio de excepcionalidad.*

El vocablo excepción significa lo que se aparta de la regla común, y la regla común precisamente en un estado derecho debe ser la libertad de los individuos, así las cosas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 9 apartado 3, dispone: "La prisión preventiva no debe ser la regla general".

La Constitución Nacional consagra el derecho de la libertad de locomoción ya que es el estado normal de los seres humanos, por lo que la privación de ese bien jurídico tan preciado, es la excepción y nunca puede constituirse en regla, por lo que la restricción a la libertad de movimiento solo puede ser decretada en base a criterios restrictivos.

La regla es libertad del imputado durante la sustanciación del proceso, y el principio de excepcionalidad consiste en agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción menos lesivas a los derechos constitucionalmente reconocidos al imputado, atento al carácter lesivo del encierro cautelar.

En este sentido como explica Bovino

El principio de excepcionalidad es el principio fundamental que regula toda la institución de la prisión preventiva, ya que intenta evitar que la detención sin sentencia, sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas o careciendo de indicios de que el acusado es propenso a huir u obstaculizar la marcha de la justicia. El carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (Bovino, 2013, p. 12)

En este orden de ideas expresa Maier “el trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena, por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria” (Maier, 1996, p. 522).

En síntesis, el principio de excepcionalidad consiste en la necesidad de agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas de coerción distintas a la privación de la libertad, que resulten menos lesivas de los derechos del imputado.

## *2.2.- Principio de provisionalidad*

El principio de provisionalidad es otro de los principios limitadores de la prisión preventiva, el cual ha sido desarrollado con gran atino por la Comisión y la Corte

Internacional de derechos humanos (lo veremos con mayor profundidad en el capítulo IV), el principio requiere que cada uno de los presupuestos que se deben dar para la procedencia del dictado del auto del encierro cautelar, subsistan mientras dure la privación de la libertad, es decir, requiere que cada una de las causales, presupuestos y circunstancias que motivaron el dictado de la medida de coerción de la prisión preventiva por parte del juez se mantengan, y de desaparecer algunos de los presupuestos, deberá cesar el encierro cautelar, porque de lo contrario medida de detención se transformará en ilegítima, arbitraria y no ajustada a derecho.

Al respecto expresan Bovino y Bigliani, que

El principio de provisionalidad podría ser considerado, hasta cierto punto, como una consecuencia de la aplicación dinámica –en sentido cronológico– del principio de excepcionalidad. Ello pues al desaparecer alguno de los presupuestos materiales de la detención surge la obligación de ordenar la libertad e imponer la medida cautelar no privativa de libertad disponible menos lesiva o, en su caso, prescindir de toda medida de coerción, según las circunstancias de la nueva situación.

(Bovino y Bigliani, 2008, p. 47)

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad reconocen este principio en la regla 6 apartado 2, que dispone: " La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados ", que no son otros que el resguardo de los fines del proceso penal.

El encierro cautelar puede mantenerse únicamente durante el lapso de tiempo necesario para garantizar o salvaguardar los fines del proceso penal, e impone que se controle periódicamente por parte de la autoridad judicial, que aún se encuentran subsistentes los presupuestos que motivaron la aplicación de la medida cautelar de la

prisión preventiva, desaparecidos los motivos y elementos que le dieron causa, el juez deberá hacer cesar inmediatamente y sin demora el auto de prisión preventiva.

### *2.3.-Principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad es un límite al encarcelamiento preventivo del imputado, es decir, la prisión preventiva debe ser proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no pueda superarla en gravedad; nos explica Bovino y Bigliani que lo que se trata de evitar es que la situación del individuo aún inocente sea peor que la de la persona ya condenada, es decir, prohibir que una medida cautelar de coerción, sea más gravosa que la propia pena (Bovino y Bigliani, 2008).

La postura tradicional afirma que no se autoriza el encarcelamiento procesal cuando, en el caso concreto no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo, pero en los casos que admiten la privación anticipada de libertad, ésta no puede durar más que la pena eventualmente aplicable, esta concepción se vincula con lo que llama Bovino y Bigliani “Prohibición de exceso” (Bovino y Bigliani, 2008, p. 52). Binder, quien se enrola dentro de esta concepción nos dice “la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión” (Binder, 1993, p. 200).

El principio de proporcionalidad pretende restringir el uso del encarcelamiento preventivo con el objeto de evitar que el imputado que goza del estado jurídico de inocencia sufra un mal mayor que el que representa la propia pena, pero como nos dice Bovino y Bigliani esta limitación, presenta aspectos problemáticos, en primer lugar, el principio de proporcionalidad, al ligar inexorablemente el encierro procesal a la magnitud de la pena,



revela el carácter material de la privación de libertad cautelar, que opera, como pena anticipada; y por otro lado, el principio de proporcionalidad no sólo puede ser considerado como un límite, sino también como una justificación para la prolongación del encierro preventivo (Bovino y Bigliani, 2008).

El principio de proporcionalidad evaluado en función del monto de la pena que le pudiere corresponder al imputado, no hace más que utilizar al encierro preventivo como pena anticipada. Así las cosas, como bien explica Pastor, el criterio de proporcionalidad entre la pena que se espera y el encarcelamiento preventivo es una justificación para la aplicación anticipada de la pena. (D. Pastor, 1996)

Al respecto Dra. Natalia Sergi en un trabajo brillante ha reformulado el contenido del principio de proporcionalidad, y explica que el criterio de proporcionalidad debe ser dejado de lado en los supuestos en los que no opera como límite, sino como justificación de la prolongación del encarcelamiento preventivo, para darle lugar a un criterio restringido, como es el principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia entre la pena y la prisión preventiva, y así, la duración del encarcelamiento preventivo nunca puede equivaler a la duración de la pena.(N. Sergi, 2013)

En este mismo orden de ideas expresa Sergi:

en el Estado de Derecho, la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha inequivalencia debe evitarse en calidad y cantidad, precisando que la inequivalencia en cuanto a la calidad evita la privación de la libertad durante el proceso cuando la posible condena no será privativa de la libertad, pues corresponde la condena condicional o bien el delito no prevé una pena privativa de la libertad, y en relación con la cantidad de pena, la inequivalencia evitará que el tiempo de la medida cautelar

sea equivalente a la posible condena de encierro, estableciendo un plazo menor.(N. Sergi, 2005, p. 481)

Es oportuno destacar que la Comisión Interamericana al analizar la estrecha vinculación entre el principio de proporcionalidad —entendido en términos de equivalencia— y el criterio de retribución, entiende que la aplicación del principio de proporcionalidad en este sentido, desvirtúa la finalidad de la prisión cautelar, transformándola en una justificación para la imposición de una pena anticipada. Asimismo argumenta que la medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana), y que proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza.<sup>3</sup>

#### *2.4 Principio de razonabilidad de los plazos*

Cuando se habla de razonabilidad de los plazos dentro del proceso penal se refiere a la garantía constitucional, al derecho humano fundamental que tienen las personas que se encuentran involucradas en una situación de conflicto dentro de una causa penal, a ser juzgadas rápida y eficazmente, obteniendo en un plazo razonable la decisión judicial que ponga fin al proceso penal seguido en su contra, éstas fueron las valiosas líneas

---

<sup>3</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 109

argumentales sentadas en el “fallo Mattei”<sup>4</sup>, que analizaremos en profundidad en el capítulo cuatro del presente trabajo de investigación.

Un proceso penal cuya tramitación supera el plazo razonable, es decir de duración excesiva, lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente cada uno de sus derechos fundamentales y garantías procesales reconocidas en la Constitución. Si un proceso se prolonga indebidamente sus reglas de funcionamiento acabarán distorsionando su derecho a un juicio rápido y los principios elementales de la actuación legítima del Estado (E. Zaffaroni, Alagia A., Sloskar A., 2002).

El imputado privado de la libertad tiene derecho a exigir que esa situación de encierro cautelar se atienda rápidamente, sin dilaciones, sin demoras, y los órganos encargados de administrar justicia y velar por las garantías de los individuos deben disponer las medidas necesarias e idóneas para poder llegar al dictado de una sentencia, así se evita que por su excesiva duración la prisión preventiva se convierta en una pena anticipada, burlando su fin cautelar, afectando gravemente las garantías del debido proceso penal del imputado.

Se impone la limitación de su duración por el mero transcurso de ciertos plazos que deben ser fijados por la ley procesal, y de conformidad con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone en su apartado 7.5 referido a la libertad de los individuos que: “... Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que

---

<sup>4</sup> C.S.J.N., "Mattei, Ángel S/ Contrabando de importación en Abasto", Fallo 272:188, (1968).

aseguren su comparecencia en el juicio. Asimismo en su apartado correspondiente a las garantías judiciales (Artículo 8 inciso 1°) dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Asimismo el pacto Internacional de Derechos civiles y políticos establece en su art. 9.4 que “toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

Como bien sostiene la Defensora General de Mar del Plata, Dra. Cecilia Margarita Boeri, el derecho a ser juzgado en tiempo razonable o a ser puesto en libertad no puede quedar a merced de la desorganización judicial, la falta de recursos humanos suficientes o la inoperancia de éstos. Sólo el debido proceso puede excepcionalmente reclamar para sí la prisión cautelar, y el proceso moroso no es el debido, por lo tanto pierde el derecho a recostarse en la prisión preventiva para cubrir sus falencias (Cecilia Margarita Boeri, 2013).

### *3.-Conclusiones preliminares*

La prisión preventiva como ya expuse, es la medida cautelar más severa, lesiva y perjudicial del proceso penal, ya que priva del derecho a la libertad personal al imputado por un delito, vulnerando la presunción de inocencia y el debido proceso.

El Estado a través de sus órganos, para salvaguardar los fines del proceso, quebranta el derecho fundamental de libertad del individuo, por medio de la interposición de la prisión preventiva, por eso la mayor parte de la doctrina sostiene que su aplicación no

debe ser arbitraria y discrecional, y tiene que considerarse su interposición en base a criterios restrictivos, proporcionales y excepcionales, porque el imputado o acusado durante todo el proceso goza de la presunción de inocente, y los órganos jurisdiccionales no pueden vulnerar aún más con su morosidad y lentitud, la situación de un presunto inocente, agravando la incertidumbre de un hombre que está tras las rejas, alejado de sus afectos, de su familia, en ocasiones de su trabajo, y en fin sus derechos constitucionalmente reconocidos.

El Estado tiene el deber de brindar a la sociedad en su conjunto un organismo judicial eficiente para que en un tiempo prudente y razonable, se pueda mediante una sentencia judicial emanada de un órgano competente dejar atrás la situación de incertidumbre que padece el imputado, así respetar ese derecho del sindicado como responsable de obtener un pronunciamiento rápido y ajustado a derecho.

La excesiva duración del proceso, y el no acatamiento al plazo razonable por parte de los órganos encargados de administrar justicia, no solo restringe el derecho fundamental a la libertad personal, sino también la presunción de inocencia de la cual goza el imputado durante todo el proceso.

Claro está que privar de libertad a un a una persona cuya responsabilidad penal no ha sido establecido en un sentencia condenatoria, sin acatar los principios y presupuestos rectores que habilitan la procedencia del dictado del encierro cautelar, como son los excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad, razonabilidad de los plazos, equivale, sin dudas, a anticipar la pena.

## **CAPITULO III-La Discrecionalidad Judicial, el uso abusivo de la Prisión Preventiva, causas y consecuencias.**

En nuestros días se observa cierto margen de discrecionalidad y arbitrariedad por parte de los órganos del Estados encargados de administrar justicia respecto al dictado del auto de prisión preventiva. Existe una total inobservancia por parte de jueces y fiscales de los presupuestos y principios rectores que habilitan la procedencia del dictado del encierro cautelar.

Esta realidad ha generado que en la actualidad que las prisiones se encuentren colapsadas y desbordadas de presos sin condena.

En el presente capítulo se analizarán las causas que llevan a los jueces y fiscales a dictar con ligereza el auto de encierro cautelar, profundizar en el estudio de sus decisiones, observar si las mismas son tomadas con total imparcialidad, independencia y libres de condicionamientos, o si por el contrario, las decisiones de los jueces y fiscales se encuentran presionadas por diversos factores de poder, vulnerando la tan preciada independencia judicial.

### *1.- Independencia judicial, los factores de presión, y la prisión preventiva como pena anticipada*

Como nos explica la Fundación para el Debido Proceso <sup>5</sup>(DPLF, 2013) la independencia judicial es una garantía propia de un estado democrático de derecho, y un

---

<sup>5</sup> La Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización no-gubernamental, con sede en Washington, D.C., cuyo mandato es promover la reforma y modernización de los sistemas nacionales de justicia en el hemisferio occidental, para asegurar que el Estado de derecho, tal

derecho para los ciudadanos, que asegura que los litigios sean resueltos por jueces imparciales, y por tanto, ajenos a cualquier influencia, se considera que un órgano jurisdiccional es independiente cuando juzga y decide sobre los procesos sometidos a su conocimiento sin interferencias indebidas de ninguna otra autoridad o persona, sino únicamente de acuerdo a los hechos probados del caso en aplicación estricta del derecho. Es decir, esta garantía obliga al encargado de administrar justicia a no dejarse influenciar por los medios de comunicación, ni por presiones, de cualquier sector político o social.

Ahora bien, la realidad de nuestros tiempos indica que el poder judicial no es independiente de los medios de comunicación, de las presiones políticas y de la sociedad en general, la injerencia de estos factores han debilitado fuertemente la institución judicial.

### *1.1.-Factores de presión*

#### *1.1. a.-Los medios de comunicación*

Los medios de comunicación sin lugar a dudas se encuentran en la actualidad como el cuarto poder, posicionándose al lado del Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Sabido es que son formadores de opinión pública, y que en muchas ocasiones los sindicados “prima facie” como responsables de un hecho delictivo, son condenados o absueltos, dependiendo de lo que se divulgue en los medios de prensa.

Este cuarto poder cada vez es más grande y abarca tanto medios audiovisuales, como prensa escrita, diarios electrónicos, redes sociales, etc.

---

como este concepto es entendido en sociedades democráticas, se convierta en el elemento distintivo de los sistemas nacionales de justicia en cada país de la región.

Hace ya tiempo, los medios de comunicación comenzaron a reconocer, a advertir, que las noticias vinculadas a la criminalidad, al delito, a la delincuencia en general, despertaban un interés muy grande en la audiencia, la noticia policial ocupa gran parte de las horas de aire de la televisión e incontable cantidad de hojas en los periódicos de papel y en los portales digitales.

Se advierte a diario como los medios masivos de comunicación en general, hacen referencia a la inseguridad ciudadana, a cuestiones relaciones con el delitos, con titulares escandalosos incrementando en el receptor de la noticia su indignación.

Sin lugar a dudas los medios de comunicación se entrometen sobre asuntos que legalmente competen sólo al conocimiento y la resolución del poder judicial. Tales invasiones, constituyen formas de presión, según la modalidad que usen los medios; pero, esencialmente, todas ellas corresponden a un rol que el periodismo se ha adjudicado y que no se limita a informar sobre los pasos que sigue un caso determinado a través de su procesamiento por la justicia. Los medios de comunicación, no siempre tienen en miras el fin estrictamente informativo, sino que en muchas oportunidades son motivados por fines comerciales, intereses económicos, intereses políticos.

Observamos que los comunicadores, adoleciendo de conocimiento técnico de derecho penal, derecho procesal penal, de doctrina penal, opinan con ligereza y liviandad, emiten colusiones, dan respuestas a interrogantes, resuelven casos, imputan, y condenan a un individuo por su aspecto físico, por una mirada a la cámara, por presunciones, etc., es más, hasta se animan a dar consejos de política criminal, cuando escuchamos que piden sistemáticamente por el aumento de penas, la posibilidad de imprescriptibilidad de los delitos, dejando en la sociedad y en su audiencia en forma continua el mensaje que el sistema es blando con los delincuentes, y que merecen un castigo más severo.



Es llamativo realmente como los medios instauran un tema criminal y hacen creer erróneamente a la sociedad que la ley penal es la salvación de la sociedad contra los delincuentes.

Al respecto Luis Pasara, expresa:

Los medios de comunicación cumplen, en relación con el clima bajo examen, un doble papel. De un lado, reproducen y multiplican el discurso de aquellas autoridades que proclaman la necesidad de una aplicación vasta de la prisión preventiva. Del otro, generan, por sí mismos, tanto en el manejo de la información como mediante artículos de opinión, elementos para alimentar aquella postulación.

(Pásara, 2013, p.10)

Se puede advertir como a diario los medios de prensa, generan un clima pesado, de descontento y desconcierto en la opinión pública, respecto a determinado casos policiales, generando en el imputado una condena social y mediática, por consecuencia, la sociedad sale al cruce y al pedido de justicia inmediata y como sea, es justamente acá, donde fiscales y jueces, se sienten condicionados, temen al desprestigio, es decir, sienten vulnerada su independencia, y aun cuando no tienen la convicción suficiente de que el sindicado como responsable intentará eludir o vulnerar la acción de la justicia, y por el temor a ser señalados y cuestionados por los medios de prensa, se ven presionados al dictado muchas veces discrecional y rápido de un auto de prisión preventiva en contra del sindicado por la prensa como delincuente, saciando de este modo ese pedido de justicia rápida y eficaz, aunque muchas veces no ajustada a derecho, y manteniendo así una buena, correcta y eficiente imagen en la sociedad. Tal situación sucede a la inversa de igual modo, es decir cuando un medio de prensa nos muestra a una persona como responsable del delito, y luego el juez valorando los elementos de prueba incorporados a la causa, entiende que no es procedente

el dictado del auto de prisión preventiva, en virtud de que no se encuentra en peligro los fines del proceso, la prensa informa a la sociedad con cierta animosidad dejando ese mensaje de impunidad, y de justicia corrupta y garantista.

Ahora este movimiento de los medios, instauró definitivamente el tema en la opinión pública y en la agenda política, consiguió que las expresiones derechos humanos, jueces garantistas, presunción de inocencia, debido proceso empezaran a ser entendida de forma equivocada, bastardeada, se encargaron de distorsionar el verdadero significado, y podemos advertir que en la sociedad cuando se habla de derechos humanos, inmediatamente hace referencia al derecho de los delincuentes, y hoy día es una expresión que es vista con desprecio.

#### *1.1. b.-La interferencia de la política en las decisiones judiciales*

Los actores de la política y sus objetivos netamente partidistas, influyen decididamente sobre las decisiones judiciales, a ellos les importa poco el análisis jurídico, sus metas se centran en generar empatía con la sociedad, demostrar que el tema de la inseguridad los preocupa, y la situación de alarma social por el delito, generada en gran medida por los medios sensacionalistas de prensa, les ayuda para abultar su caudal de votos y su estrategia de campaña, es por eso que en sus spots publicitarios centran su atención en los problemas de la inseguridad, de lucha contra el delito y el crimen organizado, hablando con total liviandad, sin la más mínima responsabilidad y con el único objetivo de saciar sus ambiciones personales, políticas o del medio para el cual trabajan.

Se puede advertir que ante casos aberrantes, distintos actores políticos suelen afirmar que se deben revisar las leyes, que la responsabilidades es de los jueces garantistas, o que se debe aplicar “mano dura”, y este triste discurso de política criminal nos ha

conducido en la última década en la Argentina, a que las provincias, alarmadas por el alto índice de delitos, modificaran sus códigos de procedimiento y aprobaron medidas que promueven el encarcelamiento preventivo, es así que estas reformas buscaron ampliar los supuestos en los que se aplica la prisión preventiva, aumentar los mínimos penales de determinados delitos para que sean no excarcelables, o limitar el uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva, es decir que el objetivo encubierto es utilizar el encierro cautelar como una herramienta de contención social, de lucha contra el delito y la inseguridad.

Ya se pueden ver las consecuencias de estas iniciativas legislativas, hoy 10 años después de la sanción de muchos de los códigos de forma de las provincias, y de la incorporación de las medidas que amplían la posibilidad de la aplicación prisión preventiva. La población carcelaria en nuestro país va en continuo y sostenido aumento, en el año 2000 la población carcelaria de la Argentina era de 37.885 presos, en 2011 el número alcanzaba los 60.789 presos, es dable destacar que la prisión preventiva tiene un rol protagónico en el incremento de dicha tasa, ya que más del 50% de los presos en la Argentina no tienen condena. No es un dato menor que más de 30.000 mil presuntos inocentes se encuentre tras las rejas a la espera de un condena o de una absolución.

A pesar de que es conocido por todos el uso abusivo de la prisión preventiva, y de que el sistema carcelario se encuentra superpoblados de presos sin condena, los políticos con sorprendente vehemencia e irresponsabilidad, y con el único objetivo saciar sus ambiciones políticas, siguen proponiendo proyectos de leyes que amplían la prisión preventiva, amplían la cantidad de delitos no excarcelables, piden por endurecimientos de penas, como la respuesta a los altos índices de delito.

Tal como lo argumenta el Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), titulado, *Uso Abusivo de la Prisión Preventiva en las Américas*, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, 2012) redactó esta sección y sostuvo que estas iniciativas, presentan problemas, desde un plano normativo, ya que resultan contrarios a lo dispuesto por la CIDH respecto de la necesidad de asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, también contradicen los estándares internacionales de derechos humanos en relación a los presupuestos que justifican la prisión preventiva, y que demandan la necesidad de probar la relación del imputado con el hecho, y la certeza de peligros procesales para justificar la medida cautelar, asimismo estas medidas resultan violatorias de las reglas que exigen que los jueces determinen con rigurosidad la existencia de los requisitos que autorizan la aplicación de la prisión preventiva en cada caso concreto, y que señalan que no deben existir delitos no excarcelables. A su vez, desde el plano de política criminal y de seguridad, las experiencias anteriores que se sustentaron en el mismo paradigma y buscaron respuestas similares como solución a la inseguridad, dejaron evidencia empírica que estas iniciativas no resuelven ningún problema, las políticas que apuestan al endurecimiento de la reacción punitiva no rinden cuentas de su fracaso y se justifican en que la fuerza para reprimir o conjurar el delito nunca es suficiente. En síntesis, estas medidas promueven el aumento de la población carcelaria a partir del abuso de la prisión preventiva, los sistemas penitenciarios muestran altos índices de sobrepoblación y hacinamiento, inhumanas condiciones de detención, y problemas estructurales de violencia, que se traducen en violaciones sistemáticas de derechos para las personas detenidas (CELS, 2012).

Es dable mencionar lo que escribió el Maestro Dr. E. Raúl Zaffaroni vinculado a este tema, expresando que:

Los políticos no conocen otra criminología que la mediática, y frente a los embates de ésta responden conforme a su discurso de causalidad mágica y, para demostrar que están preocupados por la seguridad, caen en la trampa de plegarse a sus exigencias, adoptando medidas paradójales, autonomizan a las policías, las dotan del poder de practicar golpes de estado más o menos encubiertos cuando se las priva de fuentes de recaudación, sancionan leyes descabelladas, piden castigos para los jueces, etc. Los políticos desconcertados suelen creer que con concesiones a la criminología mediática contienen su embate y cuando se percatan de que eso no lo detiene sino que lo potencia, aumenta su desconcierto. Ignoran que la criminología mediática no tiene límites, va en un crescendo infinito y acaba reclamando lo inadmisibles: pena de muerte, expulsión de todos los inmigrantes, demolición de los barrios precarios, desplazamientos de población, castración de los violadores, legalización de la tortura, reducción de la obra pública a la construcción de cárceles, supresión de todas las garantías penales y procesales, destitución de los jueces, etc. (Zaffaroni, 2011, II)

De lo expuesto se observa claramente como los medios de comunicación y la política influyen y han influido decididamente sobre la independencia judicial y consecuentemente sobre el dictado irracional y abusivo de la prisión preventiva. Las demandas de endurecimiento de los sistemas penales y los consiguientes mensajes de aplicación extendida de la prisión preventiva impactan en muchos casos sobre las decisiones de los jueces y fiscales que deben resolver bajo una intensa presión social y política.

Son bastos los ejemplos que hay para dar respecto a la presión que sufren los encargados de administrar justicia por parte de la prensa, de la política y de la sociedad en general, pero he decidido poner los más relevantes:

El diario Jornada de fecha 31 de julio de 2013, Tituló en la Sección de Política: Duras críticas de Buzzi: "Jueces garantistas", el informe periodístico relataba que el Gobernador de Chubut, Martín Buzzi criticó a los jueces diciendo que:

“En extremo garantistas” ponen en libertad delincuentes con gran prontuario y transforman el sistema judicial en “una calesita sin ningún límite”, que el problema es que los fiscales y los jueces de Comodoro, tienen una atmósfera de aplicación de un “garantismo extremo”, esto en alusión al policía Jorge Ríos baleado y gravemente herido por unos asaltantes. Continúa el informe periodístico donde Buzzi expresaba que:

En esto tiene que haber un límite, la gente está pidiendo otra cosa, lo está pidiendo la opinión pública, y los pedidos de enjuiciamiento al Superior Tribunal de Justicia son fiel reflejo de esto, resultante de que el Poder Judicial no establece el orden social que corresponde con las actitudes de cada día.

El diario Panorama.com de Santiago del Estero, en fecha 29 de marzo de 2009 tituló en la sección política: Scioli cargó contra los jueces garantistas. En el informe el gobernador bonaerense expresaba que es frustrante para un policía que atrapó a un delincuente verlo al otro día caminando por el calle, y que el juez garantista Nicolás Schiavo en los últimos meses benefició a varios peligrosos delincuentes acusados de crímenes y violaciones, y que las políticas hipergarantistas flexibilizaron a la Justicia en la lucha contra la inseguridad, y hoy necesitamos un Estado que tiene que estar dispuesto a todo para combatir al delito, completó el mandatario provincial, pidiendo por un cambio de leyes para adaptarla a la realidad.

El diario infobae de fecha 14 de mayo de 2005, en la sección política, tituló: Dos jueces "garantistas" fueron los que liberaron a Chabán. En el informe relataba el comunicador, que los magistrados Gustavo Bruzzone y María Laura Garrigós de Rébora votaron a favor de la salida del polémico empresario, y que entre sus antecedentes se encuentra una excarcelación a un pedófilo y a un barrabrava; así también en el informe se encontraba una encuesta realizada a los lectores que decía:

¿Por qué cree que los camaristas Bruzzone y Garrigós de Rébora votaron la liberación de Chabán?

Porque lo consideraron correcto: 21 % (1282)

Por exceso de "garantismo": 28 % (1697)

Por corrupción: 51 % (3164)

Total de votantes: 6144 votos

El informe expresaba que los citados juristas se mostraron favorables a que el dueño de la "cámara de gas" saliera en libertad, ya que no podía permanecer preso cuando se lo presumía inocente, no guardaba antecedentes similares y no se teme por su fuga, a pesar de que estuvo prófugo de la Justicia las primeras horas posteriores a la tragedia, que la jueza, Garrigós de Rébora, ha compartido largas jornadas de seminarios con la actual ministro de la Corte Suprema Carmen Argibay Molina, y que ambas, comparten excarcelar mientras no haya sentencia firme, aunque la persona esté sospechada de ser la responsable por la muerte de 193 jóvenes y niños. Respecto al Dr. Gustavo Bruzzone, el informe lo describía como un "Zaffaronista" de la primera línea, que tiene un perfil aún más radicalizado en torno a la garantía que deben tener los delincuentes.

Observamos claramente en estos informes periodísticos, como los medios de comunicación y los actores políticos, acusan de "garantistas" a los jueces, bastardeando el

significado real de la palabra, y utilizándolo el termino garantista peyorativamente, formando en la opinión publica sensaciones de impunidad, dejando un mensaje en la sociedad, de justicia corrupta.

## *2.-Conclusiones Preliminares*

Observamos a lo largo de este capítulo, que los índices de prisionalización en la Argentina crecieron notablemente en la última década, y hoy supera holgadamente los 60.000 mil presos, lo lamentable y digno de reproche es que más del 50% son presos sin condena.

Advertimos que el crecimiento de la población carcelaria, va asociado a que la prisión preventiva ha sido utilizada como herramienta de control social, de lucha contra el delito por los poderes políticos, y como respuesta inmediata de estos ante la demanda social por seguridad.

Los medios de comunicación han contribuido con especial protagonismo en la problemática criminal y los altos índices de presos en las penitenciarías, ya que han instaurado definitivamente el tema de la inseguridad y el pánico en la sociedad, y propician desde los medios masivos, la implementación de políticas como la tolerancia cero, delitos no excarcelables, endurecimientos de penas, ampliación de prisión preventiva, y tristemente han tenido recepción dichas medidas en los últimos años en la agenda de los políticos de turno, que proponen proyectos de leyes con estos conceptos como remedio a la solución de la inseguridad.

Los huéspedes habituales del poder punitivo pertenecen casi en su totalidad a los sectores marginales de la sociedad.



Los encargados de administrar justicia, se encuentran fuertemente condicionados por los medios de comunicación y la política, y ante el temor a ser perseguidos mediáticamente o ser tildados de “garantistas”, o de ver comprometido su prestigio y carrera judicial, hacen uso y abuso de la prisión preventiva, y lejos de cumplir su rol de garantes de los derechos y garantía de los ciudadanos, velan solo por sus prestigio personal; por lo que se concluye que la independencia judicial se encuentra fuertemente vulnerada.

Es importante resaltar una vez más, que por la errónea y tendenciosa actitud de los medios de comunicación, y los manotazos de ahogados de los políticos de turno para frenar el alto índice de delitos y dar respuesta a las demandas sociales por seguridad, es que el grueso de la sociedad, hoy en el siglo 21, no conoce sus derechos y garantías constitucionales, no conoce del derecho a la libertad, no conoce de la presunción de inocencia, no conoce del debido proceso, es decir, no conoce de los pilares fundamentales que hacen a un estado de derecho. Sería de vital importancia que los medios de comunicación dejen de escudarse en la libertad de expresión, en el tiempo potencial, y que salgan a informar realmente a la sociedad con la verdad, que dejen actuar con independencia y sin condicionamientos a los encargados de administrar justicia, que es de la única forma que se construirá un Estado más justo.

## **CAPITULO IV- Jurisprudencia Nacional e Internacional en materia de Prisión Preventiva**

En el presente capítulo se hará un análisis de la jurisprudencia nacional e internacional en materia de prisión preventiva y los criterios sentados en sus decisiones judiciales

### *1- El carácter vinculante de los informes de la comisión y los fallos de la Corte*

#### *Internacional de Derechos Humanos*

A modo de introducción, es importante aclarar que con la reforma constitucional de 1994 se introdujo un cambio de importancia al sistema de jerarquía de normas en nuestro país, es así, que la Constitución Nacional sigue ocupando la cúspide de la pirámide de Kelsen, es nuestra ley fundamental, pero ahora comparte dicha jerarquía con tratados internacionales de derechos humanos. Esta reforma vino a ampliar y complementar de modo eficiente el sistema de protección y garantías de los derechos humanos en Argentina.

De lo expuesto se deduce que ninguna norma interna puede contradecir un tratado internacional de derechos humanos, porque sería calificada de inconstitucional e inaplicable, ya que la Constitución y los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes. En este orden de ideas, no debe perderse de vista lo establecido por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual prescribe: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En función de lo expuesto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su artículo 1º, apartado 1º:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Dicha obligación no se agota en el mero respeto a los aludidos derechos y libertades fundamentales, sino que debe exteriorizarse mediante la adopción de disposiciones de derecho interno que los garanticen, según lo establece el artículo 2 de la CADH.

De esta manera nuestro estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención; su libre ejercicio, y a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se guía por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como órgano que fija las pautas interpretativas de la Convención Americana y demás instrumentos de derechos humanos del sistema interamericano. Así es que en el fallo “Giroldi” (1995) expresó:

La ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba 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 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054) <sup>6</sup>

Respecto al efecto vinculante de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la discusión y el debate fue mayor en la jurisprudencia argentina, y es así que en el Fallo “Bramajo”, la Corte consideró que las opiniones de la Comisión debían servir de guía para la interpretación de los instrumentos interamericanos:

La “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2º) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.<sup>7</sup>

De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de 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 aquélla para conocer en todo los caso relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2º de la ley 23.054 (confr. doctrina de la causa G:342.XXVI, “Giroldi, Horacio D. Y otros /recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995).

## *2- Informes de la Comisión Internacional de Derechos Humanos y criterios orientadores en materia de prisión preventiva*

---

<sup>6</sup> C.S.J.N. "Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación -causa No. 32/93", Fallo 318:514, (1995), considerando 11.

<sup>7</sup> C.S.J.N. “Bramajo, H.J. s/ rec. de hecho”. Fallo 319:1840, (1996), considerando 8.

## 2.1-Informe 12/96, *Jorge Giménez vs. Argentina*

En el Informe 12/96 la Comisión considera que los argumentos basados en la severidad de la pena o la gravedad de la infracción como justificantes del riesgo procesal, se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio.<sup>8</sup> Además, la expectativa de una pena severa, transcurrido un plazo prolongado de detención, es un criterio insuficiente para evaluar el riesgo de evasión del detenido. El efecto de amenaza que para el detenido representa la futura sentencia disminuye si la detención continúa, acrecentándose la convicción de aquél de haber servido ya una parte de la pena.<sup>9</sup> Asimismo estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención.<sup>10</sup>

Así también dispuso que la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia reconocido por el artículo 8.2 de la

---

<sup>8</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge Giménez vs. Argentina*”, Informe 12/96 , del 1 de marzo de 1996, párrafo 86

<sup>9</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge Giménez vs. Argentina*”, Informe 12/96, del 1 de marzo de 1996, párrafo 87.

<sup>10</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge Giménez vs. Argentina*”, Informe 12/96, del 1 de marzo de 1996, párrafo 88.

Convención Americana, asimismo expresa que el citado artículo obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de "establecer su culpabilidad", a través de la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.<sup>11</sup>

En el resolutivo de dicho informe la Comisión recomendó al Gobierno argentino que el presente informe se tenga en cuenta en todos los casos de detención preventiva prolongada, a fin de asegurar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención, y en caso contrario, tomar las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia.

## *2.2-Informe 2/97*

En el informe 2/97 la Comisión Internacional de Derechos Humanos desde el mes de octubre de 1993 ha recibido numerosas denuncias contra el Estado Argentino que tienen como común denominador la excesiva duración de la prisión preventiva para las personas sometidas a proceso criminal sin sentencia. El principal fundamento en éstas es la aplicación del sistema de cómputo previsto en la ley 24.390 (dos por uno).

---

<sup>11</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge Giménez vs. Argentina*", Informe 12/96, del 1 de marzo de 1996,

Denuncias tramitadas por la comisión:

<b>No. Caso</b>	<b>Peticionario</b>	<b>Duración de la prisión preventiva</b>	<b>Inicio Trámite</b>
11.205	Jorge Luis Bronstein(+)	3 años 3 meses	20.10.93
11.236	Jorge Francisco Alonso	6 años 9 meses	14.01.94
11.238	Héctor Fabián Moyano(+)	3 años 6 meses	23.02.94
11.239	Juan Carlos Moñino	3 años 4 meses	23.02.94
11.242	Humberto Gil Suárez	4 años	23.02.94
11.243	Walter Karlikowski	6 años 9 meses	23.02.94
11.244	Juan C. Muñoz Parada(+)	4 años 6 meses	23.02.94
11.247	Felipe César Melchiore(+)	5 años 3 meses	23.02.94
11.248	Carlos Alberto Montaliber(+)	2 años	23.02.94
11.249	Antonio Fernández N.(+)	3 años 9 meses	23.02.94
11.251	José Luis Estévez	1 año 4 meses	23.02.94
11.254	Alberto Fagoaga	5 años 8 meses	23.02.94

11.255	Catalino Heber Sanabria	3 años 4 meses	23.02.94
11.257	R. E. Iparraguirre(+)	4 años 7 meses	23.02.94
11.258	Flavio Wilfredo Vallejos (+)	4 años 7 meses	23.02.94
11.261	Alfredo Seguil C. (+)	4 años 6 meses	23.02.94
11.263	Gabriel Romero Esquivel(+)	4 años 6 meses	23.02.94
11.305	Luciano Roberto Lescano	5 años 2 meses	15.06.94
11.320	Eduardo Muñoz Fernández	5 años 10 meses	30.06.94
11.326	Fabián Fernando Pérez(+)	3 años	08.07.94
11.330	Víctor Marzana Mendoza	2 años 10 meses	19.07.94
11.499	Carlos Fabián Corbo	5 años 6 meses	19.06.95
11.504	José B. Arredondo(+)	3 años 3 meses	27.06.95

En sus consideraciones generales la Comisión sostuvo que la situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida



de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso<sup>12</sup>.

Expresa también la comisión que la prisión preventiva constituye un problema serio en varios de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos que en el caso específico de la Argentina, la aplicación excesiva de este mecanismo procesal, combinado con las demoras del sistema judicial, condujeron a que más del 50% de la población carcelaria se encuentre privada de su libertad sin condena<sup>13</sup>.

La Comisión considera que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto y, coincide con la postura del Gobierno argentino en el sentido de que la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial<sup>14</sup>.

La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable.<sup>15</sup>

La Comisión considera que existe una situación de denegación de justicia respecto a dichos peticionarios, y a los demás procesados que se encuentran en situación similar en Argentina; <sup>16</sup> que toda persona acusada que se encuentra privada de su libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en la

---

<sup>12</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*informe 2/97*” del 11 de marzo de 1996, párrafo 7.

<sup>13</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, párrafo 8.

<sup>14</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, párrafo 18

<sup>15</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, párrafo 19

<sup>16</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, párrafo 43

tramitación del mismo; <sup>17</sup>y la Comisión concluye que el Estado argentino ha violado el artículo 7.5 de la Convención Americana respecto al derecho a la libertad personal de los procesados que han sido retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, por no haber empleado la debida diligencia en los procedimientos respectivos<sup>18</sup>.

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa su reconocimiento al Estado por el significativo avance logrado con la aprobación de la ley que establece límites a la duración de la prisión preventiva; sin embargo, en virtud de las observaciones contenidas en este informe, recomienda la modificación de las disposiciones legislativas o de otro carácter, a fin de hacerlas consistentes en un todo con las normas de la Convención Americana que garantizan el derecho a la libertad personal. Asimismo recomienda al Estado que en todos los casos de detención preventiva prolongada que no reúnen los requisitos establecidos en la Convención Americana y en la legislación interna argentina, se tomen las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia y que se adopte las medidas necesarias para asegurar un proceso ágil y minucioso en todos los casos mencionados en el párrafo anterior<sup>19</sup>.

### *2.3 Informe n° 86/09, Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*

En el informe 35/07 la Comisión desarrolla coherente y acabadamente cada uno de los principios limitadores de la prisión preventiva, brindando criterios de invalorable tenor jurídico, que armoniza la controvertida herramienta procesal del encierro cautelar con las garantías y principios consagrados en la Constitución Nacional y tratados internacionales

---

<sup>17</sup> Comisión I.D.H. sentencia “ *informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, párrafo 44

<sup>18</sup> Comisión I.D.H. sentencia “ *informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, párrafo 59

<sup>19</sup> Comisión I.D.H. sentencia “ *informe 2/97*” del 11 de marzo de 1997, recomendaciones.

de derechos humanos. Así las cosas en primer lugar dispone la Comisión que en virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.<sup>20</sup> Luego consagra el presupuesto ineludible de la exigencia de mérito sustantivo, argumentando que para disponer de la libertad de una persona en el marco proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado.<sup>21</sup> Una vez establecida esta relación entre el hecho investigado y el imputado, presente en toda medida de coerción, corresponde fijar los fundamentos por los cuales se podrá disponer la privación de la libertad durante un proceso penal<sup>22</sup>, y es así que la Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros procesales, es decir, que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial, en su artículo 7(5): "Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio". Por medio de la imposición de la medida cautelar, se pretende lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin.<sup>23</sup> A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias

---

<sup>20</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 69.

<sup>21</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 77.

<sup>22</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 80.

<sup>23</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 81.

de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva.<sup>24</sup> En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimas de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como "alarma social", "repercusión social", "peligrosidad" o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad.<sup>25</sup> La comisión consagra el carácter cautelar de la prisión preventiva como principio, y dispone que criterios como la severidad de la pena o monto de la misma para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad.<sup>26</sup> La comisión consagra el principio de excepcionalidad, y establece que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían

---

<sup>24</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 85.

<sup>25</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 141.

<sup>26</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 90.

infructuosas a esos fines.<sup>27</sup> Respecto al principio de provisionalidad, relata que es otra condición del carácter cautelar de la prisión preventiva que está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto<sup>28</sup>, e impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsistan, y desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar<sup>29</sup>, y es el juzgador deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten, de ser así, se deberán expresar las circunstancias concretas de la causa que permitan presumir, fundadamente, que persiste el peligro de fuga o enunciar las medidas probatorias que resten cumplir y su imposibilidad de producirlas con el imputado en libertad<sup>30</sup>, estableciendo así en este último apartado el principio de control judicial. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza<sup>31</sup>. El principio

---

<sup>27</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 100.

<sup>28</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 105.

<sup>29</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 108.

<sup>30</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 104.

<sup>31</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 109.

de proporcionalidad impone, además de establecer una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite superado el cual la consecuencia ineludible será sustituirla por una menos lesiva o, directamente, disponer la libertad del imputado<sup>32</sup>; y por último la comisión consagra el principio del plazo razonable, cuando dispone que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada<sup>33</sup>. El "plazo razonable" no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso. En consecuencia, su fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención. Las particularidades de cada caso determinarán cuándo ese plazo se habrá cumplido, sin perjuicio de lo legalmente establecido.<sup>34</sup> Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la

---

<sup>32</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 124.

<sup>33</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 70.

<sup>34</sup> Comisión I.D.H. sentencia "*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*", Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 135.

garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente.<sup>35</sup> Así las cosas, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima.<sup>36</sup> Si la privación de la libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos, entonces, la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera.<sup>37</sup> La comisión destaca que las actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso.<sup>38</sup> Sin embargo, sí se podrá imputar la necesidad de mantener la prisión preventiva a la actividad del imputado si obstaculizó, deliberadamente, el accionar de la justicia, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse; no comparecer injustificadamente. Nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido,

---

<sup>35</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 136.

<sup>36</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 139.

<sup>37</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 140.

<sup>38</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 130.

han sido regulados para su plena utilización,<sup>39</sup> por ultimo estable que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la máxima premura y, así, evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada, violando la defensa enjuicio y el principio de inocencia.<sup>40</sup>

*1. Fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos en materia de  
prisión preventiva*

*3.1 Fallo Suarez Rosero vs. Ecuador*

La Corte en el caso Suarez Rosero Vs. Ecuador ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por

---

<sup>39</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 131.

<sup>40</sup> Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge José y Dante Peirano Basso vs. Rep. Oriental del Uruguay*”, Informe 86/09, del 6 de agosto de 2009, párrafo 132.



un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.<sup>41</sup> En este mismo orden de ideas y párrafo seguido sostuvo la Corte que con la prolongada detención preventiva del señor Suárez Rosero, se violó el principio de presunción de inocencia.<sup>42</sup>

### *3.2 Fallo Acosta Calderón vs. Ecuador*

En el caso Acosta Calderón vs. Ecuador, la C.I.D.H. amplió la línea argumental y dispuso que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Asimismo sostiene el Tribunal que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. En ese mismo orden de ideas la Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. El Pacto Internacional de

---

<sup>41</sup> Corte I.D.H. sentencia “*Suarez Rosero vs. Ecuador*”, del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77.

<sup>42</sup> Corte I.D.H. sentencia “*Suarez Rosero vs. Ecuador*”, del 12 de noviembre de 1997, párrafo 78.

Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos.<sup>43</sup>

### *3.3 Fallo Bayarri vs. Argentina*

En el caso Bayarri vs Argentina la Corte Internacional de Derechos Humanos expresó que la prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”, pues “es una medida cautelar, no punitiva”<sup>44</sup>. Asimismo sostuvo la Comisión que el artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales

---

<sup>43</sup> Corte I.D.H. sentencia “*Acosta Calderón vs. Ecuador*” del 24 de junio de 2005, párrafos 74, 75, 76 y 111.

<sup>44</sup> Corte I. D. H. sentencia “*Bayarri vs. Argentina*”, del 30 de noviembre de 2008 30-11-2008, párr. 69

en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. La tarea de este tribunal es examinar si la prisión preventiva a que fue sometido Juan Carlos Bayarri excedió los límites de lo razonable.<sup>45</sup>

El tribunal sostuvo que al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho ampliamente reconocido, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. El Tribunal ha estimado que al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana. A igual conclusión se debe llegar si el Estado mantiene a una persona privada de su libertad preventivamente más allá de los límites temporales que impone el derecho consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana.<sup>46</sup>

En este mismo orden de ideas, y con excelente criterio la Corte Interamericana dispuso que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse

---

<sup>45</sup> Corte I. D. H. sentencia “*Bayarri vs. Argentina*”, del 30 de noviembre de 2008 30-11-2008, párr. 70

<sup>46</sup> Corte I. D. H. sentencia “*Bayarri vs. Argentina*”, del 30 de noviembre de 2008 30-11-2008, párr. 110

la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.<sup>47</sup> La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable<sup>48</sup>.

De los casos citados podemos observar como la Comisión en los asuntos sometidos a su consideración, y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de su función jurisdiccional, en los asuntos que le son sometidos a su consideración, han creado una riquísima fuente de derecho, orientando la actuación de los órganos jurisdiccionales de los estados partes y unificando criterios y guiando a todas las naciones para una correcta y certera interpretación de las garantías constitucionales del individuo durante el procesal penal. Ha establecido con toda claridad los principios rectores que deben acatar los órganos encargados de impartir justicia de los Estados partes de la

---

<sup>47</sup>Corte I. D. H. sentencia "*Bayarri vs. Argentina*", del 30 de noviembre de 2008 30-11-2008, párr. 76.

<sup>48</sup>Corte I. D. H. sentencia "*Bayarri vs. Argentina*", del 30 de noviembre de 2008 30-11-2008, párr. 74.

Convención para el dictado de la prisión preventiva y que impiden que la medida del encierro cautelar, mute, transformándose en una pena anticipada.

Estos criterios orientadores del derecho internacional no constituyen simples recomendaciones o sugerencias, cuya aplicación dependa de la voluntad discrecional de los Estados, se trata, por el contrario, de criterios, exigencias y principios obligatorios, contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos, que imponen deberes concretos a todos los órganos del Estado. Por ello, los órganos estatales se hallan sometidos a la obligación de cumplir con tales deberes. La obligación comprende a todos los órganos públicos que de cualquier modo intervengan en el proceso de regulación, aplicación o ejecución del encarcelamiento preventivo. En consecuencia, estas exigencias obligan, al menos, al poder legislativo, a las fuerzas de seguridad, al ministerio público, al servicio penitenciario y, especialmente, a los tribunales de la justicia penal.

#### *4. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En este apartado analizaremos los criterios y argumentaciones sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en referencia a la prisión preventiva.

##### *4.1- El plazo razonable de la prisión preventiva en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

La CSJN a lo largo de los años ha ido sentando criterios en referencia a lo que se debe entender por razonabilidad de los plazos, es así que se hará una breve reseña histórica de los criterios sentados por la misma en relación del límite temporal de la citada medida de coerción.

En la causa "Mattei , Ángel S/ Contrabando de importación en Abasto", fue donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación sienta como criterio el derecho del imputado a un juicio rápido, y le asignó a este derecho jerarquía Constitucional por el artículo 18 de la Constitución Nacional. En "Mattei" se examinan allí los principios de progresividad y preclusión, señalándose que ambos reconocen su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando que los procesos se prolonguen indefinidamente, garantizando el derecho que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal.

La causa "Mozzatti"<sup>49</sup> sienta el precedente de la doctrina de "Mattei", y además agrega notables líneas argumentales diciendo:

El propósito constitucional de afianzar la justicia, y los mandatos explícitos que aseguran a todos los habitantes la presunción de inocencia, la inviolabilidad de la defensa en juicio, y el debido proceso legal, se integran por una rápida y eficaz decisión judicial.

Asimismo expresó:

El sometimiento de personas a un proceso penal durante veinticinco años, con detenciones por distintos lapsos y con restricciones surgidas de las condiciones impuestas a la excarcelación, hace que su situación, en términos de prolongación insólita y desmesurada, se torne equiparable a la de una verdadera pena que no deriva de una sentencia condenatoria firme y se sustenta sólo en una prueba semiplena de autoría y culpabilidad.

---

<sup>49</sup> C.S.J.N. "Mozzatti, Camilo y otro"; Fallos 300:1102,(1978)

Finalmente la Corte resolvió que “después de la subsistencia del proceso penal durante veinticinco años, se debe declarar la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad al auto de prisión preventiva, y la prescripción de la acción penal”.

En la causa “Firmenich” la Corte se refiere a los alcances del significado de "plazo razonable" de la prisión preventiva y se enrola en la teoría del no plazo, manifestando que el plazo razonable no se podía traducir en un número fijo de días, semanas, meses o años, sino que debía examinarse esa razonabilidad a través de la confrontación de las circunstancias del caso con criterios determinados: la gravedad del hecho, sus características, las condiciones personales del imputado.<sup>50</sup>

#### *4.2 La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los criterios justificadores de la prisión preventiva, tesis sustancial y procesal*

##### *4.2 a.- Fallo Todres*

En este precedente dado por la C.S.J.N. en el precedente “Todres<sup>51</sup>”, fallado el 18 de Agosto de 1971, se pueden ver con claridad los criterios justificadores de la tesis sustancialista, así las cosas la Corte en la fundamentación de esa sentencia expresó las siguientes líneas argumentales:

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 art. 18 de la Carta Fundamental, autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente

---

<sup>50</sup> C.S.J.N. “Firmenich, Mario Eduardo”, Fallos: 310:1476, (1987)

<sup>51</sup> C.S.J.N. “Todres”, Fallos: 280:297, (1971)

El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a 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 delinquir y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo.

Estos criterios mezquinos sentados por la doctrina sustancialista y que se han visto reflejados en el precedente “Todres”, no compatibilizan en modo alguno con las garantías constitucionales consagradas en nuestra carta magna. La prisión preventiva solo puede ser concebida con carácter estrictamente cautelar y por el tiempo indispensable para asegurar los fines del proceso, de desvirtuarse sus fines estrictamente procesales, se convierte, en un verdadero adelanto de pena sin sentencia. Es inconcebible atribuirle a una herramienta del derecho procesal penal que tiene fines cautelares y provisorios, fines de semejanza a la pena, al derecho penal material, esta errónea interpretación de la Corte da por cierto que se ha delinquido, sin una sentencia condenatoria firme que avale tal afirmación.

En modo alguno se puede justificar el encierro preventivo fundándolo en causas como la peligrosidad del presunto delincuente o alarma social, ya que la Constitución Nacional dota al hombre de la garantía de la presunción de inocencia, del cual goza todo individuo sospechado de la comisión de un delito hasta tanto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada afirme lo contrario.

#### *4.2. b.- Fallo Nápoli*

El 22 de diciembre de 1998, la CSJN, en el fallo Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P, se pronunció definitivamente por el respeto a las libertades individuales y a las garantías consagradas en el texto de la constitución nacional, por el respeto a la situación de libertad del imputado, por el respeto al debido proceso, la



presunción de inocencia, el plazo razonable, al estricto carácter cautelar de la prisión preventiva, desechando fines de carácter material, de semejanza a la pena que desvirtúen el instituto del encierro cautelar, convirtiéndolo en una pena anticipada, es decir sus argumentos establecieron criterios y parámetros claros con respecto al dictado de la prisión preventiva, y a su fines estrictamente procesales, y dijo:

“5. Que cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme. Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario" (Fallos: 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de "presunción de inculpabilidad" (Fallos: 102:219 --1905--)”

“6. Que, como una consecuencia necesaria del mencionado principio, la Corte ha reconocido la existencia del derecho a gozar de la libertad durante el proceso, al que le ha conferido jerarquía constitucional (Fallos: 314:451, consid. 2º), sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio (Fallos: 304:319 --LA LEY, 1982-D, 259--, 1524)“

“7. Que la potestad legislativa para, con amplia latitud, ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando, los objetos de la legislación (Fallos: 238:60; 251:53, entre otros --LA LEY, 90-120; 107-356--) y establecer así regímenes excarcelatorios diversos, sólo encuentra justificación en tanto esté orientada a que la prisión preventiva --como medida de corrección procesal-- conserva su fundamento de evitar que se frustre la justicia (Fallos: 8:291); dictamen del Procurador General en 21:121; "mutatis mutandi" 102:219), esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones”.

“15. Que al dictar la ley 24.410 el Poder Legislativo se apartó de los principios hasta aquí expuestos pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente (consids. 10 y 11), recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva”.

“16. Que, en tales condiciones, la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas por más aberrantes que puedan ser como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (Fallos: 303:267, considerando 8º, párr. 2º --LA LEY, 1981-B, 533--).”

“19. Que, por último, cabe señalar que ya en el citado precedente de Fallos: 102:219 este tribunal sostuvo la inconstitucionalidad del art. 26 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero en la medida en que excluía a las personas procesadas por determinados delitos del beneficio de la excarcelación, con apoyo --entre otras razones-- en el alcance constitucional reconocido al derecho a estar en libertad durante el proceso y a la circunstancia de que la prisión preventiva 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 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 inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones.<sup>52</sup>

#### 4.2. c.- *Fallo Veliz Linda Cristina*

En el "Recurso de hecho deducido por Veliz Linda Cristina s/ causa n° 5640", la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió favorablemente el planteo de inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 –actual artículo 11, conforme ley 25.430 por considerar que tanto el originario artículo 10 de la ley 24.390, como el actual artículo 11, resultan violatorios del principio de inocencia, el derecho a la igualdad (art. 16 C.N.) y el art. 4.5 CADH, toda vez que priva a determinada categoría de personas de los derechos previstos en la ley 24.390, en virtud de determinadas hipótesis delictuales.

El temperamento adoptado armoniza plenamente con la orientación marcada por los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos que han asumido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

Resulta atinente recordar que en el aludido caso "Nápoli" (Fallos: 321:3630) este Tribunal relevó lo afirmado por la CIDH, en el que se sostuvo que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados,

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Recurso de hecho deducido por Veliz Linda Cristina s/ causa n° 5640, consideró:

---

<sup>52</sup>CSJN, Fallo "Erika Nápoli otros s/ infracción art. 139 bis del C.P" causa N.284 XXXII, 321:3630 (1998)

1º) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal que anuló la resolución pronunciada por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 en cuanto había resuelto declarar la inconstitucionalidad del originario art. 10 de la ley 24.390 —aplicado al caso— y ordenar la revisión del cómputo de pena practicado respecto de Linda Cristina Veliz de acuerdo con el texto derogado del art. 7º de aquella ley, la defensa interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo dio origen a esta queja.

2º) Que la nombrada había sido condenada a la pena de doce años de prisión, doce mil pesos de multa y accesorias legales, en razón de que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 la consideró autora del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas (arts. 5º, inciso c, y 11, inciso c, de la ley 23.737). Agotada la vía recursiva activada contra dicho pronunciamiento, el órgano jurisdiccional aludido ordenó la realización del cómputo de pena respectivo, en el cual se fijó que el vencimiento de la pena se produciría el día 9 de octubre del año 2008, a las 24 horas, teniendo en cuenta que la condenada había sido detenida con relación al hecho de la causa el 10 de octubre de 1996.

3º) Que como consecuencia de ello, la defensa de L. C. V. observó el cómputo de pena efectuado por entender que el art. 10 de la ley 24.390 —en su versión original— había impedido a la nombrada beneficiarse con el cómputo de pena privilegiado (el denominado "dos por uno"), violando la garantía de igualdad y llevando al Estado argentino a incurrir en un incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de instrumentos de jerarquía constitucional. En razón de ello se propició la declaración de inconstitucionalidad de la citada disposición y se solicitó la realización de un nuevo cómputo de pena en el que se aplicase el privilegio denegado, todo lo cual —según se ha dicho— fue acogido por el juez de ejecución penal.

4º) Que para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad en cuestión, el tribunal a quo aplicó al caso la doctrina de Fallos: 318:2611, según la cual "el art. 10 de la ley 24.390 de ningún modo contradice lo dispuesto por el art. 7, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que si bien esta última disposición determina que se aplica a los procesados por

toda clase de delitos, lo cierto es que en el art. 32 se limita los derechos individuales al establecer que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

5º) Que en la apelación extraordinaria la defensa planteó que el art. 10 de la ley 24.390 resultaba inconstitucional por vulnerar principios de orden superior como lo son los de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, así como el de igualdad y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y arts. 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

6º) Que, en su dictamen de fs. 131/135, el señor Procurador Fiscal opinó sobre dicho tópico que la apelación federal carecía de la debida fundamentación autónoma que exige el art. 15 de la ley 48, por cuanto la defensa no se ocupó de refutar los argumentos expuestos en el precedente de Fallos: 318:2611, ni dio razones novedosas que hicieran ineludible su modificación. A partir de tales falencias concluyó que el recurso extraordinario no era procedente.

7º) Que en la medida en que se halla en tela de juicio la compatibilidad constitucional de una norma que integra una ley que se autodefine como reglamentaria del art. 7º, inciso 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la decisión objetada ha sido contraria al derecho en que la apelante funda sus agravios, el recurso extraordinario resulta procedente.

8º) Que si bien en el citado caso "Alonso" (Fallos: 318:2611) esta Corte se pronunció en el sentido indicado, un nuevo examen de la cuestión debatida practicado a la luz de la línea jurisprudencial trazada por este Tribunal en los últimos años a partir del bloque de constitucionalidad positivizado en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, lleva a la asunción de una posición contraria a la allí fijada.

9º) Que el art. 7º, inciso 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...".

10º) Que por su parte, la ley 24.390 —previo a la reforma introducida por la ley 25.430— determinaba un plazo fijo de dos años, junto a una prórroga de un año y a otra de seis meses, para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva, no hubiesen sido juzgados en forma definitiva. A su vez, el actualmente derogado art. 7º preveía la posibilidad de computar por cada día de prisión preventiva dos de pena privativa de la libertad.

Sin embargo, el art. 10 de la citada ley también establecía que "quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el art. 7º de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resulten aplicables las agravantes previstas en el art. 11 de esa misma ley".

Finalmente, debe remarcarse que la ley 24.390 se proclama reglamentaria del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9º en la versión originaria y 10 en la actual redacción).

11º) Que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable acordado a toda persona detenida se inserta dentro de un conjunto de disposiciones que intentan garantizar el derecho a la libertad personal (art. 7º de la citada Convención), las cuales no prevén restricción alguna para semejante derecho basada en el mero reproche o repulsa social que puedan tener determinadas conductas, por más graves que ellas puedan resultar.

12º) Que, en este sentido, el Tribunal ya señaló que "la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser— como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada..." (Fallos: 321: 3630).

13º) Que la sanción de la ley 24.390 también respondió a la necesidad de paliar un estado de situación insostenible en el país relativo a la duración de los procesos penales y a la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada.

En consecuencia, no resulta factible aceptar una disposición que no sólo contraría la naturaleza de la ley que integra sino que también supone para ciertas hipótesis delictivas la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación justamente pretende.

14°) Que la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable de duración del proceso.

Sobre el particular, corresponde destacar que la limitación a la libertad ambulatoria de quien aún se presume inocente frente a imputaciones de la clase de las mencionadas en la norma cuya inconstitucionalidad reclama la apelante, no puede encontrar otro fundamento que el propio de la prisión preventiva como medida de coerción procesal tendiente a evitar que se frustre la acción de la justicia ya sea por la concreta posibilidad de que el imputado se fugue o entorpezca el curso de la investigación; para lo cual, claro está, asume cierto protagonismo la entidad de la respuesta punitiva conminada en abstracto para dichos supuestos (que, en el caso, se materializa en una escala que se extiende de 6 a 20 años de prisión dada la calificación legal efectuada).

15°) Que lo recién afirmado no es más que la consecuente expresión del mandato que nos rige de hacer de la República Argentina no un mero Estado legal de derecho sino un Estado constitucional de derecho (Fallos: 328:3399, considerando 14), razón por la cual nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Ley Fundamental de la Nación por sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario.

16°) Que, desde esta perspectiva, los acuerdos suscriptos en materia de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes presupone necesariamente el compromiso de que su debido cumplimiento jamás puede significar la violación o supresión de derecho o garantía alguna consagrada en la Constitución Nacional. De lo contrario, ella misma quedaría a merced de la voluntad política coyuntural y, entonces, se desvirtuaría su propio carácter supremo, soslayándose el propósito de construir un Estado constitucional de derecho.

17º) Que, en tales condiciones, la decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 no sólo implica la afectación del derecho que ellas tienen a que se presuma su inocencia, sino que además importa la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también les confiere en su art. 7.5.

18º) Que el originario art. 10 de la ley 24.390 (así como el actual art. 11) termina por cristalizar un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el plazo razonable de encierro contra lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental.

19º) Que, en consecuencia, la aludida norma viola asimismo el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Linda Cristina Veliz, puesto que la priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida (art. 7º, inciso 5º, de la reiteradamente citada Convención).

20º) Que el temperamento aquí adoptado armoniza plenamente con la orientación marcada por los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos que han asumido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

21) Que, por lo demás, resulta atinente recordar que en el aludido caso "Nápoli" (Fallos: 321:3630) este Tribunal relevó lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo— en el caso "Suárez Rosero" (sentencia del 12 de noviembre de 1997), en el que se sostuvo que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola



naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (conf. párrafo 98).<sup>53</sup>

## *5.- Fallos de la Cámara Federal de Apelaciones*

### *5.1 Fallo Barbará Rodrigo Ruy s/ exención de prisión*

Siguiendo la jurisprudencia del fallo Nápoli, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (fuero ordinario de la Capital Federal) en el caso *Barbará, Rodrigo Ruy* del año 2003 la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declaró la inconstitucionalidad de la interpretación judicial que entendía que el artículo 316 del CPPN establece la imposibilidad de dar la excarcelación frente a algunas imputaciones, por presunción *iuris et de iure*.

El Dr. Donna en su línea argumental con notable claridad expresa:

La coerción del imputado, depende del sistema procesal que se siga, que a su vez, depende de la idea política que tenga el Estado sobre el fin de proceso penal. Argumenta que en nuestro país el modelo está basado en un Estado democrático y social, influido por el principio acusatorio, la privación de libertad no es utilizada como fin en sí mismo, esto es, como una pena, sino que sólo será un medio instrumental y cautelar, debido fundamentalmente a que se basa en la presunción de inocencia de la persona. Por eso se ha podido afirmar que el orden interno de un Estado se revela en el modo en que está regulada esta situación de conflicto, los estados totalitarios bajo la antítesis errónea de Estado- ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible del procedimiento penal. En un Estado de Derecho la regulación de este conflicto no se determina por aquella antítesis, sino que el Estado está obligado por ambos

---

<sup>53</sup> CSJN FALLO “Veliz Linda Cristina”, Letra V N° 210, Año XLJ, (2010)

finés, aseguramiento del orden por la persecución penal y la protección de la esfera de libertad del ciudadano.

En nuestro sistema constitucional, aún antes de la última reforma, el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, ya que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que le impida tal derecho (art. 14 C.N). La privación de la libertad antes de la sentencia, afecta este derecho constitucional, que además tiene como base al art.18 de la Constitución Nacional, que exige sentencia firme para restringir la libertad personal. A este panorama se agregan los Tratados sobre Derechos Humanos, antes explicitados, en virtud el art. 75, inc. 22.

En este sentido, las leyes procesales penales sólo vienen a reglamentar la Constitución Nacional, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a la libertad de la persona, dentro de ese marco normativo, ya que de lo contrario, esas normas procesales serían inconstitucionales (artículos 71 CADH; art. 91 DUDH; art. XXV DADDH y art. 91 PIDCP). Por eso la interpretación de las normas procesales, en este ámbito debe ser restrictiva, prohibiéndose la analogía en contra del imputado.

El estado de inocencia, entendido de esta manera, acompaña a la persona durante toda su vida (art. 18 C.N. y art. 14.2. PIDPC); luego las medidas de imposición y cautelares deben ser restrictivas y de acuerdo a los artículos antes mencionados. De estas ideas básicas se deduce que el estado normal de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es la libre locomoción (art. 14 C.N.), por consecuencia, la privación de libertad será excepcional (art. 280 C.P.P.N.).-

Ahora bien, existe otra finalidad del Estado, que también viene exigida por la propia Constitución, y que consiste en el afianzamiento de la justicia y en consecuencia el evitar la "guerra civil", y, una forma de llegar a este cometido es mediante la imposición de la pena.

Expresa que se puede restringir la libertad del imputado, sólo cuando la libertad del imputado lleve a un peligro de la realización del proceso, o de la aplicación de la ley sustantiva, y esto se da cuando el imputado obstaculice el proceso, falsifique pruebas, no comparezca al proceso,

de modo que, como se dijo, se eluda tanto el proceso previo, como la sentencia, que está amparado por la Constitución.

La restricción de la libertad personal del imputado, mediante la prisión preventiva o provisional, es sin duda la medida más gravosa que se puede infligir dentro del proceso. Como bien se ha dicho, "la prisión provisional constituye la medida más grave que puede sufrir el ciudadano en el proceso penal antes de su condena. El imputado, aun cuando no ha sido probada su culpabilidad, es privado del libre ejercicio de uno de sus derechos más preciados, el derecho a la libertad de movimiento, junto con otras restricciones adicionales. En este sentido, la prisión provisional afecta materialmente al derecho a la presunción de inocencia. Por eso es necesario buscarle límites, dentro, por supuesto, del respeto al Estado de Derecho.- argumentó que la detención provisional no persigue un fin de prevención general, ya que no se trata de una medida que tiende a tranquilizar a la comunidad inquieta por el delito, restituyendo la confianza en el derecho evitando que terceros caigan en el delito, si esta idea se admitiera, se estaría sosteniendo la idea de que se trata de una anticipación de la pena, y es por lo tanto, una primera e inmediata sanción. Se trata, de una descarada y hasta expresa función punitiva de la prisión preventiva y en consecuencia, vista la cuestión desde esta perspectiva, la prisión preventiva así entendida es inconstitucional ya que nadie puede ser penado sin juicio previo (art. 18 CN). Lo que es legal es realizar de inmediato la investigación por parte del Estado frente a la noticia de una posible comisión de un delito de acción pública. Y esto es suficiente para la satisfacción del interés público en la justicia, de acuerdo a las normas constitucionales.

Asimismo expresa que la coerción personal del imputado presupone la existencia de pruebas en su contra y la existencia de un peligro, que en caso de no imponerse la coerción, frustraría los fines del proceso. Estos requisitos son básicos para poder imponer la coerción personal. En síntesis, sostiene que la prisión preventiva sólo se ha de imponer cuando exista peligro de la frustración del proceso, y que no hay posibilidad de aceptar límites a la libertad del imputado que tengan que ver sólo con las escalas penales, tal como el codificador lo ha expresado de manera

terminante en el art. 316 C.P.P.N., expresión sin duda del origen de este código procesal. Por último expresa que si se quiere entender este código de manera armónica con las Convenciones de Derechos humanos, debe aceptarse que este artículo es inconstitucional cuando sea interpretado iuris et de iure y por ende, sólo rige el art. 319 C.P.P.N., en cuanto el tiempo de detención sea racional.<sup>-54</sup> En este mismo de orden expresa características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en sí misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas 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. Todas las Constituciones de los países occidentales, junto con los Tratados de Derechos Humanos, tienen la visión de que la coerción personal del imputado es la excepción y que su restricción o limitación solo es posible para asegurar cautelarmente que el proceso pueda desenvolverse para sus fines: falseamiento de las pruebas, y posibilidad de cumplimiento de la pena.

De todo ello concluye que la privación de libertad sólo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa, en cuanto a los fines del proceso, y explicitado de manera bastante clara, en uno de los pocos aciertos, por el art. 319 C.P.P.N. Lo que decide la cuestión es, sin duda la necesidad que influye en la imposición y mantenimiento de la medida de coerción. Si desaparece esta necesidad, ya sea por desaparición de las razones que la hicieron necesaria, o por su atenuación, la medida de coacción debe ser sustituida o debe cesar por otra más leve, lo que lleva a la idea de provisionalidad.

Se puede observar del fallo analizado, que el Dr. Donna con brillante exposición y fundamentación al emitir su voto, toma una postura garantista, que valora fuertemente la

---

<sup>54</sup> C. 21.143 - "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión" - CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala I - 10/11/2003

libertad del imputado, y con un enorme respeto y apego al mandato constitucional de respeto al debido proceso.

### *5.2 Fallo Chabán Omar Emir s/excarcelación*

Años después, y más precisamente el 15 de mayo de 2005 en el resonante fallo dictado de la Sala V de la Cámara Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y conocido como “fallo Chabán”<sup>55</sup>, los Sres. Camaristas, Dres. Garrigós de Rébora y Bruzzone, en una valiente y coherente postura, ya que estaba en juego la libertad del principal sindicado como responsable de la tragedia más grande de la historia Argentina, como fue Cromañón, donde 194 personas perdieron su vida, y cientos de otros padecen lesiones orgánicas de carácter irreversible, los camaristas sin temor a las críticas de los medios de comunicación, sin temor al desprestigio, sin temor a no complacer el pedido de justicia inmediata y como sea de los familiares de las víctimas y de la sociedad en general, argumentaron el siguiente fallo diciendo:

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.

Por ese 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 deben tener siempre carácter

---

<sup>55</sup> CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, "Chabán, Omar Emir s/excarcelación", 13/05/2005

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 todo en la tradición jurídica de Occidente, que sólo 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.- En efecto, nuestra Constitución, en el art. 18, y 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. 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 Cruels, Inhumanos y Degradantes, respecto del caso argentino el 10/12/2004, citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el mencionado fallo "Verbitsky" , en los siguientes términos: "... Considere revisar sus prácticas en materia de detención preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional..."

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.

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. 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 definitorio. 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.

Disidencia del Dr. Pociello Argerich<sup>56</sup>, quien sostuvo:

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. 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

---

<sup>56</sup> CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, "Chabán, Omar Emir s/excarcelación", 13/05/2005, juez Pociello Argerich, en disidencia.

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").- 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.

Como se advierte, el Dr. Pociello Argerich se opuso a la libertad de Chabán, y fundó su postura en el peligro de que se fugara el imputado y no se sometiera al proceso, es dable destacar al respecto que existen otros medios de coerción menos lesivos a las garantías del individuo sometido al proceso, y no por eso menos efectivos, que pueden asegurar la presencia del imputado en el juicio. Considero que si bien el Dr. Pociello Argerich compartió los argumentos expuestos por sus colegas en cuanto a la libertad durante la tramitación del proceso, no se pronunció en tal sentido, por los condicionamientos que generan los medios masivos de comunicación, por miedo al desprestigio, por temor a ser señalado por la sociedad.

### *5.3 Fallo Plenario 13 Díaz Bessone Ramón*

La tesis procesalista se vio reafirmada como doctrina obligatoria en este fallo plenario de la Cámara de Casación Penal del año 2008. Así, se estableció, en el fallo Díaz Bessone, como doctrina plenaria que:



No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.

Ha quedado claro en esta sentencia que toda prisión preventiva es una medida cautelar y debe ser tratada como tal, y que no basta con una restricción a la libertad que imponga la ley para que esta sea legítima, sino que debe respetar ciertos requisitos de constitucionalidad que hacen a la naturaleza de la medida cautelar (proporcionalidad, necesidad, excepcionalidad, justificación suficiente y adecuada).

La Dra. Ángela Ledesma, en el precedente fallo plenario 13, Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley,<sup>57</sup> al emitir su voto nos deja varias líneas argumentales, que son de vital importancia para el correcto dictado de la prisión preventiva y el respeto por la libertad y presunción de inocencia del imputado, ellas son:

- siempre que se aplique una medida de coerción se produce una agresión a la persona
- la aplicación sistemática del instituto de la prisión preventiva, en tanto excepcional, es incompatible con la Constitución Nacional.
- El dictado de una medida cautelar como la prisión preventiva sólo se puede imponer si se respetan sus principios rectores. Estos son: “mínimo de prueba de culpabilidad, excepcionalidad, interpretación restrictiva, proporcionalidad, gradualidad y subsidiaridad en la aplicación, judicialidad, provisionalidad y *favor libertatis*”.

---

<sup>57</sup> Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP -EN PLENO), Acuerdo 1/08. Plenario N° 13 “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, 30/10/2008.

- el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de peligro en la demora.
- Sólo puede dictarse prisión preventiva cuando no sea sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia, es decir cuando sea estrictamente imprescindible. Debe ser siempre la *ultima ratio*.
- No podrán valorarse, para acreditar el peligro de fuga, circunstancias como la reincidencia (art. 319 del CPPN), la reiteración delictiva, la existencia de causas en trámite o la concesión de excarcelaciones y rebeldías en procesos anteriores. Todas ellas son cuestiones que exceden las condiciones personales del imputado y la situación actual y concreta del caso.
- Para el caso en el que el peligro de fuga sea la única causal para habilitar la procedencia de la prisión preventiva, las autoridades judiciales pueden arbitrar otras medidas no privativas de la libertad a fin de asegurar la comparecencia del imputado.
- La norma que rige el instituto es el artículo 280 del C.P.P.N, el cual debe interpretarse en concordancia con los principios constitucionales.
- Los jueces pueden disponer una medida cautelar sólo cuando existan motivos suficientes que justifiquen la presunción contraria al principio de permanencia en libertad.
- El principio *pro homine* carece de aplicación si sólo se considera el monto de pena a los fines de restringir el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso.
- No pueden existir delitos inexcusables en tanto si así fuera el subsistema procesal que rige las medidas cautelares regulado para controlar la necesidad de su dictado, carecería de sentido.

- Es el Estado quien debe acreditar que existe riesgo concreto de frustración de los fines del proceso.

Estos fallos han significado un avance en el sentido de la vigencia de las garantías y del apego a los estándares internacionales en materia de prisión preventiva, podemos decir estos pronunciamientos han consagrado a la libertad como el bastión de nuestra carta magna, estableciendo que la medida cautelar de la prisión preventiva, excepcionalmente, y que sólo tiene lugar ante el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga del imputado, probado en el caso concreto. Es dable destacar una vez más, tal como lo sostienen los notables magistrados en los pronunciamientos analizados, la prisión preventiva es un medio para alcanzar los fines del proceso, y que hay que desechar de una vez y para siempre los postulados sustancialistas de los códigos de forma.

Estos fallos han constituido un haz de luz y coherencia con la ley fundamental, pronunciamientos como el del Dr. Donna, la Dra. Ledesma, el Dr. Bruzzone son de incalculable valor jurídico, atento que han reafirmado valores y han velado por la garantía de presunción de inocencia y el debido proceso.

*6-Fallo de la Cámara de Acusación penal de la Provincia de Córdoba. Tesis de las presunciones y de los indicios*

*6.1 Fallo Bravo*

En la causa “Bravo, Carlos Gerardo p.s.a. tentativa de robo”<sup>58</sup>, la defensa del imputado Carlos Gerardo Bravo, presenta un recurso de apelación en contra del Auto

---

<sup>58</sup> CAMARA DE ACUSACION DE LA PROVINCIA DE CORDOBA, “Bravo, Carlos Gerardo p.s.a. tentativa de robo”, expediente B/49/2010, 10/02/2011

Interlocutorio N° 275, de fecha 18/11/10, obrante a fs. 66/72 vta. de autos, que disponía rechazar el pedido de cesación de la prisión preventiva argumenta la defensa que, a su juicio, no existe peligro procesal concreto para el caso bajo examen ya que, si bien el encartado registra condena anterior y procesos pendientes ya elevados a juicio, el pronóstico punitivo en abstracto resulta de escasa gravedad, tornándose así innecesaria la subsistencia de la medida de coerción que oportunamente se le impusiera. Destaca el defensor que las causas elevadas a juicio también son de escasa gravedad, ya que en aquéllas se le atribuye a Bravo la comisión de los delitos de tentativa de robo –al igual que en la presente- y de hurto simple. Asimismo, el defensor expone como contra indicios que favorecen la posición de su pupilo procesal las circunstancias de que al tiempo de su aprehensión brindó su verdadera identidad, que no registraba pedido de captura en su contra ni declaración de rebeldía, sus condiciones personales y la carencia de recursos económicos como para solventar una vida en la clandestinidad.

El Dr. Pérez Barberá ingresando al tratamiento de la apelación interpuesta, realiza un análisis minucioso de la causa y expresa en su voto que debe revocarse la resolución adoptada, sólo en lo atinente a la medida de coerción oportunamente dictada en autos, correspondiendo, en consecuencia, la inmediata libertad del incoado Carlos Gerardo Bravo, fundamenta su voto y dice:

La última y sostenida jurisprudencia emanada por esta alzada –actualmente por mayoría– en lo que a medidas de coerción se refiere, establece la necesidad de efectuar una evaluación conjunta de los dos incisos del art. 281 CPP, siendo dirimente, en rigor, el examen que corresponde en virtud de lo dispuesto en el inc. 2° de dicha norma –peligro procesal concreto– (ver in re "Maza, Alejandro Antonio p.s.a. extorsión en grado de tentativa, etc.", AI 388 de fecha 03/11/06; "Olivares, Ángel Mariano p.s.a. robo calificado, etc.", AI 416 de fecha 4/12/06; "Guerrero, Pablo Martín p.s.a.

robo calificado”, AI 251 de fecha 5/12/06; y más recientemente “Irusta, Marcos Antonio y otra p.ss.aa. homicidio, etc.”, AI 182 de fecha 1/07/08, “Flores”, AI 492 de fecha 19/12/08; “Ferreyra”, AI 22 de fecha 27/02/09, entre otros). En virtud de ello debe realizarse un análisis de la situación concreta en la que se encuentra el imputado. Así, con relación a la situación procesal del encartado Carlos Gerardo Bravo en lo atinente al inc. 1º del art. 281 CPP, si bien es cierto que la escala penal conminada en abstracto para el delito cuya comisión se le atribuye en los presentes actuados (robo simple en grado de tentativa, en los términos de los art. 42 y 164 del CP) parte de un mínimo de 20 días de prisión y asciende hasta un máximo de 3 años de prisión, en virtud de que: a) la Cámara Décimo segunda del Crimen, mediante sentencia nº 45, de fecha 03/09/2004, lo ha condenado a la pena de 3 años de prisión efectiva por haberlo considerado autor de los delitos de resistencia a la autoridad, robo, robo agravado por uso de arma (2h), y tenencia ilegal de arma de guerra; b) la Cámara Primera del crimen, mediante sentencia nº 12, de fecha 08/05/2009, lo ha condenado a la pena de 1 año y 6 meses de prisión con declaración de reincidencia (conf. planilla prontuarial de fs. 20, constancias de S.A.C. de fs. 23/32, certificado de fs. 43, e informe del R.N.R. de fs. 44/48); y c) el encartado cuenta, además, con otros dos procesos que se encuentran actualmente en estado de citación a juicio, ambos por ante la Cámara Quinta del Crimen, por los delitos de hurto y robo en grado de tentativa (conf. constancias de S.A.C. de fs. 31/32), resulta prima facie inaplicable la norma del art. 26 del CP ya que, en el eventual caso de recaer nueva condena, ésta resultará, evidentemente, de cumplimiento efectivo. Por su parte, en lo que se refiere al inc. 2º del art. 281 del CPP, se advierte que las condenas mencionadas en el párrafo anterior son computables, en el sentido de lo dispuesto en el último párrafo de esa misma norma procesal. Pues bien, con respecto a ello este tribunal tiene dicho que el hecho de presentar el imputado una o varias condenas anteriores puede, en ciertos casos y frente a un determinado contexto indiciario propio del marco del llamado peligro procesal, constituir un indicio de peligro concreto de fuga. Y ello es así pues, en caso de nueva condena, ella deberá ser cumplida por el afectado en condición de reincidente, lo cual tornará más rigurosa su ejecución ante la no posibilidad de acceso a determinados beneficios

(legislados en la ley 24.660), imposibilidad que deriva precisamente de esa condición de reincidente, y frente a ello es razonable inferir que el imputado preferirá eludir la acción de la justicia antes que someterse a juicio (cf. en tal sentido las causas “Chiselino”, AI n° 156 del 29.08.2007; “Murúa”, AI n° 62 de fecha 24/04/2007, entre otras). Pero en otros precedentes este mismo tribunal –y también con su actual integración– ha dejado aclarado que la sola existencia de una condena anterior (o de varias) no tiene que conducir invariablemente a la negación del derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal, pues, en definitiva, que ello sea o no así dependerá del resto del contexto indiciario en todo lo atinente al juicio de peligrosidad procesal, a analizarse caso por caso (ver causas “Zabala”, AI n° 247 del 20/11/07, y “Cañete”, AI n° 235 del 23/11/07, entre otras; sobre la necesidad de un análisis caso por caso para evitar groseras violaciones constitucionales en esta materia véanse, entre otros, los citados fallos “Guerrero” y “Maza”). Este tribunal, en la causa “Lucero” (AI n° 76 del 13/03/09) ha sostenido que “...de los precedentes citados, analizados conjuntamente, surge que la sola existencia de condena anterior, per se, no permite inferir directamente la existencia de peligro procesal, pues ello dependerá de cómo tal indicio gravite en conjunto con otros. En consecuencia, en términos generales puede decirse que la existencia de condena anterior podrá fundar válidamente la existencia de peligro procesal cuando el resto del contexto indiciario refuerce o por lo menos no neutralice ni relativice la razonable inferencia recién mencionada en el sentido de que, atento la mayor rigurosidad en la ejecución de la eventual nueva pena que implica la condición de condenado, el imputado preferirá sustraerse de la acción de la justicia antes que arriesgarse a sufrir una (nueva) condena así. Pero cuando existen contra indicios serios en tal sentido, esto es, cuando ese pronóstico de mayor rigurosidad en la ejecución de la pena es neutralizado o relativizado por otras circunstancias del caso concreto o por la entidad de la pena pronosticada, la mera existencia de una condena anterior (o de varias) no será suficiente para fundar la existencia de peligro procesal...”. Asimismo se ha elaborado por esta cámara una sistematización de los criterios en lo que se refiere al llamado peligro procesal, para los casos en los que existe condena entre los antecedentes penales del imputado, a

saber:

a) Si al indicio de la condena anterior se le suma el indicio de un pronóstico de pena efectiva que es además de suma gravedad (tanto en abstracto como en concreto), existirá por regla peligro procesal concreto, pues dicha gravedad punitiva, además de reforzar la inferencia de mayor rigurosidad en la ejecución de la pena, es lo que habilita la aplicación de lo dicho por esta cámara en la citada causa “Irusta” (a la que cabe remitirse *brevitatis causae*), en el sentido de que, si bien es cierto que el indicio de un pronóstico de pena grave, por razones constitucionales, no puede fundar por sí solo el encarcelamiento preventivo, sí puede –por razones elementales de lógica inductiva– fundarlo en tanto a él se suma al menos un indicio de peligro procesal concreto, aunque éste sea débil considerado en sí mismo, atento el fuerte apoyo inductivo que ofrece un pronóstico de esa clase. Y esto es precisamente lo que ocurre en este grupo de casos: a un pronóstico de pena grave se suma el antecedente de una condena anterior. Este último indicio, por sí mismo, es demasiado débil como para poder fundar la existencia de peligro procesal; pero si a la condena anterior se le suma un pronóstico de pena grave, ya sí resulta en principio factible inferir la existencia de dicho riesgo concreto para el proceso. Este criterio ha sido aplicado, por ejemplo, en la causa “Pinto” (AI nº 61 del 24/04/07), entre otras.

b) Si ocurre lo contrario, esto es, si al indicio de la condena anterior se le suma el indicio de un pronóstico de pena efectiva pero de escasa gravedad en abstracto, no existirá por regla peligro procesal concreto, pues dicha escasa gravedad punitiva relativiza o en ciertos casos hasta neutraliza la inferencia de mayor rigurosidad en la ejecución de la pena, y habilita también la aplicación de los argumentos de “Irusta” para esta clase de casos, en el sentido de que un pronóstico de pena leve (incluso efectiva) es un fuerte indicio en contra de la posibilidad de peligro procesal, y para contrarrestarlo resultan necesarios contraindicios más contundentes que la mera existencia de una condena anterior. Este criterio ha sido aplicado, por ejemplo, en las causas “Zabala”, cit., y “Avila” (AI nº 34 del 03/03/09), entre otras.

c) Si al indicio de la condena anterior se le suma el indicio de un pronóstico de pena efectiva y de gravedad intermedia en abstracto, por regla podrá inferirse la existencia de peligro procesal concreto si otros indicios permiten pronosticar prima facie que la pena concreta, además de efectiva por la existencia de una condena anterior, no estará cerca del mínimo de la escala, por representar tales indicios circunstancias claramente agravantes para la determinación de la pena. Es lo que sucede cuando, por ejemplo, la extensión del daño causado, la naturaleza de la acción, etc. (CP, art. 41), valen con toda obviedad (esto es, sin entrar en detalles: prima facie) como circunstancias agravantes; o cuando, además de una condena anterior, el imputado cuenta con antecedentes penales que evidencian que ha sido sometido ya a otros procesos penales (CPP, art. 281, último párrafo), pues ello, en virtud de las reglas del concurso de delitos, ha de conducir a la fijación de una pena concreta de mayor entidad y, en consecuencia, puede “aumentar el interés del imputado en eludir la acción de la justicia” (Cafferata Nores, José – Tarditti, Aída, Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba comentado, Mediterránea, Córdoba, 2003, t. 1, p. 673). Al ser esperable, entonces, una condena grave en concreto (aunque intermedia en abstracto), resultan de aplicación los argumentos de “Irusta”: pena grave más otro indicio de peligro procesal (en este caso la condena anterior) puede conducir a tener por cierto dicho peligro. Este criterio ha sido aplicado por el tribunal en los autos “Lucero”, ya citados.

d) Si al indicio de la condena anterior se le suma el indicio de un pronóstico de pena efectiva y de gravedad intermedia en abstracto, por regla no podrá inferirse la existencia de peligro procesal concreto si otros indicios permiten pronosticar que la pena concreta, fuera de efectiva por la existencia de una condena anterior, estará cerca del mínimo de la escala, por representar tales indicios (prima facie: sin entrar en detalles) circunstancias claramente atenuantes para la determinación de la pena. Es lo que sucede cuando cabe calificar como circunstancia obviamente atenuante a, por ejemplo, la naturaleza de la acción o de los medios empleados para ejecutarla, o a la extensión del daño o del peligro causados, o a las costumbres del sujeto, o a los motivos que lo



determinaron a delinquir, etc. (CP, art. 41 incs. 1º y 2º). Este criterio ha sido aplicado en la causa “Cañete” (AI nº 235 del 23/11/07), entre otras.

e) Por último, es obvio que será factible inferir la existencia de peligro procesal si al indicio de condena anterior se le suman otros indicios de peligro procesal concreto que no estén relacionados con la entidad esperable de la amenaza penal, enumerados o no en el último párrafo del art. 281 del CPP (como por ejemplo declaración en rebeldía, capacidad económica para solventar una fuga, contactos con personas que faciliten al imputado eludir los controles del Estado, etc.). Este criterio ha sido aplicado en la causa “López” (AI nº 22 del 02/05/08), entre otras. Estimo que en el presente caso resulta de aplicación el criterio sub d), descripto supra.

En efecto, si bien el imputado Bravo presenta dos condenas anteriores impuestas ambas de manera efectiva, la pena esperable en abstracto para el delito que aquí se le imputa (robo simple en grado de tentativa, en los términos de los art. 42 y 164 del CP) parte de un mínimo de 20 días de prisión y asciende hasta un máximo de 3 años de prisión. Ahora bien, considerando las escalas de todos los hechos pendientes de juzgamiento que registra el incoado (otros dos hechos, consistentes en un hurto simple y un robo simple en tentativa, con más el de los autos del epígrafe), la escala penal aplicable iría de 1 mes a 8 años de prisión, y sería obviamente de cumplimiento efectivo (CP, art. 27, 1º párrafo). Pero en virtud de que en el presente proceso Bravo ha sido detenido con fecha 29/09/10 (conf. fs. 3), llevando actualmente más de cuatro meses privado de su libertad, estimo que el acceso a un régimen de libertad anticipada resultaría viable en un plazo relativamente corto.

Por ello considero que la pena esperable en este caso puede ser clasificada como de ‘gravedad intermedia’ y que prima facie puede decirse que es muy posible que, al momento de determinarse dicha pena, ella se ubique cerca del mínimo de la escala penal (entre otras cosas por el mínimo daño que este último hecho ha ocasionado a la víctima), quedando el encartado en condiciones de obtener su libertad, si no inmediatamente de dictada esa eventual condena, en un breve lapso a partir de aquella. Surge, pues, con evidencia que la prisión preventiva aparece en este caso como manifiestamente desproporcionada en relación con la pena esperable, por lo que debe

descartarse como medida de coerción aplicable. Recuérdese en tal sentido que el principio de proporcionalidad, en este contexto, exige no sólo que la prisión preventiva no sea más gravosa que la eventual pena a imponer, sino que debe ser menos gravosa que ésta (así Sergi, Natalia, Límites temporales a la prisión preventiva, NDP 2001/A, pp. 113 y ss.).

Asimismo, cabe destacar a favor del encartado Bravo que no surgen indicadores de peligro procesal concreto de los que se pueda inferir que el incoado se sustraerá del accionar de la justicia o pondrá en juego la normal tramitación del proceso, ya que de las constancias de autos surge que la investigación se encuentra cumplida, que no se logró la sustracción de ningún efecto por parte del encartado, que el incoado es una persona joven, que posee domicilio fijo (conf. coincidentemente acta de aprehensión, planilla prontuarial y declaración indagatoria, a fs. 3, 20 y 37/38 respectivamente), y que vive con su hermana, dos sobrinos y un tío. Asimismo, en razón de que no cuenta con medios económicos suficientes (conf. su indagatoria en la que consta que no posee ningún ingreso dinerario, fs. 37/38), no le sería fácil sustentar una fuga y mantenerse en la clandestinidad.

Por todo lo expuesto supra, considero adecuado revocar el auto apelado, aunque sólo en lo atinente a la medida de coerción oportunamente dictada, y en virtud de ello, ordenar la inmediata libertad del imputado Carlos Gerardo Bravo, la que deberá tramitarse por ante la fiscalía interviniente, bajo las condiciones que estimare pertinentes el inferior, sin costas (arts. 269, 281 a contrario sensu y ctes., 550 y 551 del CPP). Así voto.

Por otro lado y en contraposición a las argumentaciones del Dr. Pérez Barberá, el vocal Dr. Carlos Alberto Salazar, quien sostiene la postura tradicional en consonancia con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, dijo:

Disiento con la opinión vertida precedentemente por el vocal de primer voto. Con relación a la situación procesal del encartado Carlos Gerardo Bravo, y en lo atinente al inc. 1° del art. 281 CPP, es cierto que la escala penal conminada en abstracto para el delito cuya comisión se le atribuyen en los presentes actuados (robo simple en grado de tentativa, en los términos de los art.

42 y 164 del CP) parte de un mínimo de 20 días de prisión y asciende hasta un máximo de 3 años de prisión, pero en virtud de que: a) la Cámara Décimo segunda del Crimen, mediante sentencia n° 45, de fecha 03/09/2004, lo ha condenado a la pena de 3 años de prisión efectiva por haberlo considerado autor de los delitos de resistencia a la autoridad, robo, robo agravado por uso de arma (2h), y tenencia ilegal de arma de guerra; b) la Cámara Primera del crimen, mediante sentencia n° 12, de fecha 08/05/2009, lo ha condenado a la pena de 1 año y 6 meses de prisión con declaración de reincidencia (conf. planilla prontuarial de fs. 20, constancias de S.A.C. de fs. 23/32, certificado de fs. 43, e informe del R.N.R. de fs. 44/48); y c) el encartado cuenta, además, con otros dos procesos que se encuentran actualmente en estado de citación a juicio, ambos por ante la Cámara Quinta del Crimen, por los delitos de hurto y robo en grado de tentativa (conf. constancias de S.A.C. de fs. 31/32), resulta prima facie inaplicable la norma del art. 26 del CP ya que, en el eventual caso de recaer nueva condena, ésta resultará, evidentemente, de cumplimiento efectivo. Existiendo, pues, un pronóstico punitivo de condena efectiva, presunción iuris tantum de peligrosidad procesal, sólo resta analizar si ella se ve enervada en el caso concreto por alguna circunstancia específica, esto es, si el encartado Bravo presenta condiciones distintas del común denominador de los imputados por un delito, que no sean situaciones regulares (normales) en la generalidad de las personas sometidas a proceso (cf. TSJ, “Nieto”, cit., con remisión a “Montero”, s. 1 del 14/2/05, “Spizzo”, s. 66 del 7/7/06, “Mansilla”, s. 203 del 24/8/07, “Gallotti”, s. 113 del 28/9/06, “Rodríguez”, s. 137 del 31/10/06), no advirtiendo el suscripto ninguna circunstancia particular que pueda excluirlo de tal presunción. De esta manera y por las razones indicadas precedentemente concluyo que la medida de coerción se encuentra debidamente adoptada, debiendo confirmarse la resolución apelada, con costas para el recurrente.

El vocal Francisco Horacio Gilardoni, dijo:

Que comparte lo sostenido por el vocal de primer voto, adhiriendo en consecuencia a aquél y pronunciándose en el mismo sentido.

En el resolutive la cámara revoca el auto apelado en lo atinente a la medida de coerción

oportunamente dictada, y en virtud de ello, se ordena la inmediata libertad del imputado Carlos Gerardo Bravo.

Se puede advertir que en la decisión judicial se exponen las dos posturas justificativas que motivan la existencia de peligrosidad procesal, como ya expuse en el primer capítulo del presente trabajo, las posturas de referencia son sostenidas, una, por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en tanto que la restante es la más moderna por la Cámara de Acusación.

La postura tradicional, en este fallo la podemos observar en los argumentos sentados por el Dr. Salazar, denominada teoría de las presunciones, elabora el criterio justificador sobre la base de lo sentado por el Artículo. 281. Inciso 1° el CPP. de Córdoba que consagra la presunción "iuris tantum", de peligrosidad procesal cuando el pronóstico de condena indique la no procedencia de la condena de ejecución condicional. Es decir, no se efectúa ningún análisis en el caso concreto respecto a verificar si existen indicios que hagan suponer que el imputado intentará evadir u obstaculizar el proceso el accionar de la justicia

La postura más moderna, llamada teoría de los indicios, sentada en las ideas del Dr. Pérez Barberá, básicamente sostiene que la construcción presuncional en abstracto (art. 281 inc 1°) debe ir acompañada de vehementes indicios de que el imputado intentará entorpecer la investigación o eludir la acción de la justicia (art 281 inc 2°), es decir indicios fuertes y concretos de peligrosidad procesal.

Se puede advertir que ni la tesis de las presunciones desarrollada tradicionalmente por el máximo tribunal de la Provincia de Córdoba, ni la postura de los indicios desarrollada por la Cámara de Acusación Penal de la Provincia de Córdoba aplican el instituto de la prisión preventiva correctamente y conforme a la manda constitucional, las garantías allí dispuestas y estándares internacionales en materia de derechos humanos, ya que ambas receptan postulados de derecho penal material para fundamentar el riesgo para el proceso. Si bien la tesis moderna sostiene que al pronóstico punitivo hipotético, indicio de peligrosidad en abstracto receptado por la postura tradicional, debe ser analizado conjuntamente con los otros indicios previstos en el inc. 2°

exigiéndose la coexistencia de aquél con, al menos, un indicio de peligrosidad en concreto, pero al referirse a los peligros de peligrosidad en concreto hace mención a la reincidencia, antecedentes penales, condena anterior, criterios que más tienen que ver con el derecho penal de autor, de enorme semejanza a la pena, que con fines estrictamente procesales.

Los códigos procesales en modo alguno pueden establecer criterios de peligrosidad procesal en abstracto, es un error inconcebible y que vulnera fuertemente el principio de inocencia, admitir que toda persona acusada por un delito cuya pena supere cierto tiempo se le endilgue un estado de peligrosidad procesal por medio de un método abstracto, una ficción legal, dispuesta por el legislador, es decir, la peligrosidad para el proceso del imputado no puede ser analizada en virtud de criterios como el monto de la pena, de las características personales, la reincidencia delictiva, sino que debe tender al caso concreto, a las circunstancias objetivas y ciertas que permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción.

## **CAPITULO V-Propuestas de cambio y medios alternativos a la Prisión Preventiva.**

### *1. Propuestas que conducen hacia una correcta aplicación de la prisión preventiva*

En el presente capítulo se expondrán sintéticamente propuestas de cambio y medios alternativos a la prisión preventiva elaboradas por la doctrina.

Como punto de partida, es necesario que se produzca una profunda modificación normativa, especialmente en los códigos procesales penales, que si bien hace una década, ya comenzaron en sus procesos reformistas, dando lugar a los sistemas acusatorios, no han podido aún desechar y enterrar por completo los equivocados y caprichosos postulados sustancialistas.

Es imprescindible que los encargados de administrar justicia, dejen de lado la discrecionalidad y la arbitrariedad para el dictado de la prisión preventiva, se aten a los principios rectores para su dictado y que comprendan que los únicos criterios válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga, probados en el caso concreto, analizadas dichas presunciones sin tener en consideración los postulados sustancialistas, propios del derecho penal material.

En el año 2012 la INECIP (Instituto de estudios comparados de ciencias penales y sociales) elaboró un excelente informe con propuestas concretas que buscan limitar el uso abusivo de la prisión preventiva, y que resultan fundamentales a la hora de aplicar al encarcelamiento procesal como la última medida a la que se debe recurrir, ellas son:

#### *a. Oralidad como método para la toma de decisiones:*

La oralidad permite la realización y materialización del derecho de defensa en juicio, el principio de contradicción, *onus probandi*, intermediación, es decir, garantiza el

proceso adecuado para discutir todas las cuestiones vinculadas con la aplicación de una medida cautelar, permitiendo al juez, conocer, escuchar y observar a las partes, y dictar resoluciones de mayor calidad que le permitirá legitimar y jerarquizar su función frente a los ciudadanos. Para el fiscal y el defensor, la audiencia es el mejor escenario para realizar sus planteos y contradecir los de su adversario. Con la oralidad, los criterios sustancialistas no tienen lugar, pues la argumentación del fiscal respecto de que existe peligro de fuga por el monto de pena, el delito reprochado o por los antecedentes penales que posee el imputado, no constituye un argumento sólido; dado que carecerá de respaldo probatorio con relación a los riesgos procesales y resultará insuficiente e infundada.

*b. Audiencia de control de la detención y solicitud de medida cautelar:*

En la mayoría de los códigos procesales modernos, cuando la persona se encuentra detenida, se establece un plazo de 24 y 48 horas para que el Ministerio Público Fiscal requiera ante el juez la imposición de una medida cautelar, la audiencia se suele denominar control de la detención y/o formulación de cargos, es importante en términos de protección de derechos y garantías y en ella, se discutirá en primer lugar si la detención de la persona fue legal y luego el fiscal deberá efectuar la formulación de cargos ante el juez y el imputado, como así también requerir la medida cautelar que pretende.

*c. A petición de parte:*

La solicitud de la prisión preventiva debe ser a pedido de parte y resuelta por un juez. Esto ordena el rol procesal que le corresponde a cada actor y garantiza la imparcialidad del juez.

*d. Ultima ratio, subsidiariedad y gradualidad:*

Tradicionalmente la doctrina se refiere a la prisión preventiva como subsidiaria de las demás medidas cautelares, es decir, requiere que el operador judicial aplique las medidas cautelares en forma gradual de la menos lesiva a la más gravosa. La prisión preventiva en razón de su carácter lesivo debe ser la última del catálogo, y el fiscal tiene la obligación de explicar las razones por las cuales no resulta apropiado, ni suficiente la aplicación de cada una de las otras medidas cautelares menos lesivas. Esta exigencia obligará a los operadores judiciales evaluar si los riesgos para el proceso pueden ser neutralizados por otras medidas cautelares menos lesivas, restringiendo y reduciendo de este modo la utilización del encierro cautelar como primera alternativa.

*e. Duración de la medida:*

El fiscal que solicite el encierro cautelar, debe explicar el tiempo que durará la medida y acreditar su proporcionalidad y razonabilidad. La proporcionalidad en este aspecto no se vincula con la sanción a imponer sino con la investigación y duración del proceso penal, lo que implica discutir si es racional. En la actualidad, la mayoría de los sistemas legales no prevén este requisito y la razonabilidad del tiempo de encierro se define por los plazos abstractos y máximos previstos en la ley. Esto genera que el sistema se termine relajando, pues mientras se encuentre dentro de los plazos legales la detención será considerada válida.

Al establecer plazos en abstracto se exime al fiscal rendir cuentas de los avances de la investigación y de la necesidad de que la medida subsista. El hecho de que aquél explique el plazo que necesitará para recabar los elementos para fundar su acusación y llevar la causa a juicio, lo obliga a efectuar un examen más exigente sobre su necesidad real. La



consecuencia es que el juez, al momento de dictar la medida, fijará el plazo de duración y, previo a ello, la defensa podrá pedir su reducción.

La segunda cuestión, se relaciona con las consecuencias del incumplimiento de dicho término que se vincula con la necesidad de fijar controles ex ante y no ex post, como sucede hoy en día. El sistema que protege a la persona presa sin condena, debe necesariamente, funcionar con certeza y eficacia. Sólo reunirá estos requisitos si el Estado reacciona en forma inmediata cuando se afecta ese derecho.

El sistema de controles ex post de la prisión preventiva no cumple con esa finalidad, pues más allá de las modificaciones que se efectuaron a la ley 24.390, lo cierto es que analizar con posterioridad si el tiempo que ya cumplió una persona en prisión preventiva fue excesivo carece de lógica y al mismo tiempo de efectividad. Tampoco se puede establecer cuál fue el tiempo concreto que cumplió en exceso, dado que el plazo legal absorbe cualquier cuestión particular. De esta forma, fijado el plazo judicial de duración de la medida, una vez que opera su vencimiento, no queda otra respuesta que disponer su libertad.

*f. Lugar de detención:*

Otra de las cuestiones necesarias para la reducción de este instituto es garantizar la discusión sobre los lugares de detención. Este requisito no suele ser objeto de debate y tiene consecuencia directa con la situación carcelaria de nuestro país. El problema es similar al del plazo razonable, pues el sistema genera controles ex post en lugar de generar exámenes en forma previa sobre las condiciones de detención. Esto es así, porque una vez que se ordena la prisión preventiva y la persona es trasladada a lugares que no reúne los estándares legales, recién allí se interpone el habeas corpus para revertir esa situación.

La realidad de nuestro país demostró que lejos de ser un problema aislado la disposición de personas en lugares diferentes a las unidades penitenciarias, opera en forma sistemática en muchas jurisdicciones. Se instaló como una práctica institucional alojar a los presos preventivos en comisarías, alcaldías, destacamentos militares, etcétera. Si la persona es detenida en un lugar que no reúne los estándares internacionales ni lo previsto por la ley 24.660 (respecto a las condiciones y requisitos que deben cumplir los establecimientos carcelarios), la medida dispuesta resulta ilegítima.

Si bien este tema posee varias aristas, podemos decir que entre los mayores problemas se encuentra la inexistencia de una ley de cupo (que establezca el límite de detenidos y los mecanismos para revertir la superpoblación) y la discusión sobre la atribución de responsabilidades entre el poder ejecutivo y el judicial (respecto de quién es el responsable de esa situación).

Con relación a este último aspecto, existe una premisa que es bastante clara: la superpoblación se presenta y consecuentemente, el ingenio perverso de encontrar alojamientos no aptos para esos fines, porque el poder judicial dispone el encierro de personas más allá de lo que el sistema carcelario puede soportar.

Por lo tanto, se propone que el fiscal deba explicar en la audiencia oral dónde será alojada la persona y si ese lugar reúne las condiciones. Así se garantiza a la defensa adelantar los problemas (cuestionando la legitimidad de la medida si el lugar de destino no es el adecuado) y asegurarse de que no se vulnerarán los derechos de su defendido.

*g. Producción de información:*

La última de las propuestas hace foco en uno de los problemas que se observó en el relevamiento empírico y se refiere a la ausencia de prueba para discutir la procedencia de

los riesgos procesales. Al preguntar a los operadores judiciales sobre qué elementos probatorios se tenían en cuenta para aplicar la prisión preventiva, se hizo referencia a los antecedentes penales. Este aspecto resulta vital si se quiere modificar la concepción de este instituto, pues lo cierto es que, aún cuando se prevea la oralidad para la toma de decisiones, si no se garantiza y determina qué elementos se van a recabar para la discusión, se corre el riesgo de que el sistema se relaje y repita las prácticas que se pretenden eliminar.

En este esquema, cobra vital importancia la implementación de las Oficinas de Medidas Alternativas y Sustitutivas (OMAS) que tienen establecidas dos funciones diferentes. Por un lado, recabará elementos al momento de la detención sobre determinadas cuestiones vinculadas al imputado y procederá a constatarla por distintos medios a los efectos de entregar datos confiables e información de calidad. Ese informe será presentando a las partes para que en la audiencia discutan los puntos que consideren necesarios y evaluar la medida que pueda resultar adecuada.

La otra actividad se relaciona con que la oficina se encargará de controlar las medidas cautelares no privativas de la libertad, a los efectos de garantizar que aquellas serán supervisadas. Esta cuestión tiene incidencia en dos sectores distintos. Por un lado, los jueces estarán más tranquilos al momento de escoger una de ellas pues tendrán conocimiento de que hay un control de las pautas que debe seguir el imputado durante el proceso. Por el otro, la sociedad sabrá que esa libertad que obtiene la persona no es sinónimo de impunidad porque habrá un organismo que está realizando un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones asumidas.

En este mismo orden de ideas, la INECIP en el año 2012 elabora una propuesta normativa, que considero puede reducir drásticamente el dictado discrecional y abusivo de la prisión preventiva.

Como premisa principal dispone la INECIP en su proyecto legislativo que las medidas de coerción deben operar en forma excepcional y no podrán ser impuestas, de oficio, por el juez. El fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso, y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación:

- 1) La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen;
- 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
- 4) La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
- 5) La retención de documentos de viaje;
- 6) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa;
- 7) El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado;
- 8) La prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada o la contratación de un seguro de caución;
- 9) La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;
- 10) El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;

11) La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El requirente deberá, en este supuesto, brindar las razones de la improcedencia de las restantes. Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el fiscal o la querrela, el juez deberá imponerle alguna de las previstas en el presente Artículo, en forma individual o combinada.

Considero que es de vital importancia una reforma legislativa integral, acorde con los criterios sentados precedentemente, y que sin dudas nos va a conducir, hacia el uso correcto y excepcional de la prisión preventiva.

## *2. La Ley 5478 Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut*

En el año 2006 la legislatura de la Provincia de Chubut sancionó la ley nº 5478 nuevo código procesal penal, y no es casualidad que hoy en el 2013, la provincia de Chubut haya reducido drásticamente la superpoblación carcelaria, y en especial los presos sin condena. Hoy en día los condenados superan el 70 % de la población carcelaria y los procesados no llegan al 30%.

El Código Procesal Penal de Chubut en su artículo 227 dispone:

Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida menos grave para el imputado que su encarcelamiento, quien decida, aun de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

1) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que se disponga;

- 2) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará periódicamente sobre el sometimiento del imputado al proceso;
- 3) la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe;
- 4) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual él reside o del ámbito territorial que se fije, sin autorización previa;
- 5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- 6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y
- 7) la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas capaces y solventes.

Se podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y se ordenarán las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso estas medidas serán utilizadas desnaturalizando su finalidad o serán impuestas medidas cuyo cumplimiento fuere imposible por parte del imputado; en especial, no se impondrá una caución económica o no se determinará su importe fuera de lo posible, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.

Se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

Se puede advertir como los legisladores de la Provincia de Chubut se ocuparon del problema de la prisión preventiva y legislaron al efecto, para producir un cambio cultural

profundo sobre este lesivo instituto del derecho procesal penal, atándose a los estándares internacionales en materia de prisión preventiva, respetando la excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad y razonabilidad de la medida y creando una normativa que tenga a la prisión preventiva como última opción.

Como critica al citado artículo, sería conveniente siempre que la imposición de la medida cautelar sea a petición de Ministerio Público o querellante al juez de garantías, y que esta decida o no sobre la procedencia de la medida cautelar. Asimismo el artículo nada dice respecto a la posibilidad de la vigilancia electrónica como alternativa a la prisión preventiva, tema que trataré a continuación.

### *3. La opción de la Vigilancia Electrónica*

César Barros Leal expresa que la vigilancia electrónica puede ser empleada con acusados o condenados para diversos fines, entre los cuales, para mantenerlos en un locus específico, que generalmente es su propia casa, en días y horarios definidos por el juez; impedir que frecuenten o circulen por ciertos lugares (impropios) y/o se acerquen a determinadas personas (víctimas, testigos etc.); garantizarles el monitoreo continuo sin crear obstáculos a su circulación (Barros Leal, 2013).

Los sistemas pueden ser catalogados, pasivo, sin el GPS (Ground Position System), donde los individuos son supervisados por una central mediante un teléfono de red fija y contactados regularmente, a fin de verificar si están en los locales autorizados por el juez, siendo su identificación hecha por la voz, una contraseña, etc. Es más usado en casos de detención domiciliaria; O bien, Activo, con el GPS, un dispositivo móvil se acopla al procesado, y éste es monitoreado (sus desplazamientos, sus pasos son seguidos en tiempo real) por un satélite, que transmite señales a una central de control.

Barros Leal argumenta que el monitoreo, es un avance importante en materia de justicia criminal, es infinitamente menos costoso que la manutención de un preso en prisión preventiva, es éticamente correcto, incluso porque no suele ser impuesto, se aplica por la autoridad judicial, con la concordancia del ministerio público y el previo e indispensable consentimiento del potencial usuario. Empresas nacionales y extranjeras tienen know how suficiente para garantizar su viabilidad técnica, ofreciendo la provisión del equipo y asegurando el servicio de monitoreo; su eficacia y confiabilidad son comprobadas en naciones desarrolladas, con tradición de respeto a los derechos y garantías individuales; la evolución tecnológica está reduciendo el tamaño de los dispositivos portátiles, haciéndolos más sencillos, prácticos y discretos; disminuye las elevadísimas tasas de encarcelamiento, la sobrepoblación crónica y la convivencia promiscua, con el consecuente contagio criminal de detenidos por delitos menores o procesados con toda especie de criminales, algunos peligrosos; asegura la permanencia en el hogar del procesado, manteniendo los lazos afectivos y la manutención y el desarrollo normal de su trabajo. Ante la realidad cruel de la prisión preventiva y del sistema penitenciario, es positivo que el imputado espere el juicio en su residencia, cerca de su grupo familiar y social, de su trabajo, de sus estudios, alejado de un espacio insalubre como la cárcel (Barros Leal, 2013).

#### *4. La criminología cautelar y militante*

El Dr. E. Zaffaroni, llama criminología cautelar y militante, al hecho de asumir una posición desde el marco de una criminología cautelar preventiva y militante, la cual quizás sea lo más difícil por todo lo que ello implica, pues en Latinoamérica estamos intimidados por el descrédito que nos puede acarrear la publicidad negativa, por las difamaciones de que podemos ser víctimas, por las represalias que en algunos países



pueden tomar las agencias ejecutivas si nos involucramos con la realidad. Una criminología cautelar debe ser una criminología militante, porque se enfrenta a verdaderos guerreros mediáticos que siempre están fabricando nuevos “ellos”, para impulsar la venganza hacia la masacre, por eso la criminología debe ser militante si quiere ser cautelar, o sea, estar siempre atenta y vigilante para evitar la trampa que nos tiende el discurso que dice: esos “ellos” no, pero estos “ellos” sí, son los malos en serio. No es sencillo hacer una criminología militante, pues debe dejarse el sosegado espacio académico, para estar en la calle, en los medios, en la formación de profesionales, de operadores del sistema penal, del personal policial y penitenciario, escribir para el gran público, participar en el sistema, comprender las vivencias de sus operadores, calmar sus angustias, hablar con las víctimas, con los criminalizados, con sus parientes, estimular a quienes tienen la responsabilidad de equilibrar o prevenir el desequilibrio, investigar los discursos mediáticos, no desanimarse por los fracasos y no amedrentarse, no dejarse llevar por la ira, comprender motivaciones para prevenir errores de conducta, interferir en la política, acostumbrarse a ser mal visto, asumir el rol de portador de malas noticias (advertir que somos víctimas de una estafa es siempre una mala noticia) y, sobre todo, reproducir la militancia, porque no es una tarea individual sino que requiere de muchas voluntades, de muchas personas con consciencia del problema y con compromiso con la tarea de imponer cautela ( Zaffaroni, 2011).

Esta criminología cautelar –y militante–, indica Zaffaroni debe establecer tácticas, en especial en el espacio mediático, pero también en la comunicación personal directa, como asambleas, conferencias, ONG, ámbitos de reflexión, redes alternativas, entrevistas, etc., toda investigación debe tender a ser investigación-acción y no a quedarse en el puro nivel del conocimiento resignado, lo que se trata es de salvar vidas humanas y la criminología cautelar debe responder a ese imperativo ético (Zaffaroni, 2011).

## Conclusión Final

A lo largo de los capítulos de la presente investigación se ha podido advertir como el uso abusivo y discrecional del encierro cautelar, ha avasallado, vulnerado, y transgredido las bases del sistema acusatorio, y consecuentemente garantías y principios constitucionales del debido proceso penal, convirtiendo a la medida cautelar de la prisión preventiva en una verdadera pena anticipada.

Nuestra carta magna-ley Suprema de la Nación, como así también los tratados internacionales que gozan de idéntica posición en la pirámide de Kelsen le han otorgado y han revestido al individuo una serie de derechos y garantías, como la libertad, la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, a ejercer y organizar libre y eficazmente el derecho de defensa, como así también el de ser juzgado por un juez imparcial, luego de ser oído y haber contradicho as acusaciones del Ministerio Público Fiscal; es decir, derechos y garantías que acompañan al imputado durante todo el proceso penal, que aseguran la justicia y que sin dudas, limitan el poder punitivo del Estado, fortaleciendo fuertemente nuestro Estado de Derecho.

Si bien comparto el criterio que le otorga legitimidad constitucional a la medida cautelar de la prisión preventiva cuando pretende resguardar los fines del proceso ante la posibilidad concreta y verificación objetiva de riesgos procesales, considero que la legitimidad y procedencia de esta lesiva herramienta del derecho procesal penal debe darse dentro de los límites y de acuerdo a principios rectores establecidos en la Constitución Nacional y tratados internacionales. La prisión preventiva hoy día atraviesa un proceso de mutación, desnaturalización, y ha dejado de instrumentarse como un medio en miras a fines procesales, para comenzar a utilizarse con fines propios del derecho penal material o

sustancial, con enorme semejanza a la pena, con miras al control social, propio de los sistemas inquisitivos, desvirtuando el fin cautelar del encierro cautelar, para convertirlo en una verdadera pena anticipada, transgrediendo así las garantías constitucionales del debido proceso.

Claro está que el imputado se encuentra hoy en día frente al proceso en una situación de total indefensión, ya que para los encargados de administrar justicia, opera como regla el encierro preventivo, la presunción de culpabilidad, la morosidad judicial, es decir, el Estado utiliza esta herramienta del derecho procesal penal como herramienta de la política criminal y de lucha contra el delito, haciendo primar su posición dominante sobre la del imputado, satisfaciendo su interés tempranamente con el dictando de la prisión preventiva por la mera sospecha, presumiendo rápidamente su culpabilidad e invirtiendo los roles del proceso, ya que el imputado es quien termina impulsando el proceso con la incertidumbre siempre presente de si logrará su liberación o seguirá su situación de encierro.

En virtud de lo ya expuesto, y atento que nuestra carta magna, en su artículo 18 dispone claramente, que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, en modo alguno podemos afirmar entonces, que el debido proceso penal es el encierro sin juicio previo, de duración excesiva y moroso, y donde opere como regla el encierro y la presunción de culpabilidad, y penosamente es lo que en nuestros días se ve a diario, debido al dictado abusivo y por fuera de los principios rectores de los autos de prisión preventiva.

Ahora bien, existen otros factores que han contribuido de manera estelar en este flagelo, como son los medios de comunicación y los actores políticos, que han utilizado al encarcelamiento cautelar como una herramienta de la política criminal y de respuesta

punitiva ante la demanda de justicia de la ciudadanía. Vemos a diario como los medios de comunicación hablan de la inseguridad propiciando el endurecimiento de penas, mano dura, marcando la agenda de este modo, de los actores políticos, que salen a hacerse eco de este triste discurso de política criminal y enviar proyectos de leyes a las legislaturas provinciales y nacional con el fin de calmar el clamor público y por consecuencia obtener rédito político. Asimismo los medios de comunicación y la política han condicionado enormemente la independencia judicial, y los jueces muchas veces, por temor al desprestigio, al linchamiento mediático, dictan los autos de prisión preventiva, sin atender a la excepcionalidad de la medida y a los principios rectores para la procedencia de su dictado, un claro ejemplo de escrache mediático, lo podemos advertir, en el resonante fallo “Chabán” y el tratamiento que tuvieron los jueces que votaron por la excarcelación del Empresario Omar Emir Chabán por parte de los medios de comunicación y de la dirigencia política, acusándolos de “garantistas”, generando en la sociedad el repudio de un fallo ajustado a derecho en todos sus términos.

Todos estos factores expuestos han contribuido en el incesante crecimiento de la población carcelaria, hoy día supera holgadamente los 60.000 mil presos, y con el alarmante dato que más de la mitad no tiene condena, es decir, hay más de 30.000 imputados que gozan de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso, y sin embargo, se encuentran encarcelado al igual que los condenados, en los mismo establecimiento penitenciarios, no obstante que los cuerpos legislativos prohíben expresamente el alojamiento conjunto de condenados y procesados; situación que no hace más que afirmar el uso de la prisión preventiva como un anticipo de pena.

Por todo lo expuesto considero que para devolverle la naturaleza cautelar al instituto de la prisión preventiva, y así poder racionalizar el poder punitivo del Estado se debe:

- Realizar una profunda modificación normativa en los códigos procesales penales, aboliendo, desechando y enterrando definitivamente los equivocados y caprichosos postulados sustancialistas, propios del derecho penal material, con enorme semejanza a la pena, y que nada tienen que ver con el derecho procesal penal, y el fin cautelar de la prisión preventiva.
- Respetar las garantías constitucionales de presunción de inocencia, del debido proceso, y sobre todo garantizar el derecho a la libertad.
- La regla debe ser la situación de libertad del imputado como consecuencia ineludible de la presunción de inocencia.
- Para la procedencia del dictado del auto de prisión preventiva deben existir riesgos procesales concretos de entorpecimiento de la investigación o de intento de eludir el accionar de la justicia por medio de la fuga.
- Desechar toda posibilidad de encierro fundada en criterios propios del derecho penal material como son la alarma social, la peligrosidad del posible autor, el tipo de delito, la reincidencia, ya que desvirtúan la naturaleza cautelar del instituto de la prisión preventiva para convertirla en una verdadera pena anticipada.
- Se debe hacer un control periódico de la detención por parte del órgano judicial y verificar si subsisten cada uno de los presupuestos que motivaron el auto del encierro cautelar, y para el caso de desaparición de algún requisito ordenar la libertad, porque de lo contrario la transformaría a la prisión preventiva en una detención ilegítima.
- La relación entre la restricción del derecho y el fin cautelar no debe igualar bajo ningún aspecto a la pena, como expresa Natalia Sergi, debe existir una situación de

inequivalencia o desequilibrio entre ambas, ya que de lo contrario se convertiría a la prisión preventiva en una pena anticipada.

- La privación de libertad del imputado no debe exceder un término razonable, solo así se evita que por su excesiva duración la prisión preventiva se convierta en una pena anticipada, desvirtuando su fin cautelar.
- Los encargados de administrar justicia deben atarse a los principios rectores para dotar de legitimidad el auto de prisión preventiva, es decir deben observar los principios ya consagrados por los tribunales internacionales y de los cuales se han hecho eco la propia CSJN como así también tribunales de menor jerarquía, y dichos principios rectores no son otros que sospecha sustantiva de responsabilidad, peligrosidad procesal verificada en el caso concreto, excepcionalidad, provisionalidad, proporcionalidad, plazo razonable de detención; asimismo deben luchar los jueces y todo el conjunto de la sociedad por mantener la independencia del poder judicial, fuera de todo condicionamiento mediático o político, y solo velar por los derecho y garantías de la ciudadanía.
- Los medios de comunicación y la política tienen que comprender que la prisión preventiva no puede ser utilizada como una herramienta de política criminal y lucha contra el delito, y que su función para con la sociedad debe ser ejercida con mayor responsabilidad y conciencia social. Es decir los medios deben preocuparse por informar correctamente y no tendenciosamente, y los órganos políticos deben preocuparse por articular políticas que ataquen los problemas estructurales del delito, como es la falta de empleo digno, la salud, la vivienda, ya que sabido es que los

huéspedes habituales del sistema carcelario y sobre los que recae con habitualidad el poder punitivo, son los que pertenecen a sectores marginales de la sociedad.

- Por último, debemos todos los actores de la sociedad y en especial los que nos dedicamos al derecho, hacer lo que el Dr. Zaffaroni llama criminología cautelara y militante, dejar la quietud de los estudios jurídicos, la tranquilidad del anonimato, y salir a la calle a informar a la sociedad, pero con la verdad, a debatir en los medios de comunicación, a inmiscuirse en la política, a proponer cambios legislativos concretos, que causen cambios estructurales y a largo plazo, debemos desenmascarar las falsas políticas de seguridad, utilizadas como herramientas de corto plazo para calmar el clamor público, que como hemos dicho han conducido al encarcelamiento preventivo indiscriminado, y aún no rinden cuenta de su fracaso a la sociedad. En fin, no debemos quedarnos con el mero conocimiento improductivo, sino que llevarlo al campo de acción donde se debaten las ideas.

## BIBLIOGRAFIA

### *Doctrina*

- BARROS LEAL, C. (2013) *Vigilancia electrónica como alternativa a la prisión en el marco de la seguridad pública. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/vigilancia%20electronica%20penal.htm>*
- BINDER, Alberto M. (1993), *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- BOERI, CECILIA MARGARITA, (2012). *Prisión Preventiva y Morosidad Judicial*. Recuperado en fecha 06/07/2013 de [http://capacitacion.mpba.gov.ar/files/pdf/juridicoSocial/curso951/111013\\_encuentroDefPubPenal\\_tallerProcPenal\\_ponenciaBoeri\\_prisionPreventiva\\_morosidadJudicial.pdf](http://capacitacion.mpba.gov.ar/files/pdf/juridicoSocial/curso951/111013_encuentroDefPubPenal_tallerProcPenal_ponenciaBoeri_prisionPreventiva_morosidadJudicial.pdf)
- BOVINO A. Y BIGLIANI P (2008). *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Buenos Aires. Ed. Puerto Buenos Aires.
- BOVINO A. (2005) *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. del Puerto, Bs. As.
- BOVINO A. (2013) *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humano*. Recuperado de [http://www.robertexto.com/archivo14/encarc\\_prev\\_ddhh.htm](http://www.robertexto.com/archivo14/encarc_prev_ddhh.htm)
- BUTELER JOSE ANTONIO (2013). *Libertad durante el proceso: ¿regla o excepción?* Recuperado de <http://www.actualidadjuridica.com.ar/files/um2/200908052.pdf>
- CAFFERATA NORES, J.(2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed, Ed. del Puerto.



- CHIARA DÍAZ, C. (2007) *Las Medidas De Coerción Y La Inconstitucionalidad De La Prisión Preventiva.*, Santa Fé, Ed. Nova Tesis
- CIPPEC(2009). Costos para el Estado. Manutención de persona detenida. [versión electrónica]. *El costo social económico de la Prisión Preventiva en la Argentina*, 29, pag. 34.
- CORIGLIANO, M.(2013) *Plazo Razonable y Prisión Preventiva en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos.* Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista015/prision%20preventiva.htm>
- DOMINGUEZ HENAIN, Daniel (2000). *Ley 24.390 Prisión Preventiva: Plazo Máximo, Cómputo Del Encarcelamiento Cautelar.* Rosario-Santa Fe. Editorial Juris.
- FOGLIA, S.(2012). *La Insostenible Situación De La Prisión Preventiva.* Recuperado en [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)
- FERRAJOLI, LUIGI (1995). *Derecho Y Razón,* Madrid, Ed. Trotta.
- GONZALEZ FERREYRA SOLA, J.I.(2011). *Debido Proceso y Prisión Preventiva,* revista electrónica new pensamiento penal, recuperado de [http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04\\_1.pdf](http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf)
- MAIER, Julio B. J. (1996), *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Del Puerto de Buenos Aires.
- INECIP (2012), Instituto De Estudios Comparados En Ciencias Penales Y Sociales. Relevamiento Normativo, Jurisprudencial y estadístico en la Argentina [Versión electrónica]*El Estado de la Prisión Preventiva en la Argentina, 1ª edición,* Pag 12 a 22
- INFORME PRESENTADO EN EL 146º PERÍODO DE SESIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). *Uso Abusivo De La Prisión Preventiva En Las Américas.* Recuperado de

[http://www.dplf.org/sites/default/files/informe\\_sobre\\_el\\_uso\\_abusivo\\_de\\_la\\_prision\\_preventiva\\_en\\_las\\_americas.docx.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_sobre_el_uso_abusivo_de_la_prision_preventiva_en_las_americas.docx.pdf)

-LLOBET RODRÍGUEZ, Javier (2009). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968006.pdf>

-PASARA Luis (2013). La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Clima y presiones en torno a la Prisión Preventiva [*Versión Electrónica*], *Independencia Judicial insuficiente, Prisión Preventiva deformada (1)*, pag 5-21.

-PASTOR, Daniel R., Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo, *Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996*.

-SERGI, Natalia, *Límites temporales a la prisión preventiva*, revista electrónica new pensamiento penal, recuperado de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/28sergi.pdf>

.SERGI Natalia, Sergi N, *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

-SNEEP (2011), *Informe Nacional y Provincial del Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena (SNEEP)*. Elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal. Recuperado de <http://www1.infojus.gov.ar/sneep>

-VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Ed. Lerner, 1969, T.

I

-VITALE, Gustavo (2011), *Abolicionismo de la prisión preventiva. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*, Buenos Aires, Editores del Puerto. Buenos Aires.

-VITALE, Gustavo (2013) Hacia la eliminación de la cárcel para presuntos inocentes, revista electrónica new pensamiento penal, recuperado de <http://new.pensamientopenal.com.ar/16102007/doctrina01.pdf>

-ZAFFARONI E. R (2006). *El Enemigo En Derecho Penal*. Buenos Aires. Ed. Ediar.

-ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A. Y SLOKAR, A., (2002). *Derecho Penal Parte General*, 2º ed. Buenos Aires, Ed. Ediar.

-ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011). Criminología militante, *La cuestión criminal* Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 24, punto 52, pág. II, publicado el 03/11/2011, recuperado de [http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni\\_cuestion\\_criminal/17-24.la\\_cuestion\\_criminal.pdf](http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf)

-ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011). Criminología mediática, *La cuestión criminal* Suplemento especial del diario *Página 12*. N° 18 punto 41, pág. II, publicado el 22/09/2011, recuperado de [http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni\\_cuestion\\_criminal/17-24.la\\_cuestion\\_criminal.pdf](http://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf)

### ***Artículos Periodísticos***

-Dos jueces garantistas fueron los que liberaron a Chabán. *Diario Infobae*. <http://www.infobae.com/2005/05/14/183659-dos-jueces-garantistas-fueron-los-que-liberaron-chaban>

-Duras críticas de Buzzi. Jueces Garantistas. *Diario jornada.com* [http://www.diariojornada.com.ar/75493/Politica/Duras\\_criticas\\_de\\_Buzzi\\_Jueces\\_garantistas](http://www.diariojornada.com.ar/75493/Politica/Duras_criticas_de_Buzzi_Jueces_garantistas)

-Scioli cargo contra jueces garantistas. *Diario Panorama.com*

[http://www.diariopanorama.com/seccion/nacionales\\_16/scioli-cargo-contra-los-jueces-garantistas\\_a\\_37529](http://www.diariopanorama.com/seccion/nacionales_16/scioli-cargo-contra-los-jueces-garantistas_a_37529)

### ***Legislación***

Derecho nacional/Internacional

- Constitución Nacional Argentina (1994)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Comisión interamericana de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas

- Ley 25.430 Mod. Ley N° 24.390. Plazos de la prisión preventiva. Prórroga de la misma por resolución fundada. Facultades del Ministerio público. Alcances.
- Código penal Argentino
- Código Procesal Penal de la Nación
- Código Procesal Penal de Córdoba
- Código Procesal Penal de Mendoza

### ***Jurisprudencia***

C.S.J.N. “Mattei, Ángel S/ Contrabando de importación en Abasto”. Fallo 272:188, 29 de noviembre de 1968.

C.S.J.N. “Todres”, Fallo 280:297, del 18 de Agosto de 1971.

C.S.J.N. “Mozzatti, Camilo y otro”; Fallo 300:1102, del 17 de octubre de 1978.

C.S.J.N. “Firmenich, Mario Eduardo”. Fallo 310:1476, 28 de julio de 1987.

C.S.J.N., "Giroidi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación -causa No. 32/93", Fallo 318:514, del 7 de abril de 1995.

C.S.J.N. “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, Fallo 319:1840, el 12 de setiembre de 1996.

C.S.J.N., Fallo “Erika Nápoli otros s/ infracción art. 139 bis del C.P” causa N.284 XXXII, 321:3630, del 22 de diciembre de 1998.

C.S.J.N. Fallo “Veliz Linda Cristina”, Letra V N° 210, Año XLJ, del 15 de junio de 2010.

Comisión I.D.H. sentencia “*Jorge Gimenez vs. Argentina*”, Informe 12/96, del 1 de marzo de 1996.

Comisión I.D.H. sentencia “*Informe 2/97*” del 11 de marzo de 1996.

Comisión I.D.H. sentencia “José, Jorge y Dante Peirano Basso Caso 12.553 vs. Uruguay”, Informe 35/07, del 14 de mayo de 2007

Corte I.D.H., Sentencia “*Suárez Rosero vs. Ecuador*”, del 12 de noviembre de 1997.

Corte I. D. H., sentencia “*Acosta Calderón vs. Ecuador*” del 24 de junio de 2005.

Corte I.D.H. sentencia “*Bayarri vs. Argentina*”, del 30 de julio de 2008.

CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL., Sala I , "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión", 10/11/2003.

CNCRIM Y CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala V, "Chabán, Omar Emir s/excarcelación", 13/05/2005.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL (CNCP -EN PLENO), Acuerdo 1/08.  
Plenario N° 13 “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”,  
30/10/2008.

CAMARA DE ACUSACION DE LA PROVINCIA DE CORDOBA, “Bravo, Carlos  
Gerardo p.s.a. tentativa de robo”, expediente B/49/2010, 10/02/2011

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR  
TESIS DE POSGRADO O GRADO  
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	MANZUR, Federico Emir
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	29.420.148
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	PRISION PREVENTIVA ¿Medida Cautelar o Pena Anticipada?
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	Federicomanzur2010@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Empresarial Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> (Marcar SI/NO) <sup>[1]</sup>	SI
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	_____

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha:** Mendoza, 20 de octubre de 2014

\_\_\_\_\_

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en  
 esta dependencia.

\_\_\_\_\_

Firma

\_\_\_\_\_

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado.

<sup>[1]</sup> Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.