

El peligro procesal de fuga en el C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires.

Universidad: UES 21.

Nombre del Alumno: Juan Francisco Mandolesi.

Legajo nro.: VABG10079

Abstract	p.3
Introducción	p.5
Capítulo I. Consideraciones generales	p.9
1. Organización política y enjuiciamiento penal. Breve reseña histórica.....	p.10
2. El estado de inocencia en el procedimiento penal.....	p.14
2.1. Finalidad del enjuiciamiento penal.....	p.14
2.2. Concepto de verdad.....	p.16
2.3. Debido proceso.....	p.20
2.4. Estado de inocencia.....	p.35
3. La coerción personal.....	p.40
3.1. Concepto.....	p.40
3.2. Fundamento.....	p.40
3.3. Objeto. Finalidad.....	p.47
Capítulo II. Las medidas de coerción en el C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires	p.51
1. Principio de libertad en la tramitación del proceso.....	p.52
1.1. Protección de la libertad ambulatoria en el derecho interno.....	p.52
1.2. Protección de la libertad ambulatoria en el derecho externo.....	p.57
2. Presupuestos de procedencia (art. 146 del C.P.P.).....	p.60
2.1. Apariencia de responsabilidad.....	p.61
2.2. Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del procedimiento...p.62	
2.3. Proporcionalidad.....	p.64
3. Debida fundamentación de los requerimientos fiscales.....	p.67
Capítulo III. El peligro procesal de fuga	p.7
1. Mérito del peligro de fuga.....	p.74
1.1. Domicilio y arraigo.....	p.76
1.2. Pena en expectativa.....	p.80
1.3. Actitud del imputado frente al daño y la víctima.....	p.82
1.4. Comportamiento del encausado en el proceso u otro anterior.....	p.83

Capítulo IV. Acreditación del peligro procesal de fuga en la jurisprudencia.....p.86

1. Orden supranacional. Sistema Interamericano de Derechos Humanos -Corte y Comisión I.D.H.-.....p.87
2. Orden nacional y provincial.....p.104
 - 2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....p.105
 - 2.2. Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal.....p.113
 - 2.3. Jurisprudencia del T.C.P.-P.B.A.....p.128
 - 2.4. Jurisprudencia de primera instancia.....p.130

Conclusiones.....p.134

Bibliografía.....p.138

Resumen.

El estado de inocencia impone a los órganos de la administración de justicia el deber de tratar al imputado como inocente, y resultando el derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del proceso, la regla general, el encierro cautelar deviene necesariamente excepcional.

Yace aquí una de las claves que permiten valorar la vigencia material del Estado de Derecho, ya que el dictado de medidas de coerción personal con desapego a los principios emergentes del bloque de constitucionalidad, funcionan como penas anticipadas y no como remedio procesal a los peligros que eventualmente puedan aquejar una investigación.

Consiste el presente en una investigación de tipo descriptivo, bajo metodología cualitativa, cuyo objetivo general resulta ser indagar en qué condiciones se tiene por acreditado -debidamente fundado- el peligro procesal de fuga, estudiando para ello la normativa vigente en el ámbito bonaerense, nacional y supranacional, así como los criterios jurisprudenciales y doctrinarios mayoritarios a su respecto.

Cumplida la investigación, se confirmó la hipótesis de trabajo, concluyendo que la escala penal en abstracto, y el modo de ejecución de la pena, no constituyen por sí mismos -y desprovistos de criterios objetivos- fundamento válido de la concurrencia de peligro procesal de fuga.

Palabras clave: estado de derecho; estado de inocencia; libertad personal; coerción personal; peligro procesal de fuga; principio de proporcionalidad; severidad de la pena; pena anticipada.

Abstract.

The presumption of innocence requires from the justice administration the duty to treat the accused as innocent, and being the general rule the right to remain free during the conduct of the proceedings, the preventive prison becomes necessarily exceptional.

Here lies one of the keys that allows to evaluate material rule of law, since the enactment of personal coercion with indifference to the emerging principles of constitutional law, function as anticipatory punishment, and not as a procedural prevention remedy against the frustration of an on going penal investigation.

This work is a descriptive research, under a qualitative methodology, whose overall objective is to investigate under what conditions one can consider accredited -duly founded- a “flight risk”, studying for that matter the provincial, national and international law, as well as the major jurisprudential and doctrinaire criteria.

At the end of the research, the working hypothesis was confirmed. It is concluded that the penal scale, or the execution mode of a sentence, are not themselves -devoid of objectives criteria- a valid basis of flight risk.

Key Words: a state based on the rule of law; presumption of innocence; personal liberty; flight risk; principle of proportionality; severity of the penalty; anticipatory punishment.

Introducción.

Se manifiesta en el seno de la sociedad un reclamo hacia los operadores judiciales, acusando a los mismos de la construcción material de un sistema penal de “puertas giratorias”. Es con tal expresión que se materializa un clamor popular por mayor seguridad, el cual haya potencialidad multiplicadora a través de las agencias de comunicación social.

No se trata de una discusión o planteo actual el confrontar libertad con seguridad. Resulta un tópico por demás abordado en las ciencias sociales. Este conlleva en su interior la discusión acerca de la naturaleza del poder, la concepción del ser humano, las formas de gobierno, entre otros.

Cierto es que bajo una forma republicana, y en el marco de un Estado de Derecho, se le reconocen al individuo, y ello en razón de ser sujeto de derecho, una serie de garantías que actúan como freno al ejercicio del poder estatal. Es bajo esta concepción que se produce la génesis histórica del Derecho Penal Liberal, como recurso de la burguesía en ascenso frente al poder absoluto real.

Pero la consagración en el ámbito normativo de un Estado de Derecho, no resuelve la cuestión. Y es que dentro de todo Estado de Derecho existen prácticas que provocan, en lo material, la subsistencia de un Estado de Policía. Son los jueces en su ejercicio jurisdiccional diario, los que garantizan el cerramiento de ese Estado de Policía latente.-

El ejercicio del poder punitivo estatal es un recurso extremo, y como tal debe tener curso en última instancia (última ratio). Para que el mismo resulte legítimo debe, y ello en virtud del art. 1 de la C.N.¹, ajustarse al principio de razonabilidad, así como a sus justos corolarios de proporcionalidad, lesividad y humanidad.

De acuerdo a lo normado por el art. 18 de la C.N.², es condición necesaria para despojar del estado de inocencia de toda persona, la realización de un *juicio previo*. La garantía allí consagrada asegura a cada habitante que la restricción a sus derechos solo puede tener lugar en el marco de un *debido proceso*. En tal sentido, solo una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, tiene la entidad para quebrar tal estado. Hasta tanto, la persona debe ser considerada, y tratada, como inocente. Ello a pesar de que el hecho, así como su participación en el mismo, resulten verosímiles, o se trate de hechos flagrantes o por demás evidentes, e incluso cuando el mismo hubiere confesado.

Es en virtud de este *estado de inocencia* que debe garantizarse al sujeto la inalterable continuación de su circunstancia personal hasta el dictado de la sentencia. Como corolario del referido principio, resulta ser la libertad del imputado durante la tramitación del proceso, la regla, y la privación de la libertad, la excepción.

¹ Artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina.

² Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

Cabe aquí hacer mención al art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, incluido en el bloque de constitucionalidad a partir de la reforma del 1.994, el cual establece:

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Uno de los valores más altos del ser humano es su libertad de locomoción, motivo por el cual se considera que cualquier medida que afecte la misma debe resultar *imprescindible*, no pudiendo en el caso ser substituida por otra de similar eficacia pero menos gravosa.

Tomando estos parámetros, los ordenamientos jurídico-procesales contemplan la aplicación de medidas cautelares privativas de la libertad al solo efecto de salvaguardar los fines del procedimiento, esto es, neutralizar el peligro grave de que el imputado intentará *eludir el accionar de la justicia u obstaculizar la investigación*, o de que llegado el caso pretenda *sustraerse al cumplimiento de la pena*. Solo en la necesidad de evitar tales riesgos se encuentra la justificación a las medidas de coerción. Allí en los *fines* radica la diferencia entre la *coerción material* y la *coerción procesal*. Por tanto sólo en la prosecución de aquellos objetivos, la medida dispuesta no resulta una pena anticipada.

No obstante lo señalado, y a consecuencia de la creciente conflictividad social, suelen verse incrementadas las presiones sobre el Poder Judicial, reclamando a sus integrantes mayores medidas efectivas de encierro, siendo estas un falso remedio. En primer término, por pretender de los intérpretes del ordenamiento jurídico, la aplicación del mismo sin ajustarse a los parámetros del bloque de constitucionalidad, y en segundo lugar, porque una sociedad más segura es aquella donde se cometen menos delitos, no donde se encierran más personas. Corresponde penar, y corresponderá o no en cada caso el dictado de una medida coercitiva, pero si el deseo es una sociedad más justa (y si cabe entender “más justa” como aquella sociedad con una cifra delictiva baja), el trabajo no está en manos del Poder Judicial, sino en el Ejecutivo y Legislativo, a través de mejores políticas públicas de índole social.

Esclarecedor resulta el ejemplo numerosas veces citado por el Maestro Zaffaroni, quien relata que, si un individuo desea tomarse unas vacaciones, este no debe acudir a una carnicería, sino acercarse a una agencia de turismo. En tal sentido, los justos reclamos sociales frente una sociedad con tasa delictiva en ascenso, no tiene respuesta en los jueces.

La función jurisdiccional exige de los magistrados velar por las garantías procesales. Lo que algunos sectores insisten en denominar “garantismo”, o “juez garantista”, y ello con una clara connotación emocional negativa, no es más que un funcionario judicial cumpliendo con el rol y deber encomendados por la más alta normativa. Y es que no puede afirmarse la existencia de garantías si

³ Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ellas ceden frente a las presiones, porque justamente las garantías son para proteger al ser humano frente a aquellas.

Admitiendo la preexistencia histórica de este fenómeno -libertad versus seguridad-, el análisis de las medidas coercitivas privativas de libertad, nunca está demás. Y es que los principios constitucionales que se ponen en juego en oportunidad de resolverse la procedencia de las medidas coercitivas, son constitutivas de las bases mismas del sistema republicano. Difícilmente pueda sostenerse la vigencia real de una sociedad bajo tal forma de gobierno, si el respeto al estado de inocencia, y su consiguiente regla de libertad durante la tramitación del proceso, están en tela de juicio.

Cabe preguntarse entonces, si basta la mera invocación de antecedentes penales en cabeza de un imputado, o el monto de la pena en expectativa, como únicos elementos para hacer lugar a una medida de coerción. Lo que a su vez nos lleva a indagar por el lugar reservado a la valoración de las circunstancias personales del encausado al momento de dictarse una medida del estilo.

Se trata de una cuestión indiscutiblemente jurídica, pero cuya aplicación -a diferencia de lo que ocurre con otras ramas e institutos del derecho-, no solo interesa y resulta de relevancia a los operadores del derecho, sino a la sociedad en pleno. La materia en análisis se presenta a diario en los medios masivos de comunicación, e impacta en los nervios más sensibles de la sociedad. Se clama por el endurecimiento de penas, para que de tal manera, y con la consecuente modificación de las escalas penales, se excluya ciertos ilícitos de entre aquellos excarcelables. Se reclama la reforma de normas procesales, las cuales resultan concordantes con la carta magna nacional y con los tratados internacionales sobre derechos humanos, para permitir la procedencia de encierros preventivos como si de penas anticipadas se tratase.

En la firme y constante formación jurídica, así como en la predisposición laboral de los jueces, radica la vigencia del Estado de Derecho y de las garantías procesales inherentes al mismo.

No existe aquí ánimo de concretar una investigación novedosa, o el deseo de elaborar conceptos *sui generis*, sino llevar a cabo un estudio que permita colegir las condiciones que hacen a la acreditación del peligro procesal de fuga. El estudio de aquellos elementos que, obrantes en un expediente, habilitan el dictado una medida cautelar privativa de libertad, resulta necesario. Necesidad que radica, no solo en el análisis de sus elementos conceptuales, sino en su traducción práctica.

Tal resulta el objetivo del presente trabajo, abarcando el mismo cuatro capítulos. El primero de ellos comenzará por el repaso del devenir histórico del enjuiciamiento penal, y de las nociones estado de inocencia y coerción personal. En el capítulo siguiente se procederá al análisis de las medidas privativas de libertad en el marco del C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires, el cual comprenderá el estudio del principio de libertad durante la sustanciación del proceso, la debida fundamentación de los requerimientos fiscales, así como de los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares. Los

capítulos tercero y cuarto comprenderán, respectivamente, el análisis específico del peligro procesal de fuga, y el estudio de los criterios jurisprudenciales a nivel provincial, nacional, y supranacional, empleados al momento de valorar acreditado el mismo.

Por último he de agregar, que en pos de la consolidación de un efectivo Estado de Derecho, es imprescindible el abandono de antiguas prácticas. Deben dejarse atrás criterios únicamente basados en el análisis de la pena en expectativa. Una ajustada valoración de los elementos convictivos del expediente en oportunidad de dar tratamiento a la solicitud fiscal de una medida de coerción, deviene como uno de los desafíos más relevantes -y apasionantes- de la actividad jurídico penal.

Capitulo I

Consideraciones generales.

1. Organización política y enjuiciamiento penal. Breve reseña histórica.

En los trabajos de investigación jurídica, siempre resulta apropiado comenzar con un apartado dedicado al devenir histórico de la disciplina en que se indaga. En el caso del Derecho Procesal Penal esto cobra aun mayor relevancia, ya que puede advertirse en la evolución de la organización social, un fuerte correlato en la estructuración del poder penal del Estado (Maier, 2.004).

Sin apego a la cronología histórica, corresponde iniciar este repaso histórico en el derecho germánico, cuya nota característica resultó ser el sistema acusatorio privado. En el derecho germano antiguo no existía separación entre infracciones civiles y penales, considerándose toda infracción un quebranto de la paz (*friedensbruch*) con lo cual el sujeto perdía la protección jurídica de la comunidad, determinando ello la pérdida de paz (*friedlos*). La pérdida de la protección jurídica dejaba al sujeto a merced de la reacción -limitada- del ofendido, o de la tribu de este; y en el caso de las infracciones mas graves, cualquier miembro de la comunidad podía perseguirlo hasta darle muerte (pérdida ilimitada o absoluta de la protección y personalidad jurídica). Para la satisfacción del interés de la víctima se autorizaba la venganza (*fehde*) o la declaración de guerra (*blutrache*), y con el paso del tiempo se fue dando lugar a un instituto germánico típico: la composición. En este caso el ofensor debía acordar una enmienda con el ofendido, y efectuar un pago a la comunidad, a fin de recuperar su paz y protección jurídica completa (*fridensgeld*). Es dable destacar que en el caso de las faltas graves no se contemplaba la reparación económica del ofendido (Maier, 2.004).

El procedimiento judicial -en sentido estricto-, iniciaba luego de fracasar la composición privada (etapa extra-judicial). El enjuiciamiento penal previsto en el derecho germánico, no estaba estructurado en la búsqueda de la verdad histórica, sino “*a buscar la razón de alguno de los contendientes, por signos exteriores que la revelen directamente*” (Maier, 2.004, p. 264). El procedimiento se desarrollaba por ante un tribunal, conformado por una asamblea popular, que sesionaba en espacios públicos y abiertos, y era presidida por un juez. “*El procedimiento era oral, público y contradictorio, y consistía en una verdadera lucha por el derecho entre ambos contendientes a la vista del tribunal y mediante actos formales al extremo*” (Maier, 2.004, p. 266).

La prueba no se dirigía a demostrar un hecho, es decir, no se pretendía determinar la verdad de la hipótesis acusatoria, ni siquiera a generar convicción en el tribunal, sino que aquella resultaba un medio de lucha entre las partes, y mediante el empleo de formas sacramentales -como el juramento- las mismas pretendían reforzar sus invocaciones. Otro de los medios de prueba era el duelo, el cual daba por finalizado el litigio de las palabras, para llevarlo al ámbito del combate físico. Aquí, la victoria física se traducía como triunfo en el derecho (Maier, 2.004).

Posteriormente, con el reemplazo de la venganza privada y la supresión de la reacción física del ofendido -o su tribu-, por una acción procesal ante un órgano de justicia reclamando la imposición de una pena, se inicia la conformación del poder penal del Estado. La recepción del derecho romano-canónico, dio lugar a un proceso de concentración de la persecución penal en el Estado, concibiéndose al procedimiento como un método para reconstruir la verdad histórica. Con gran claridad el maestro Maier ilustra la relación y dependencia del sistema de enjuiciamiento penal y la organización política, tomando como ejemplos el absolutismo monárquico y el iluminismo. Por su parte, en el absolutismo monárquico, sistema que reunía todos los poderes emergentes de la soberanía en la figura del monarca, y en el que los intereses colectivos se encontraban por sobre los individuales -*salus publica suprema lex est*- refiere Maier que la forma de Estado se correspondía perfectamente, hasta en su estructura de poder, con el sistema de enjuiciamiento organizado con la Inquisición. Y es que en la figura del inquisidor también se reunía todo el poder estatal -por delegación del monarca-, quien ejercía todas las funciones procesales: acusación y juzgamiento, agregándose, a ello por no encontrarse el inquirido habilitado a ejercer su defensa (por no ser concebido como sujeto de derecho), que era el propio inquisidor quien velaba por este. Puede así apreciarse que el interés individual carecía de todo resguardo. Con el advenimiento del Iluminismo, y su contenido ideológico, así como el hecho político que constituyó la Revolución Francesa, con su programa liberal acerca del poder político y de las libertades individuales, se fue socavando aquella forma de organización. En este período los intereses individuales demandaron tutela, y se consideró al imputado sujeto de derecho, lo cual se tradujo en el marco del procedimiento penal, en la habilitación de éste a ejercer su propia defensa. El imputado era ahora titular de una serie de derechos emergentes de su condición humana, destinados a materializar la dignidad que la misma exigía. Estos derechos resultaban supremos, e inclusive debían primar por sobre la eficacia de la persecución penal estatal. Correlativamente a la división de poderes, como forma de debilitar el ejercicio del poder político centralizado y evitar posibles abusos, el derecho procesal penal intentó dividir las funciones procesales: acusación, defensa y jurisdicción (Maier, 2.004).

Puede así advertirse como a la par de las modificaciones que se introdujeron en las formas de organización social humanas, el procedimiento penal fue mutando, siendo un fiel reflejo de aquellas. El crecimiento del poder penal estatal en sus etapas iniciales trajo aparejado una profunda afectación de las condiciones de seguridad y libertad, colocándose a los individuos al arbitrio de los órganos del Estado. Esta circunstancia motivó la creación de un procedimiento adecuado para investigar la verdad y lograr certeza en la reconstrucción histórica de aquello que -según se afirmaba- había acontecido. Posteriormente, y tras el advenimiento de corrientes políticas que propugnaban un mayor respeto por la condición humana, la discusión se asentó sobre los métodos empleados en el curso de la investigación, convirtiéndose en deber del Estado mejorar los mismos, con el fin de evitar recaigan sentencias condenatorias sobre personas inocentes (Maier, 2.004).

Las ideas políticas que constituyeron los pilares básicos de las democracias modernas, basadas estas especialmente en el respeto a las libertades individuales, tuvieron su justo reflejo en el enjuiciamiento penal. Así, el reconocimiento al encausado de un marco de garantías que lo protejan del abuso de poder, y que le confieran la posibilidad de intervenir efectivamente en el desarrollo del mismo, determinaron finalmente la relativización de las metas perseguidas por la administración de justicia. Refiere al respecto el Maestro Maier:

Aquí se nota con toda su fuerza el conflicto de intereses que reside en la base de la función judicial del estado en lo penal: por una parte, la necesidad de hacer efectivo el poder del Estado en aquellos casos reales que fundan su aplicación y, para ello, la necesidad de averiguar la verdad histórica acerca de los comportamientos de los individuos sospechados como delictivos, con el fin de garantizar las condiciones imprescindibles de la coexistencia social pacífica, y por la otra, el interés individual en la propia vida, con el goce de todas las libertades y bienes jurídicos que el derecho concede, interés que, en definitiva, también a asumido como social, según se demuestra en muchos momentos del procedimiento penal (Maier, 2.004, p. 90).

Es decir que la meta absoluta de obtener la verdad histórica está actualmente subordinada, y debe ceder a una serie de valores del individuo, que impiden lograrla a través de métodos indignos para la persona humana. Esta ponderación de valores que realiza el derecho penal adjetivo puede en determinadas circunstancias impedir su función de realizador del derecho penal sustantivo. Y esto es porque no se trata de alcanzar la verdad a cualquier precio, sino que habrá de lograrse respetando la dignidad de la persona sindicada como autora del comportamiento afirmado como existente, así como de todas aquellas que se ven envueltas en el desarrollo del mismo (Maier, 2.004).

La limitación de los poderes del Estado es la nota característica del Estado de Derecho. La cuestión de cómo y hasta dónde se instrumentan esos límites atañe a la constitución política del Estado. Por esto es que renombrados autores en la materia han señalado que “El proceso penal de una Nación es el termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de la constitución” (Goldschmidt, 1.935, p. 67), o bien se observa al Derecho Procesal Penal como sismógrafo de la constitución del Estado (Roxin, 2.003, p. 10), porque con razón se afirma que el es, al menos parcialmente, Derecho Constitucional reformulado (Baumman, 1.986, p. 29)⁴.

Desde este punto de vista refiere Maier, “*el derecho procesal penal es una estatuto de garantías, en especial de quien resulta perseguido penalmente, garantías que, incluso se supraordinan a las demás funciones que también se le reconocen*” (Maier, 2.004, p. 91).

Estos límites al poder de persecución penal del estado, que protegen tanto al inocente como al culpable por igual, con el objeto de que no se alcance una condena a costa de su dignidad personal -o sin posibilidad de defender su punto de vista-, son las características que hacen del proceso penal, un proceso judicial, y determina el legismo procesal en que consiste su regulación (Maier, 2.004, p. 91).

⁴ Citados por Maier, 2.004, p. 91.

2. El principio de inocencia en el procedimiento penal.

2.1. Finalidad del enjuiciamiento penal.

El estudio del derecho procesal penal no puede abordarse prescindiéndose enteramente del derecho penal. La vinculación entre ambos es íntima. Con el derecho penal sustantivo se concreta la monopolización del poder penal en el Estado, y con el procesal se estructura este poder, determinándose sus órganos, así como las funciones, atribuciones y deberes de estos (Maier, 2.004). Asimismo el derecho penal, partiendo de un punto de vista abstracto, determina las conductas disvaliosas; y por su parte el ordenamiento procesal, determina -en el caso concreto- las condiciones en que tales conductas serán pasibles de sanción penal (Caferatta Nores y otros, 2.004).

Tan íntima es esta vinculación, que las variaciones conceptuales del derecho penal sustancial determinarán la mutación del enjuiciamiento penal previsto. En tal sentido puede señalarse que, un derecho penal de autor demandará -y por ello determinará- la existencia de proceso que permita comprobar que personas son proclives a violar normas de conducta elementales a la convivencia pacífica, es decir, un procedimiento que permita anticipar el futuro y llevar a cabo una correcta prognosis; y en el otro extremo, un derecho penal de acto demandará otro tipo procedimiento, uno que se halle orientado a la comprobación del pasado, a la búsqueda de la verdad histórica (Maier, 2.004).

Las influencias puede advertirse son recíprocas, pero como ya se señalara, el derecho procesal penal se encarga finalmente de determinar en qué condiciones la conducta que se somete a investigación será punible. Y en este sentido se ha dicho que el derecho penal “*no le toca al delincuente un pelo*” (Beling, 1.943)⁵, y resulta el derecho procesal penal el instrumento imprescindible para la realización del primero. Esta condición del derecho procesal penal lo coloca como límite al derecho penal, y en definitiva, del poder punitivo del Estado.

La realización del derecho penal requiere de un procedimiento de comprobación, que sin desmedro a la dignidad humana, logre demostrar en el caso concreto la existencia del hecho investigado, y sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, así como su autoría y culpabilidad. Ésta necesidad de un procedimiento de comprobación previo a la realización del derecho penal, surge del art. 18 de la C.N.⁶, y si bien coloca al derecho procesal como límite, esto no significa actuar como impedimento. El derecho procesal debe permitir una adecuada actuaciones de los órganos judiciales frente a una

⁵ Beling, E., “Derecho Procesal Penal, trad. del alemán por Ricardo C. Nuñez y Roberto Goldschmidt, Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Universidad Nacional de Cordoba. 1.943. Citado por Baigun, D. y Zaffaroni, E. R., “Codigo Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia”, t.2, ed. Hammurabi, 2.002, bs. as., p. 739), “*que el asesino merece pena de muerte, y el ladrón la de prision, y que el Estado tiene tal o cual pretensión punitiva contra el delincuente. Pero el mundo de los criminales puede burlarse de los paragrafos, que solo viven en el papel, hasta tanto el derecho penal no actúe realmente. La realización del Derecho Penal es tarea del Derecho Procesal Penal...*”.

⁶ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

afirmación razonablemente fundada de que se ha cometido un delito, pero instrumentar la realización mediata del derecho penal no puede derivar en la práctica como una pena anticipada.

Se refuerza la idea que entiende al proceso penal como la primera parte del castigo, con la aplicación de medidas de coerción personal durante la tramitación del proceso. Estas medidas sin una prudente aplicación transforman al proceso penal en instrumento de realización inmediata del programa punitivo del Estado. Es decir, que el derecho procesal penal carece de función punitiva propia (Caferata Nores y otros, 2.004).

Se puede aquí ya practicar una conceptualización del proceso penal, señalado que el mismo resulta ser *una serie de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal, y que son cumplidos por los órganos públicos, particulares obligados y autorizados a intervenir, por medio de los cuales se procura investigar la verdad sobre la acusación de un delito, para que en caso de corroborarse la hipótesis acusatoria, actuar concretamente la ley penal sustantiva* (Vélez Mariconde, 1986, p. 144).

Queda así descartada la función punitiva del enjuiciamiento, centrando esta su función (inmediata) en la búsqueda de la verdad histórica, para así posteriormente, y en caso de corroborarse la hipótesis que origina el expediente, cumplir con su función mediata (la realización del derecho penal sustancial).

Sostiene al respecto Ferrajoli:

De ahí se deriva un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones -de hecho o de derecho- de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal (Ferrajoli, 1.995, p. 37).

Colocando a la reconstrucción histórica del hecho -o averiguación de la verdad histórica- como fin inmediato del enjuiciamiento penal, se da el primer puntapié en la construcción de un modelo de proceso cognoscitivista, ajustado a los principios republicanos emergentes de la Constitución Nacional.

A partir de esta concepción cognoscitivista del proceso resulta un modelo límite -ideal-, y gráfica Ferrajoli estas limitaciones señalando que: *“El juez no es una máquina automática en la que por arriba se insertan los hechos y por abajo se sacan las sentencias, acaso con la ayuda de algún empujón cuando los hechos no se adaptan perfectamente a ella”* (Ferrajoli, 1.995, p. 38). La idea de que un perfecto silogismo judicial permita la verificación absoluta de los hechos, es una ilusión metafísica dice el nombrado autor. Agregando que las condiciones de uso del término “verdadero”, así como los criterios de aceptación de la “verdad” en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de mayor o menor margen de discrecionalidad. En estos espacios discrecionalidad en el ejercicio de la actividad judicial, se insertan prácticas que pueden atentar contra la naturaleza del

enjuiciamiento penal, y en consecuencia contra organización política de la sociedad. Ferrajoli distingue estas esferas o espacios de discrecionalidad en cuatro grupos: el poder de interpretación o de verificación jurídica; el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; el poder de connotación o de comprensión equitativa (distinguir grados entre hechos con idéntica calificación legal, ya que dos hurtos nunca son idénticos en su criminalidad); y el poder de disposición o de valoración ético-política (principio de oportunidad). Sin perjuicio de las limitaciones que puedan provenir de estos espacios de poder discrecional, Ferrajoli advierte que aquellas no impiden que un modelo cognoscitivista del proceso (inserto en un modelo garantista del sistema penal) pueda ser satisfecho -en mayor o menor medida- según las técnicas legislativas y judiciales que se adopten (Ferrajoli, 1.995).

Refiere Ferrajoli:

En realidad, hay que distinguir hasta qué punto su inaplicación depende de límites intrínsecos, como son los márgenes insuprimibles de opinabilidad en la interpretación de la ley, en la argumentación de las pruebas y en la valoración de la especificidad de los hechos, y hasta qué punto, en cambio, se debe a espacios normativos de arbitrio evitables o reducibles y a lesiones de hecho en el terreno judicial” (Ferrajoli, 1.995, p. 40).

2.2. El concepto de verdad.

La construcción de un modelo de proceso cognoscitivista requiere ineludiblemente indagar en el concepto de verdad, lo que permitirá asimismo distinguir distintas epistemologías procesales.

Cafferata Nores sostiene que “*la verdad que se persigue en el proceso penal es, a diferencia de lo que sucede en sede civil, la históricamente ocurrida, denominada verdad material, verdad correspondencia o verdad real*”, y agrega “*que ‘verdad’ es la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad*” (Cafferata Nores, 1.998, p. 6).

En igual sentido Maier refiere que *verdad* es la relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado, ello si nos referimos al pensamiento motor, creador de objetos; en el caso del pensamiento reproductor, copiadore de objetos reales, verdad es la relación de conocimiento que se establece entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, o a conocer, trascendente a él. Es decir que desde este ángulo, verdad es la representación ideológica correcta de una realidad ontológica. Verdad es un juicio que se practica respecto de una relación de conocimiento. Es calificar como exitosa la relación de conocimiento que se ha entablado entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer. Podemos así valorar una relación de conocimiento cuando existe *identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto y el objeto mismo* (Maier, 2.004).

Estas definiciones refieren a una noción de verdad como correspondencia, a una “verdad objetiva”, esto es, una concepción de verdad en términos absolutos, cuya expectativa de logro resulta ser solo

una expresión de deseos, o una “*ingenuidad epistemología de las doctrinas jurídicas ilustradas del juicio como aplicación mecánica de la ley*” (Ferrajoli, 1.995, p. 50).

Cafferata Nores entiende que:

la verdad, como correspondencia entre el hecho delictivo del pasado y lo que de él se haya podido conocer en el proceso, es una aspiración ideal, a la cual no se llega en forma sencilla, tanto por las limitaciones propias de su naturaleza “histórica” (...), los problemas, rutinas y prejuicios que influyen en la percepción judicial (Cafferata Nores, 1.998, p. 7).

Por su parte Ferrajoli refiere que a partir de la concepción de “verdad jurídica” que se sostenga, y que se pretenda alcanzar, se construyen dos epistemologías de enjuiciamiento penal (cognoscitivista y decisionista). Así el autor italiano contrapone una *verdad sustancial o material*, a la cual aspira un modelo sustancialista del derecho penal (autoritario); a una *verdad formal o procesal*, perseguida por el modelo formalista (garantista).

El nombrado autor caracteriza a la verdad sustancial o material como

una verdad absoluta y omnicomprensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal (Ferrajoli, 1.995, p. 44).

Al momento de referirse a la verdad formal o procesal señala que la misma se alcanza

mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética “verdad sustancial”: en el cuádruple sentido de que se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, de que debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, de que es siempre una verdad solamente probable y opinable y de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción de no culpabilidad, o sea, de la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias. Este, por lo demás, es el valor y, a la vez, el precio del “formalismo”: que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables (Ferrajoli, 1.995, p. 45).

Como se anticipara, estas diferencias en el concepto de verdad modifican el horizonte de proyección -radicalmente-, lo que culmina con la existencia de modelos penales distintos, pudiendo

trazarse una distinción a grandes rasgos entre modelos *autoritarios* y *garantistas*, dejando a salvo la existencia de distintos sistemas penales, que pertenecerán en mayor o menor grado a uno u otro, conforme los derechos y garantías reconocidas a los individuos.

En los *modelos autoritarios*, o de *epistemología inquisitiva*, la desviación penalmente relevante no tiene carácter formal, sino sustancialista u ontológico, no interesa tanto el delito -como conducta tipificada por el ordenamiento jurídico penal-, sino el contenido inmoral y antisocial de la conducta, proyectándose inclusive más allá, recayendo el objeto de conocimiento y tratamiento penal en la persona del delincuente, portador de maldad o antisocialidad. Este *sustancialismo penal* y *cognoscitivismo ético*, encierra sujetos no por mandato legal, sino por la laxitud de las mandas legales que permiten que criterios extrajurídicos de calificación o de valoración construyan una pretendida “verdad”. El sustancialismo penal es contenedor de una confusión entre el *derecho* y *moral* o *derecho* y *ética*, que permite discriminaciones subjetivas e invasiones en la esfera de libertad individual (Ferrajoli, 1.995).

El *sustancialismo penal* de los modelos autoritarios requiere finalmente de un instrumento acorde que permita su realización. Este es una pieza esencial que le permitirá al Estado desarrollar su programa penal. Así es como surge el segundo carácter propio de los modelos autoritarios, el *decisionismo procesal*, es decir, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio de verdad. El decisionismo es el efecto de la falta de anclaje empírico preciso, de la ausencia de referencias fácticas, y genera consiguientemente un alto grado de subjetividad. Esto lleva a resoluciones judiciales basadas en valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas antes que en pruebas de hecho.

El *decisionismo penal* provoca

una acentuación, hasta los límites de la arbitrariedad, del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal (Ferrajoli, 1.995, p. 41).

En los modelos autoritarios el enjuiciamiento penal, al igual que un juicio ético o estético, se convierte en un juicio sin verdad, no un juicio de hechos verificables o refutables, sino un juicio de valores de los que no puede decirse que sean verdaderos o falsos. El decisionismo penal se desmarca y toma distancia de un procedimiento cognoscitivo, con reglas como la carga de la prueba y el derecho de defensa, que garanticen la *verdad procesal*, y se asienta en decisiones potestativas, en la sabiduría de los jueces y en la *verdad sustancial* que los mismos portan consigo. Este modelo de enjuiciamiento penal licúa el principio de estricta legalidad, y se basa tanto más en la autoridad del juez que en la verificación empírica (Ferrajoli, 1.995).

Si, en efecto, “juris-dicción” designa un procedimiento de comprobación de los presupuestos de la pena que se expresa en aserciones empíricamente verificables y refutables, cualquier actividad punitiva expresamente contraria a este esquema es algo distinto a la jurisdicción. Precisamente, se trata de una actividad sustancialmente “administrativa” -o, si se quiere, “política”, o “de gobierno”-, caracterizada

por formas de discrecionalidad que, al afectar a las libertades individuales, inevitablemente desembocan en el abuso (Ferrajoli, 1.995, p. 43).

En el esquema teórico propuesto por Ferrajoli, la resolución del juez penal resulta una proposición de la cual es predicable su *verdad o falsedad procesal*. A esta proposición elaborada por el juez podemos a su vez descomponerla en dos proposiciones, una *fáctica o de hecho*, y otra *jurídica o de derecho*. La proposición fáctica refiere al hecho que se investiga, y surge como resultado de una inferencia inductiva; y la proposición jurídica, a la calificación que la ley realiza de aquel, y se obtiene a partir de una inferencia deductiva. Estas proposiciones son de tipo *cognoscitivas*, en tanto a partir de los elementos de convicción -o de prueba- reunidos en el expediente podrá decirse de las mismas si son falsas o verdaderas. En el primer caso se tratará de una verdad o falsedad fáctica, y en el segundo de una verdad o falsedad jurídica. La *verdad procesal* de una resolución judicial surgirá por tanto como resultado de la verdad *de hecho y de derecho*.

Reconociéndose la imposibilidad real de alcanzar cosa tal como una verdad objetiva o absoluta, entendida esta en el sentido de total correspondencia entre lo dicho por el juez y lo acontecido en el mundo, debe aceptarse la existencia de márgenes irreductibles de incertidumbre en el desarrollo de la actividad judicial. Pero la aceptación de estos márgenes irreductibles no deben llevar a renunciar a la búsqueda de la verdad, a la reconstrucción total del hecho, tal deberá continuar como propósito final, como ideal que guía la finalidad del procedimiento. Gran cantidad de autores jurídicos, así como de otras ramas del pensamiento, al concluir que la verdad en términos absolutos resulta una mera ilusión, han caído en un profundo escepticismo y se vuelven partícipes del relativismo.

Rechaza este escepticismo Ferrajoli señalando que:

si se pensara que el juicio penal debe alcanzar la verdad ‘objetiva’ y se tomase al pie de la letra el principio *in dubio pro reo*, los márgenes de incertidumbre irreductibles que caracterizan a la verdad procesal deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y, por tanto, la parálisis de la función judicial. O bien, a la inversa, podrían generar un resignado escepticismo judicial, dispuesto a apartar como ilusoria cualquier pretensión de perseguir la verdad en el proceso y a avalar modelos de derecho y de proceso penal abiertamente sustancialistas y decisionistas (Ferrajoli, 1.995, p. 62).

Por tales motivos Ferrajoli insiste con la recuperación del concepto de verdad procesal, y con la aceptación de los límites propios de la misma, entendiendo que a partir de allí es que debe construirse un esquema teórico que permita en lo práctico reducir los espacios de discrecionalidad que se hallan en la actividad judicial. Solo aceptando las dificultades y limitaciones, es que podrán estipularse mecanismos que contengan al decisionismo procesal es niveles mínimos.

En similar sentido se expresa Cafferata Nores al afirmar que, a partir de las limitaciones existentes en la búsqueda de la verdad como total y absoluta correspondencia entre lo que se ha podido conocer en el marco de un proceso, y lo ocurrido en el mundo real:

habrá que extremar los recaudos para que la verdad que se obtenga en el proceso sea lo más correspondiente posible con la realidad de lo ocurrido, al punto de que las pruebas de cargo en él obtenidas sean idóneas para provocar en los jueces la firme convicción, demostrable, de que están en lo cierto (...). Para eso deberán extremar sus ‘controles de calidad’, y aventar las tentaciones de sustituirla por el arbitrio judicial fundado en otros motivos o en el puro voluntarismo (Cafferata Nores, 1.998, p. 7).

2.3. Debido proceso.

El debido proceso adjetivo se encuentra contemplado en el art. 18 de la C.N., el cual establece que:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)⁷.

Comenzaré el análisis del fragmento del texto normativo transcrito, con la expresión *juicio previo*. Maier le atribuye a la cláusula dos sentidos, uno como sinónimo de sentencia; y el restante como proceso, término que también se encuentra en la oración. Entiende el citado autor que con la cláusula de juicio previo el constituyente refiere a la necesidad de una sentencia penal, que no sería otra cosa que el juicio o conclusión lógica arribada por el órgano jurisdiccional, y en la que se instrumenta el derecho penal sustancial con la imposición de una pena. A tal conclusión se deberá arribar tras el desarrollo de un procedimiento imparcial disciplinado por el ordenamiento adjetivo, y que garantice al imputado el libre ejercicio de su defensa en el mismo (Maier, 2.004).

Agrega el autor que la sentencia penal, así como toda resolución judicial debe encontrarse debidamente fundada, ello como resultado de una interpretación sistemática de la garantías del juicio previo fundado en ley anterior al hecho imputado, a la inviolabilidad de la defensa en juicio, así como a la propia forma de gobierno determinada en el artículo 1 de la C.N.⁸. El deber de fundar toda resolución judicial, en especial la sentencia y aquellas que priven de libertad a un sujeto, no solo se cumple con la mera expresión o mención de los elementos que forman la convicción del juez, sino en la exposición y desarrollo de los mismos. No solo se requiere de mencionar los elementos de convicción o de prueba, sino de expresar las conclusiones que a partir de cada uno de ellos se alcanza. Este deber se funda en dos razones de peso. En primer lugar, permitirán el control efectivo de los órganos judiciales, por cuanto permiten conocer al público los motivos que determinan las resoluciones y sirven para acabar con las arbitrariedades. Y en segundo lugar, porque determina que el derecho de defensa no sea una mera ilusión, ya que solo exponiendo las razones que llevaron a una conclusión - resolución judicial-, se puede contradecir la misma por ante un órgano superior.

⁷ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁸ Artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina.

Este mismo entendimiento aplicado a las resoluciones judiciales que afectan la libertad de locomoción, determinaría que ningún imputado puede ser encarcelado durante la tramitación del proceso sin una resolución judicial fundada en ley anterior al proceso. O lo que es lo mismo, la determinación judicial de la prisión de un encausado durante la sustanciación del enjuiciamiento, solo puede tener lugar tras el desarrollo de un proceso que le permita a las partes acreditar la existencia de peligros procesales que el encierro pretende neutralizar.

La segunda interpretación de la cláusula juicio previo resulta ser la de un proceso judicial, porque las restantes limitaciones al poder penal del Estado que se enumeran en la misma norma, resulta referidas a las características que debe contener el procedimiento penal en nuestro territorio. A partir de esta interpretación es que analizaré el contenido del debido proceso como garantía del imputado.

No se pretende de ninguna manera desarrollar un minucioso detalle de las garantías comprendidas por en el debido proceso, pero a partir de las prescripciones del art. 18 de la C.N.⁹, así como del art. 1, 2 y 3 del C.P.P. de la provincia de Buenos Aires¹⁰, podemos incluir las siguientes: juez natural e imparcialidad de los jueces; estado de inocencia; ne bis in ídem; y inviolabilidad de la defensa.

2.3.1. Juez natural.

El art. 18 de la C.N. establece que *“Ningún habitante de la Nación puede ser (...) juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”*¹¹; asimismo el art. 18 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires dispone que *“No podrá juzgarse por comisiones ni tribunales especiales, cualquiera que sea la denominación que se les dé”*¹²; y en igual sentido el art. 2 del C.P.P. de la provincia de Buenos Aires establece que *“Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la Provincia y competentes según sus leyes reglamentarias”*¹³.

El propósito de la citada cláusula es garantizar a todo habitante el desarrollo de un enjuiciamiento justo e igualitario, impidiendo la actuación de juzgados o tribunales especialmente creados o designados para intervenir en la investigación o juzgamiento de un delito en particular, o respecto de la persona de un imputado en particular, con posterioridad al hecho que origina el proceso; asimismo impide la creación *ex post facto* de comisiones especiales (o comisiones *ad hoc*) a fin de proceder al juzgamiento del caso (Cafferata Nores, y otros, 2.004).

La fórmula empleada por la C.N. refiere a jueces, con lo que se atribuye -exclusiva e indirectamente- el ejercicio de la actividad jurisdiccional al Poder Judicial de la nación y de la

⁹ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹⁰ Artículos 1 a 3 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹¹ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹² Artículo 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

¹³ Artículo 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

provincias, vedando la misma a los Poderes Ejecutivo¹⁴ y Legislativo, reconociendo a este último - como única posibilidad de análisis y juzgamiento de conductas- la substanciación del juicio político¹⁵. Toda autoridad que se adjudique la acusación y juzgamiento de personas, resulta ser una comisión especial alcanzada por la prohibición del art. 18 de la C.N.¹⁶.

Son reconocidas como consecuencias, o derivaciones lógicas, del principio del juez natural, la observación de procedimiento legal de nombramiento de magistrados; y las causales de recusación personal o funcional.

El principio del juez natural requiere asimismo que la competencia atribuida al órgano judicial que tome intervención en la causa, resulte por ley (para el caso de la competencia material y territorial) o disposición administrativa (para la competencia temporal -turnos judiciales-) y que en ambos casos lo sea con anterioridad al hecho que la origina (irretroactividad de la competencia). No se violenta la garantía si la designación del titular del órgano (competencia subjetiva) es posterior al hecho, siempre y cuando se de estricto cumplimiento con el procedimiento previsto en por el ordenamiento jurídico y no se esté encubriendo una maniobra fraudulenta en perjuicio del imputado.

Ferrajoli en su libro “*Derecho y Razón*” no se refiere tanto al principio del juez natural, como a los tres aspectos que deben primar en el desarrollo de la actividad judicial, señalando que “*la actividad jurisdiccional, como todas las actividades cognoscitivas, no está dirigida a la satisfacción de intereses preconstituidos*” (Ferrajoli, 1.995, p. 579), no siendo el caso respecto de los restantes órganos de la Administración Pública, los cuales actúan bajo directivas, líneas o finalidades políticas. El juez no persigue la consecución de metas u objetivos preestablecidos, sino la averiguación de la verdad por intermedio de un procedimiento penal de tipo cognoscitivo, en el que las conclusiones son atribuibles directamente a las resultas de una investigación. Es decir que por un lado tenemos aquellos órganos del estado que ejercen su función con discrecionalidad -respetando el principio de legalidad lato-, y por el otro los organismo judiciales que carecen de la misma y deben sujetar su acción al principio de estricta legalidad.

Asimismo, y respecto a la figura de quien cumple la función de juzgamiento, sostiene que:

El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cuál es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto “representativo”, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, o incluso el de la totalidad de los asociados lesionados (Ferrajoli, 1.995, p. 580).

¹⁴ Artículo 109 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹⁵ Artículos 53 y 59 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹⁶ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

Seguidamente reconoce a la naturalidad del juez como uno de los tres aspectos que debe reunir el mismo en el marco de un procedimiento penal de tipo cognoscitivo, propio de un sistema penal garantista. Es decir que no concibe a la cláusula del juez natural como autónoma, y se postula que la misma no debe ser considerada en forma aislada, sino como parte integrante de las garantías procesales que permitirán asegurar la concreción de un procedimiento penal ajustado a los principios emergentes de la forma de gobierno republicana, entre las que se encuentra la *imparcialidad* e *independencia* del juez. Es así que sostiene:

Llamaré imparcialidad a la ajenidad del juez a los intereses de las partes en causa; independencia, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio. Estos tres aspectos (...) requieren garantías orgánicas consistentes en otras tantas separaciones: la imparcialidad exige la separación institucional del juez respecto de la acusación pública; la independencia demanda su separación institucional de los otros poderes del estado y, por otra parte, la difusión de la función judicial entre sujetos no dependientes entre sí; la naturalidad requiere su separación de autoridades comitentes o delegantes de cualquier tipo y la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias (Ferrajoli, 1.995, p. 580).

Maier realiza un análisis similar al dar tratamiento a los fundamentos constitucionales del procedimiento penal, oportunidad en que comienza por referirse a la *imparcialidad* del juez, luego a la *independencia* del poder judicial y finalmente al principio del juez *natural*. Procede el procesalista a su exposición del principio del juez natural, empleando las nociones de independencia e imparcialidad en la misma:

Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que el sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales ad hoc, creados para el caso, o para la persona a juzgar (Maier, 2.004, p. 763).

El análisis de la figura del juez por Ferrajoli, y el mayor ahondamiento en la cláusula del juez natural por Maier, cobran relevancia a partir de la reforma constitucional del año 1.994, ya que la imparcialidad e independencia del órgano juzgador como garantía procesal pasó de ser implícita en el art. 18 de la C.N.¹⁷, a encontrarse expresamente contemplada en el bloque de constitucionalidad. La *naturalidad*, *imparcialidad* e *independencia* tienen recepción legal en la C.A.D.H.¹⁸, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁹, y en el P.I.D.C.yP.²⁰. Si bien resulta común que los

¹⁷ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹⁸ Artículo 8.1 de la C.A.D.H.: “*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 (...)*”.

¹⁹ Artículo 8 de la D.U.D.H.: “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”; y Artículo 10 de la D.U.D.H.: “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena*

doctrinarios procesalistas desanden la noción del juez natural en forma separada de la imparcialidad del mismo, no dejan de compartir el criterio bajo el entendimiento de que las condiciones que se procuran alcanzar con aquella garantía no dejan de ser traducibles en la independencia e imparcialidad del juzgador, lo cual puede inferirse de los términos del art. 114, inc. 6to., de la C.N., así como los referidos tratados internacionales (Cafferata Nores, y otros, 2.004). Desde una perspectiva teórica, expositiva y -lo más importante- práctica, el criterio expuesto por Ferrajoli y Maier resulta el más apropiado.

2.3.2. Non bis in idem.

El principio del non bis in idem, o de la prohibición de la persecución penal múltiple, carece de reconocimiento expreso en el texto de la C.N., no obstante ello, se entiende que el mismo resulta un principio básico del Estado de Derecho y de la forma republicana de gobierno, implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional²¹.

Merece asimismo destacarse que éste principio se encuentra expresamente contemplado en varios de los tratados internacionales de derechos humanos receptados en el art. 75, inc. 22, de la C.N.²², formando parte consecuentemente del bloque de constitucionalidad desde el año 1994 y encontrándose con plena vigencia dispositiva.

No es menor referir este detalle porque los criterios respecto al alcance del principio no siempre resultaron homogéneos, siendo incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación reacia en algún momento a su reconocimiento²³, no tanto por desconocer o creerla ajena a nuestro ordenamiento jurídico, sino por su falta de consagración expresa. Actualmente podemos hallarlo contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 14.7²⁴; y en la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 8.4²⁵.

igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

²⁰ Artículo 14.1 del P.I.D.C.yP.: “*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)*”.

²¹ Artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina.

²² Artículo 75, inc. 22, de la Constitución de la Nación Argentina.

²³ C.S.J.N., “*Pereyra, Justiniano Luis*”, Fallos 250:232 (1.960): “*el agravio a la irreiterabilidad del procesamiento, admitiendo a título de hipótesis, que integre la garantía de la defensa en juicio*”; citado por Maier, J. en “*Derecho Procesal Penal - Tomo I - Fundamentos*”, p. 597).

²⁴ Artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”.

²⁵ Artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “*El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”.

Por su parte la constitución de la Pcia. de Buenos Aires establece en su art. 29, que ningún individuo “*será encausado dos veces por un mismo delito*”²⁶, y a su turno el C.P.P.B.A., en su art. 1 que “*Nadie podrá ser (...) perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”²⁷.

Si bien todas las pronunciaciones que existen respecto al principio del *non bis in ídem* resultan similares, lo cierto es que su alcance puede variar conforme los términos empleados y las interpretaciones que se tenga respecto de los mismos. Y en este sentido podemos observar que en algunas fórmulas se emplean los términos imputado, procesado, encausado, términos que en lo técnico -y dependiendo del código procesal- pueden referir a distintos estadios y situaciones procesales, unas donde la presunción de inocencia se encuentra más gravemente atacada que en otras. No obstante ello, las mayores diferencias se advierten al distinguir entre aquellos que postulan la prohibición a la doble condena (criterio restringido), y aquellos que tiene una visión más amplia del principio, abarcando la mera persecución de un proceso sobre la persona sospechada (Maier, 2.004).

Sin dudas, y desde una visión conglobada del ordenamiento jurídico argentino, la ley argentina

pretende proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor o como participe en el, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, única interpretación compatible si se quiere garantizar sin hipocresías, un verdadero Estado de Derecho (Maier, 2.004, p. 601).

Ésta es sin dudas la interpretación correcta, no solo desde lo normativo, sino inclusive indagando en el devenir histórico de la legislación procesal argentina, en tal sentido puede hacerse referencia a la Ley Nacional nro. 2.372, del año 1.888, la cual instauró el primer código procedimiento para los tribunales federales y nacionales de la C.F., conocido bajo el nombre de “Código de Procedimiento en lo Criminal” (CPCrim), el que en su art. 7 dispone que “*Nadie puede ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho*”²⁸.

Son requisitos para oponer el *non bis in ídem* como excepción: a) la identidad personal (eadem persona); b) identidad objetiva (eadem res); y c) la identidad de causa (eadem causa petendi).

En primer lugar corresponde referirse a la identidad de persona, lo cual supone que quien puede invocar la garantía resulta ser únicamente la persona perseguida, sobreseída, condenada o absuelta en base a una resolución judicial firme, dictada en otro proceso. Esto resulta condición esencial para que el principio opere y evite una nueva persecución penal respecto del individuo. En palabras del Maestro Maier,

²⁶ Artículo 29 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

²⁷ Artículo 1 del Código de Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

²⁸ Artículo 7 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Ley Nacional nro. 2.372, sancionada en fecha 4 de Octubre de 1.888, actualmente derogada (Id Infojus: LNS0002740).

debe tratarse, entonces, del mismo imputado en una y otra persecución penal, comprendiéndose como imputado la persona que es indicada como autora del hecho o partícipe en el ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley (Maier, 2.004, p. 604).

Consecuentemente la garantía no alcanza a otras personas, no siendo relevante el carácter del pronunciamiento. Así bien puede ocurrir que el imputado en una causa resulte sobreseído o absuelto por no haberse acreditado la existencia del hecho investigado, y otro imputado, en otro proceso, resulte condenado sin opción a invocar la garantía²⁹. En este sentido la C.S.J.N. sostuvo en el fallo “Romano, Felix Norberto, y Otros”, que no resulta violatorio del art. 16 de la C.N., “*la circunstancia de que un tercero, que el recurrente estima culpable, haya sido sobreseído*”³⁰.

En cuanto a la identidad objetiva, ella refiere al suceso histórico investigado, a la conducta que se atribuye al imputado y que se pretende punible, más de una vez, y en distintos procesos penales. Aquí lo relevante recae sobre el hecho o conducta, y de ninguna manera sobre el *nomen iuris* empleado para calificar a la misma. Es decir que la variación de la calificación empleada al subsumir el hecho en uno de los tipos penales, no obsta a la aplicación del principio.

Se mira el hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior (...) Lo mismo ocurre cuando el derecho penal sanciona comportamientos ejecutados tanto con dolo, como con culpa (Maier, 2.004, p. 606 y 609).

Rige el principio aun en aquellos casos en que el hecho investigado sea el mismo, pero en el segundo proceso se ventilen nuevas pruebas que permitan acreditar el mismo, o agravar la calificación propuesta en el primero. Y es que concibiendo al enjuiciamiento penal como un proceso cognoscitivo, las dificultades o errores en que incurra el Estado por intermedio de sus órganos judiciales en el curso de la investigación, no puede pesar sobre la persona del encausado.

Maier cree que justamente esta posibilidad (no lograr finalmente la acreditación de la calificación propuesta), resulta el fundamento de validez de la *acusaciones alternativas*, esto es, brindar mas de una calificación legal al hecho que se investiga (Maier, 2.004), evitando así la impunidad de la conducta criminal que origina el expediente.

Asimismo corresponde señalar que la *unidad de imputación* que determina en definitiva la existencia de *identidad de objeto*, se interrumpe con el inicio del proceso. Esto implica que en el caso de los delitos continuos -o de ejecución continuada-, una vez que la acusación determinó el período de

²⁹ Habría aquí conexidad y motivos suficientes para unificar los procedimiento y evitar sentencias contradictorias, pero eso es objeto de otro análisis.

³⁰ C.S.J.N., “Romano, Felix Norberto, y Otros”, Fallos 264:301 (1.966).

tiempo que abarca la imputación, los hechos posteriores a la misma, aunque sean análogos, serán materia de un segundo proceso válido.

Finalmente, y en relación a la *identidad de causa de persecución*, esta constituye en esencia, un límite a la aplicación del principio de *ne bis in ídem*. Es decir que resulta un caso en el que “*existe una persecución penal múltiple de una misma persona, y por el mismo hecho, permitida jurídicamente*” (Maier, 2.004, p. 603). Esta regla que actúa de excepción se encontraba ya prevista en el CPCrim del año 1889 (Ley Nacional nro. 2.372) el cual establecía en su artículo 7 que:

el procesamiento y la condena de alguno, o su absolución, por la autoridad administrativa, con relación a una falta, no impedirán su procesamiento ni su condena ulteriores, por el mismo hecho, cuando éste sea constitutivo de delito; en cuyo caso, tampoco representará impedimento lo que hubiese decidido la autoridad judicial con relación a sanciones disciplinarias, a funcionarios o empleados permanentes de los Tribunales, o a otras personas que intervengan en los procesos³¹.

Otro de los supuestos en que la prohibición se ve exceptuada resulta ser en aquellos casos en que el proceso no pudo ser sustanciado -no por error, omisión, o retardo del órgano jurisdiccional-, sino por obstáculos de índole legal. Este sería el caso de que un imputado detentase fueros, motivo por el cual en la oportunidad en que el mismo sea desaforado, o culmine su mandato, se podrá iniciar un nuevo proceso con el mismo objeto a su respecto. En el artículo 1 del Código Adjetivo de la Pcia. de Córdoba, el cual establece -con criterio amplio- el principio de *non bis in ídem*, se prevé expresamente este supuesto, prescribiendo que tal prohibición: “*no comprende los casos en que no se hubiere iniciado el proceso anterior o se hubiere suspendido en razón de un obstáculo formal el ejercicio de la acción*”³².

A estos supuestos puede agregarse el caso de concurso ideal, en el que una misma conducta subsumible en una figura penal de acción pública y en otra dependiente de instancia privada, se inicia válidamente un segundo proceso luego de finalizado el primero, en virtud de la instancia de acción por parte de la víctima.

Es importante referir a una de las derivaciones del principio del *non bis in ídem*, y esto es, la imposibilidad de la parte acusatoria de recurrir sentencia firme que absuelva al imputado. Fundamento de este alcance del principio resulta sencillo. La interposición de un recurso de apelación a una sentencia absolutoria, no es más que el empleo por parte de la vindicta pública de la garantía del *double conforme* prevista por el ordenamiento en favor del encausado. Siendo una garantía del encausado

³¹ Artículo 7 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Ley Nacional nro. 2.372, sancionada en fecha 4 de Octubre de 1.888, actualmente derogada (Id Infojus: LNS0002740). Claro está que la excepción consagrada en el derogado código no contempla todos los supuestos, pero sirve para rastrear la existencia del concepto desde los inicios de la legislación procesal nacional.

³² Artículo 1 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

esta no puede ser empleada por la otra parte en su perjuicio, amén de que si tuviere éxito implicaría violentar la prohibición de la *reformatio in peius*.

La interposición por parte de la agencia fiscal de un recurso de apelación contra la sentencia absolutoria es sin dudas colocar a una misma persona a un nuevo riesgo de ser condenada. Ese riesgo es justamente lo que la prohibición de *non bis in ídem* viene neutralizar. Asimismo, y como ya anticipara, la concesión de un recurso de apelación y en su caso el éxito de la herramienta procesal, agrava la situación del encausado, el cual tendría derecho a su vez a la revisión de la segunda sentencia condenatoria dándose así posibilidad de extenderse indefinidamente el proceso³³.

2.3.3. Derecho de defensa.

El derecho de defensa tiene reconocimiento expreso en el texto de la ley fundamental. Así el art. 18 de la C.N. establece que “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”³⁴; así en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional se lo puede hallar en la Declaración Universal de Derecho Humanos, en sus artículos 10 y 11, inc. 1ro.³⁵; en la Convención Americana de Derechos Humanos, en el art. 8, inc. 2do.³⁶.

Asimismo puede hallarse en la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires en el artículo 15³⁷, el cual no solo lo contempla expresamente, sino que ahonda el concepto, y establece que

La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Por su parte el C.P.P.B.A. consagra la garantía en el art. 1, párrafo 3ro., señalando que “*Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento*”³⁸. Es decir, con una formulación que presenta en lo práctico, nula diferencia con la contenida en el art. 18 de la C.N.³⁹, ya que la palabra juicio es allí empleada como sinónimo de proceso o enjuiciamiento (sin distinción de la materia).

En un sentido lato, el derecho de defensa es

³³ Vale señalar que esto no abarca la revisión de la condena por parte del imputado, quien tendrá así posibilidad de discutir en una segunda instancia el juzgamiento de los hechos y la aplicación del derecho, con posibilidad de mejorar su situación procesal, pero nunca de agravarla.

³⁴ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

³⁵ Artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³⁶ Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁷ Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

³⁸ Artículo 1, párrafo 3ro., del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

³⁹ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

la posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento y protección, aun penal de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra (Cafferata Nores, y otros, 2.004, p. 153).

Señala Cafferata Nores que con la expresión juicio empleada por la norma constitucional, se establece inequívocamente que es el proceso judicial el ámbito previsto para la defensa de los intereses personales y colectivos, abarcando la defensa tanto la facultad de reclamar el reconocimiento y la protección de un derecho que se afirma violado, como la facultad de resistir la restricción de derechos personales por la imposición de una pena. Es decir que el derecho de defensa se encuentra consagrado no solo en el ámbito del enjuiciamiento penal, sino como requisito de validez en todo proceso judicial (Cafferata Nores, y otros, 2.004). En este sentido, refiere Maier en relación a los términos empleados por la constitución nacional en art. 18⁴⁰, que:

La fórmula es amplia y también comprende al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal. Sin embargo, (...) del derecho de defensa en el procedimiento penal (...), no son extraídas exactamente las mismas consecuencias, pues existen mayores exigencias para el enjuiciamiento penal que las requeridas para los demás (Maier, 2.004, p. 541).

Con la incorporación de la normativa supranacional sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad, así como con la introducción del art. 114, inc. 6to., de la C.N.⁴¹ (eficacia en la administración de justicia), el análisis de la garantía de la defensa en juicio se ha enriquecido contemplándose nuevas derivaciones de la misma. Entre las mismas podemos mencionar: Acceso a la justicia; asistencia jurídica gratuita al imputado⁴² y a la presunta víctima⁴³; igualdad de armas⁴⁴; entre otras (Cafferata Nores, y otros, 2.004).

En el marco del enjuiciamiento penal, al *derecho a la defensa del imputado* se entiende como

la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe (Maier, 2.004, p. 547).

⁴⁰ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁴¹ Artículo 114, inc. 6to., de la Constitución de la Nación Argentina.

⁴² Artículos 60, inc. 2do., y 89 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁴³ Artículo 85 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁴⁴ Artículo 8, párrafo 3ro., de la Ley nro. 14.442 de la Provincia de Buenos Aires.

El autor citado elabora seguidamente una conceptualización sintética de la noción⁴⁵, basándose en los conceptos originalmente expuestos por Vélez Mariconde, advirtiendo que en el análisis de un instituto como el de la defensa del imputado no resultan recomendables las simplificaciones. Tomando su advertencia, se emplearan sus palabras para esbozar una noción del principio y diremos que el derecho de defensa es la *posibilidad del imputado de ser oído, controlando y valorando la prueba de cargo, y produciendo prueba propia, así como exponiendo argumentos de hecho y derecho, todo ello a fin de obtener una sentencia judicial favorable a sus intereses.*

La noción de defensa inevitablemente remite a resistir, repeler, u oponerse a la pretensión punitiva del Estado frente a la acusación de la comisión de un delito. Tal resistencia podrá serlo en forma pasiva, esto es, mediante el *silencio*; así como en forma activa, actuando el sujeto las facultades que le son reconocidas por el ordenamiento jurídico. Si es el proceso el ámbito donde las personas pueden reclamar el reconocimiento de un derecho, mal podría permitirse la incorrecta aplicación en él de normas que restrinjan derechos individuales. Por ello se atribuyen al sujeto los mecanismo para evitar o enmendar cualquier afectación no permitida por la ley. Sería desde esta perspectiva, la posibilidad de *contradecir*, tanto la imputación fiscal, la prueba contra el producida, y las alegaciones de hecho y derecho (Cafferata Nores, y otros, 2.004).

Entre ambas nociones, derecho a la defensa como derecho a ser oído y derecho a contradecir, no hay contradicción pero si enfoques distintos. Una persona puede decir y sin embargo no ser oída. Decir o contradecir, no es tanto el ejercicio de una defensa en sentido estricto, como un acto procesal cumplido en tiempo y forma (defensa en sentido lato), el que podrá o no ser tener incidencia en la formación de convicción de la persona del juzgador (dependiendo estemos frente a un procedimiento más o menos *cognocitivist* o *decisionista*). Pero si se parte por entender el derecho a la defensa en sentido estricto, en como derivación lógica del principio de legalidad en sentido estricto -propuesto con el alcance desarrollado por Ferrajoli entre otros autores-, se amplía el principio y se lo acerca a los presupuestos de un Estado de Derecho. La defensa del imputado, como derecho de este a ser oído, hace de los actos por él cumplidos en el proceso, no solo el reconocimiento de una oportunidad procesal de decir, sino al derecho a reclamar que nuestros dichos sean aceptados o rechazadas con argumentos desarrollados. Aquí es cuando el modelo de sistema penal propuesto por el autor italiano deviene relevante, ya que la resolución que oiga los dichos del imputado, deberá ser congruente y expresada en términos verificables, esto es, que puede afirmarse su verdad o falsedad procesal, ya sea en relación a la exposición de los hechos en la verdad fáctica, o respecto a las alegaciones de derecho en la verdad jurídica.

⁴⁵ “*la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal*” (Maier, 2.004, p. 547).

Vale analizar el período de operatividad de la garantía, lo cual ha dado lugar posturas disímiles las cuales sostiene que la misma finaliza cuando la sentencia que pone fin al procedimiento adquiere firmeza; mientras que otro sector de la doctrina sostiene que la garantía se proyecta aun en el proceso de ejecución de penal. En esta última corriente se ubica Maier quien refiere que:

aún con particularidades específicas, la pena o la medida de seguridad y corrección, manifestaciones prácticas del poder penal del Estado, siguen sometidas a reglas jurídicas durante su ejecución y, en consecuencia, a diferentes limitaciones de ese poder; la aplicación de reglas jurídicas, incluso constitucionales, es, así, clara y, por consiguiente, se justifica la necesidad de conceder al condenado intervención en el procedimiento de ejecución y reconocer, ampliamente, su derecho de defensa en él (Maier, 2.004, p. 549).

Otra de las aristas comprendidas en el derecho de defensa resulta ser la *igualdad de condiciones*, esto es, la actividad procesal defensiva -natural o técnica- que despliegue el imputado lo sea en términos de plena igualdad con la vindicta pública.

El proceso judicial acusatorio no es más que el resultado del accionar de dos fuerzas antagónicas, una de las cuales debe suministrar el objeto a la otra. Esto se cumple por intermedio de una correcta imputación del hecho investigado, a la cual la parte restante deberá oponerse. Quedando el juez en una posición de imparcialidad como hasta aquí se ha planteado, el espacio concedido a las partes -acusación y defensa- para desplegar su actividad procesal deberá ser estrictamente igualitario y equilibrado. La contienda jurídica que presupone el enjuiciamiento penal, solo es concebible -en términos republicanos- en un plano de igualdad de armas, con una defensa y acusación embebidos de poderes equivalentes (Fleming y López Viñals, 2.008). Asimismo es dable señalar que el máximo fundamento a la igualdad de armas, no es más que el estado de inocencia, el cual desarrollaremos con mayor profundidad en el apartado siguiente.

Esta igualdad de armas requiere de la eliminación de los secretos sumariales en el transcurso del enjuiciamiento⁴⁶, e indudablemente requiere que la defensa cuente efectivamente con recursos técnicos, es decir, no solo abogados sino un equipo pericial acorde. Esta condición de paridad entre las partes debe ser efectiva en todo el procedimiento, no debe tratarse de un estadio procesal tardío como ocurre en los procesos de tipo inquisitivo o mixtos, donde en la etapa de instrucción se avasallan las garantías individuales de los sujetos, bajo el pretexto de que la igualdad de armas es parte del plenario. Finalmente todo el proceso se substancia con groseras faltas al derecho a la defensa (Fleming y López Viñals, 2.008).

Otros de los fundamentos de la igualdad de armas está dado por la clara asimetría que se presenta entre el imputado -una persona física-, en relación al Estado con toda la estructura que ello implica, en tanto el fiscal puede pedir y exigir la colaboración de todas las reparticiones gubernamentales en la

⁴⁶ “el secreto no tiene lugar en proceso acusatorio” (Fleming y López Viñals, 2.008, p. 618).

búsqueda de la verdad procesal. Es esta asimetría la que nuevamente trae a colación el estado de inocencia, ya que justamente el deber del Estado de soportar la carga de la prueba pasa por reconocer la circunstancia señalada anteriormente. Esa carga de la prueba en virtud de la inocencia del imputado en el transcurso del proceso, no resultaría suficiente por si sola sino se fijase al Fiscal el deber de ejercer la vindicta pública con un criterio objetivo e imparcialidad (cfr. art. 56, párrafo 2do., del C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires⁴⁷, y art. 73 de la Ley nro. 14.442⁴⁸).

El despliegue de actividad procesal por parte del imputado se distingue tradicionalmente entre defensa natural y defensa técnica. Por la primera se entiende

la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o en declaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y presenciando o participado (según el caso) en los actos probatorios y conclusivos, absteniéndose de hacerlo (Cafferata Nores, y otros, 2.004, p. 159);

y la restante se caracteriza por ser *aquella desarrollada por el letrado defensor* del imputado, quien aconsejará y elaborará la estrategia defensiva a partir de la cual se determinará la presentación, producción, valoración de prueba de descargo, así como la valoración y control de la prueba de cargo presentada por la acusación, y fundamentalmente de la argumentación jurídica -tipicidad del hecho, monto y modalidad de la pena, etc.- (Cafferata Nores, y otros, 2.004).

Al respecto añade Maier que una de las particularidades del procedimiento penal es la obligatoriedad de la defensa técnica, reconociendo primeramente el derecho del imputado a elegir un letrado de su confianza y en caso de imposibilidad de proveerse de uno por sus propios medios el Estado debe procurarle uno gratuito -inclusive de oficio ante el silencio del encausado- (Maier, 2004)⁴⁹⁵⁰. Un aspecto que debe abordarse es el supuesto de la autodefensa, la cual en los orígenes del sistema acusatorio era considerado el principio, y la intervención de un tercero una excepción, entendiendo que una persona inocente que resultare acusada no tendría inconveniente en defenderse de una falsa acusación, y que en cambio aquel que se valía de un tercero intentaba ocultar la verdad de los acontecidos (Fleming y López Viñals, 2.008). Actualmente se admite la autodefensa en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, encontrándose contemplado el supuesto en el art. 89, párrafo 2do.,

⁴⁷ Artículo 56, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: “... *adecuará sus actos a un criterio objetivo debiendo formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aún a favor del imputado...*”.

⁴⁸ Artículo 73 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires: “*Criterio de actuación. El agente fiscal desarrollará su tarea actuando con criterio objetivo, sin ocultar elementos de prueba favorables a la defensa*”.

⁴⁹ Artículos 89 y 92 del C.P.P.B.A..

⁵⁰ “*el debido respeto a la inviolabilidad de la defensa no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado*” (Maier, 2.004, p. 550).

del C.P.P.⁵¹, el cual estipula como límite al ejercicio del mismo, el perjuicio a la eficacia de la defensa o la *obstaculización de la normal sustanciación del proceso*.

Destacan Fleming y López Viñals, que la formulación empleada en el artículo 8.2 de la C.A.D.H.⁵² no debe llamar a confusión, ya que la conjunción disyuntiva “o” no está planteada en términos de una opción u otra -excluyéndose mutuamente-. La correcta interpretación es el derecho del imputado a intervenir personal y efectivamente en el proceso, y de contar con una asistencia jurídica idónea (Fleming y López Viñals, 2.008).

El derecho a ser oído recae no exclusivamente, pero si en especial, sobre aquella acción u omisión que la ley penal reprime como delito, o en otras palabras, respecto a la imputación que se formula en su contra (Cafferata Nores, y otros, 2.004). En igual sentido, según Maier

para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho o haber omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, lo que en materia procesal penal se conoce como imputación (Maier, 2.004, p.553).

Ello asimismo tiene recepción normativa en el art. 10 de la D.U.D.H.⁵³, el cual establece que “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída (...) para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”.

Si bien en el transcurso de la investigación se pretende la incorporación de nuevos elementos de convicción que otorguen mayor robustez a la imputación, la misma debe mantenerse idéntica en su núcleo central. Esto es lo que se denomina *congruencia*, y es esencial a los fines de garantizar la efectiva vigencia del derecho de defensa. De poco serviría ser oído por una imputación cuando la misma puede ser luego libremente modificada por otra, lo cual haría perder virtualidad la defensa esgrimida.

La *intimación* del hecho que se atribuye debe ser previa al acto en virtud del cual el imputado es oído, es decir, antes de que el mismo ejerza su defensa tiene derecho a tomar pleno conocimiento de la descripción clara, precisa, y circunstanciada del mismo, así como su encuadre legal.

A partir de la necesaria identidad o congruencia de la imputación a lo largo del proceso, surge asimismo la necesidad de estricta relación entre la imputación y la sentencia que eventualmente dicte el órgano jurisdiccional. Así Maier entiende que

la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de

⁵¹ Artículo 89, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁵² Artículo 8.2, apartado d), de la C.A.D.H.: “*derecho del inculgado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección (...)*”.

⁵³ Artículo 10 de la D.U.D.H..

los cuales él ha tenido oportunidad de ser oído, ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso que garantiza el derecho de audiencia (Maier, 2.004, p. 568).

Esta regla se conoce como *correlación entre la acusación y la sentencia*, principio que tiene recepción en el art. 374 del C.P.P.B.A.⁵⁴, siendo asimismo reconocido por la C.S.J.N.⁵⁵, y a partir del cual

Todo aquello que signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado (Maier, 2.004, p. 568).

Lo cierto es que la citada regla no se extiende -en principio- al *nomen iuris*, es decir a la subsunción legal que se haga del hecho, ya que al dictar sentencia el órgano interviniente puede dar un encuadre jurídico distinto hecho investigado - siempre con las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar- que el empleado por el Fiscal al momento de formular acusación. Esta regla por su parte se conoce como *iura novit curia*, y tiene amplia recepción en la jurisprudencia de la C.S.J.N.⁵⁶ (Maier, 2.004). Vale señalar que como principio reconoce excepciones, las cuales surgen de la dinámica de la actividad judicial, en tanto que la calificación puede determinar la orientación de la defensa técnica, por ello la norma cede en tales casos⁵⁷.

2.4. Estado de inocencia.

Conforme se desprende de lo normado por la C.N. en el artículo 18⁵⁸, así como del art. 8.2 de la C.A.D.H.⁵⁹; art. 11, inc. 1ro. de la D.U.D.H.⁶⁰; art. 14.2 del P.I.D.C.P.⁶¹, el acusado de un hecho ilícito, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la denuncia en su contra, no podrá ser tratado como culpable. Que tal impedimento rige hasta que el Estado, a través de sus órganos judiciales legalmente establecidos, no pronuncien sentencia penal que declare la culpabilidad del sujeto, y hasta tanto la misma no adquiera firmeza. Si la culpabilidad de una persona solo puede ser afirmada luego de la tramitación de un proceso o juicio previo, ello determina consecuentemente que a lo largo del mismo el imputado es inocente. Señala asimismo Maier, que la sentencia condenatoria, lejos de constituir la culpabilidad del imputado, se limita a declararla legalmente; y que en modo alguno ello implica que el

⁵⁴ Artículo 374 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁵⁵ C.S.J.N., “*Hipólito Gangoso*”, Fallos 242:227 (1.958).

⁵⁶ C.S.J.N., “*Carlos Enrique Grandia*”, Fallos 247:202 (1.960) “... no hay agravio a la garantía constitucional de la defensa si de las constancias de la causa se desprende que el hecho en que se basa la decisión apelada ha integrado el juicio desde su iniciación y el tribunal de alzada se ha limitado a aplicar la calificación jurídica y las disposiciones legales que estimo correspondían en la especie ...”.

⁵⁷ Artículo 375, inc. 1ro., 2da. parte, del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁵⁸ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁵⁹ Artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁰ Artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁶¹ Artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

mismo sea -en verdad- inocente, sino antes bien, que no puede ser considerado y tratado como culpable (Maier, 2.004).

La condición de “penado” no podrá existir sin una previa y concreta declaración jurisdiccional de responsabilidad penal, contenida en un pronunciamiento firme conclusivo del proceso regular y legal. (...) Antes de ese fallo el imputado gozará de un estado de inocencia, al igual que ocurre con cualquier habitante de la Nación aún no sometido a proceso. Ese estado no se destruye ni con el procesamiento ni con la acusación; tampoco lo destruye la sentencia que no ha obtenido autoridad de cosa juzgada (Clariá Olmedo, 1.998, p. 67).

Durante la sustanciación del proceso, se le reconoce al imputado -respecto del hecho que se investiga- un estado jurídico de no culpabilidad, al cual también se denomina *principio de inocencia* o *presunción de inocencia* o *estado de inocencia* (Cafferata Nores, y otros, 2.004). Clariá Olmedo sostiene que resulta más adecuado referirse al mismo como estado, y no como presunción, por entender que un “estado”, no resulta incompatible con ninguna de las decisiones u órdenes provisionales que se dictan en el proceso (detención, procesamiento, prisión preventiva, elevación a juicio, etc.), ni con la existencia de una acusación. Aunque no pueda, señala el autor, negarse que en los hechos tales actos procesales ponen en jaque la inocencia ya que los mismos parten de una presunción, en este caso de la culpabilidad del imputado la cual motiva la citación a indagatoria, procesamiento, etc.. Lo cierto es que una presunción no puede afectar un estado, el cual se mantendrá incólume hasta que la sentencia adquiera firmeza. Refiere finalmente al respecto Clariá Olmedo, que hablar de “presunción” de culpabilidad podría conducirnos a sostener la carga del imputado de destruir tal cosa, no siendo el caso atento que jurídicamente no existe tal presunción. Lo que hayamos en el proceso penal, no son más que *simples méritos objetivos de posibilidad* los que en definitiva podrán o no concretarse afirmativamente en la sentencia firme (Clariá Olmedo, 1.998).

En virtud de este estado jurídico, el imputado no tiene a su cargo el deber de probar su inocencia, sino que por el contrario será el Estado quien cargará con la prueba de la existencia del hecho, y así como de su autoría penalmente responsable.

Alejandro D. Carrió sostiene que:

Como otra derivación de la defensa en juicio contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, puede citarse el principio por el cual es la parte acusadora la que tiene a su cargo la demostración de la culpabilidad de imputado, y no éste la de su inocencia (Carrió, 1.984, p. 687).

Con el principio de la carga de la prueba en la acusación, el ordenamiento jurídico no descarta como derecho del imputado la facultad de introducir elementos probatorios de descargo en el proceso penal, los cuales no podrán ser pasados por alto por los órganos públicos. A ello debe agregarse que la carga de la prueba en cabeza de la *vindicta pública*, no implica en modo alguno afectar la manda objetividad que debe regir en la labor del fiscal y que surge del art. 56, párrafo 2do., del C.P.P. de la

Pcia. de Buenos Aires⁶². Es decir que la carga probatoria no deviene en la búsqueda de elementos de cargo que contribuyan a dictar condena, sino antes bien a investigar la existencia de un hecho, si este es punible y si el sindicado es su autor responsable (Maier, 2.004).

Las pruebas que deberá aportar el Ministerio Público Fiscal deberán proveer datos objetivos de cargo, nunca puede tratarse de presunciones inferidas a partir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, ni de su silencio, ni de explicaciones insuficientes o mentirosas o de otras circunstancias similares. Una sentencia dictada en tales condiciones resulta violatoria de la garantía consagrada en el artículo 18 de la C.N.⁶³. Podría afirmarse que la sentencia condenatoria solo resulta legítima en aquellos casos en que las pruebas la tornan inevitable, o en otras palabras, cuando no hay más remedio (Cafferata Nores, y otros, 2.004).

El aforismo *in dubio pro reo*, actualmente, y en el marco de una forma de gobierno republicana, se considera una derivación del estado de inocencia. No obstante ello, señala Maier que el principio era ya conocido en la antigüedad, haciendo referencia al Derecho Romano Imperial, el cual consagraba “*satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”⁶⁴, pero que no es, sino hasta su conjugación con el principio del *non bis in idem*, que este adquiere el carácter de garantía material real (Maier, 2.004).

Del estado de inocencia y de su derivación, el *in dubio pro reo*, surge la exigencia de que una condena, solo puede surgir en virtud de la *certeza* acerca de la existencia de un hecho ilícito, así como de la autoría culpable de encausado. Asimismo el estado de inocencia y el principio del *in dubio pro reo*, determinan que en caso de no surgir tal certeza en relación a los puntos señalados, esto es, existiendo *duda o mera probabilidad*, la condena queda descartada y solo procederá la absolución, o en el caso de un estadio procesal anterior, el sobreseimiento. Es decir que si el resultado del procedimiento cognoscitivo -de búsqueda de la verdad- arroja una conclusión de mera probabilidad, o aun menos, de lisa y llana duda, la relación de conocimiento alcanzada entre el sujeto cognoscente y el objeto por conocer (ilícito) no resulta adecuada para legitimar el dictado de una sentencia condenatoria (Maier, 2.004).

A los fines del presente trabajo, corresponde señalar que si bien para el caso de la condena se requiere *certeza positiva*, para el dictado de otras medidas menos gravosas en el marco del procedimiento, otros grados cognoscitivos bastan, como en el caso del encarcelamiento preventivo el cual se satisface con la *probabilidad positiva* (Maier, 2.004).

⁶² Artículo 56, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

⁶³ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁶⁴ “*Es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible, que perjudicar a un inocente*”; Digesto, De poenis, Ulpiano, 1, 5.

La certeza -como el mayor grado de conocimiento que el sujeto cognocente puede alcanzar-, posee variantes, las que se manifiestan en las distintas expresiones de derecho penal que se puedan hallar. Dice Ferrajoli, que la certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado, viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*; y que la certeza de derecho penal máximo que ningún culpable quede impune, se basa en el criterio opuesto, *in dubio contra reum* (Ferrajoli, 1.995).

Ya sea que se analice la certeza desde la óptica de un derecho penal mínimo o máximo, en sendos casos la certeza será una cuestión siempre relativa, y ello por las mismas limitaciones que fueran señaladas al momento de analizar el concepto de verdad y la búsqueda de ella como finalidad del proceso penal. O en otras palabras, hablar de certeza como grado de conocimiento alcanzado por los órganos judiciales no puede hacer perder de vista la *correlativa incertidumbre* que caracteriza cualquier tesis judicial, fruto de los límites intrínsecos del concepto de verdad procesal (Ferrajoli, 1.995).

Según el referido autor la certeza relativa, como la incertidumbre correlativa de todo proceso judicial, puede recaer sobre la verdad de hecho o de derecho, ya que un cierto grado de incertidumbre caracteriza a ambos tipos de verdad. En el caso de la verdad fáctica, la misma presenta una irreductible inseguridad por su naturaleza probabilística; y en cuanto a la verdad jurídica, su irreductible inseguridad deriva de su naturaleza siempre opinable. Tanto la certeza -o incertidumbre- fáctica, así como la jurídica, resultan independientes una de la otra, en el sentido que la certeza fáctica no determina la certeza jurídica, y tampoco viceversa⁶⁵.

De lo expuesto surge que existe un espacio ineludible de incertidumbre en todo proceso cognoscitivo, el cual atento los defectos y virtudes de cada procedimiento, será mayor o menor. En un caso o en otro, es decir, sea que ese espacio de incertidumbre es mayor o menor, el mismo deberá ser cubierto, subsanado. En caso de la relativa incertidumbre que pesa sobre la verdad jurídica, la formación de certidumbre se realiza a partir del ejercicio de opción interpretativa respecto de la calificación de derecho; y en el caso de la verdad fáctica, a partir de la libre convicción en la interpretación de las pruebas de hecho. Agrega en este sentido el autor italiano

estos dos modos son alternativos entre sí en el sentido de que la libre convicción no puede intervenir en las decisiones sobre la verdad jurídica (si, por ejemplo, tal hecho probado es un hurto, una apropiación indebida o tal vez un acto lícito), ni las opciones interpretativas en las decisiones sobre la verdad fáctica (si, por ejemplo, tal grupo de personas sospechosas ha creado una asociación

⁶⁵ Señala como ejemplo Ferrajoli: “*Por ejemplo, puede ser por completo seguro fácticamente -conforme a confesiones, testimonios o fotografías inatacables- que Ticio y Caya se han dado un abrazo en un automóvil situado en la calle; pero sigue siendo inseguro jurídicamente en todo caso, por opinable, si este hecho, del que en hipótesis sabemos absolutamente todo, es o no, según los arts. 527 y 529 del código penal italiano, un «acto obsceno en lugar público».* A la inversa, puede ser del todo seguro jurídicamente que la muerte de un hombre encontrado con un cuchillo clavado en la espalda es un homicidio; pero puede seguir siendo en todo caso inseguro fácticamente, en ausencia de pruebas plausibles, quién es el asesino” (Ferrajoli, 1.995, p. 108).

subversiva). En la práctica, por desgracia, los jueces suelen tender a confundir e intercambiar estos dos modos de solución de las incertidumbres: unas veces enmascarando los defectos de estricta legalidad de las normas y los espacios de arbitrio originados por ellos tras la pantalla de la libre convicción y otras veces supliendo los defectos de estricta jurisdiccionalidad y la pobreza de las pruebas con la extensión de los supuestos típicos legales en el ámbito interpretativo (Ferrajoli, 1.995, p. 109).

De lo expuesto se colige que este poder que ejercen los magistrados será mayor o menor, absoluto o relativo, en la medida que la opción interpretativa y la libre convicción sea practicada con respeto a las garantías constitucionales, en especial la derivación lógica del Estado de Inocencia, el principio del *in dubio pro reo*. Si al subsanar los espacios irreductibles de incertidumbre se actúa bajo la máxima de que ningún culpable quede impune, nos encontraríamos frente a un proceso característico de un derecho penal máximo, en el que la relación de conocimiento necesaria para destruir el estado jurídico de no culpabilidad es y será siempre exigua, lo que en definitiva alteraría la noción del proceso penal como proceso cognitivo de búsqueda de la verdad.

La siempre relativa certeza alcanzada por los magistrados, no puede nunca justificar la creación de otra -certeza-, arbitraria y alejada del debido control jurisdiccional como resultado de meros actos de decisionismo. Solo en tal entendimiento el estado de inocencia cobra efectiva vigencia material a través del principio analizado.

Sin perjuicio al axioma que determina la ilegitimidad de una pena sin un juicio previo que la ordene *-nulla poena sine iudicio-*, cuestión que funda el principio en virtud del cual el encausado deberá ser tratado como inocente hasta tanto una sentencia declare su culpabilidad, no ha logrado sostenerse la premisa al punto de lograr su expresión más importante, la libertad de todo imputado durante la tramitación del proceso. Esta cuestión, por encontrarse en el centro del objeto que origina el presente trabajo, será retomada más adelante con mayor ahondamiento.

3. La coerción personal.

3.1. Concepto.

Es pacífica la doctrina procesal penal al atribuirle a las medidas de coerción personal la naturaleza de medida cautelar, pudiendo aquí destacarse algunas de las definiciones conceptuales ensayadas por los autores que hasta aquí se han seguido:

Toda restricción al ejercicio de derechos personales (...) del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendiente a garantizar el logro de sus fines: el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto (CafferataNores, y otros, 2.004, p. 353).

La coerción procesal es personal cuando recae sobre las personas, afectando en alguna medida su libertad. Como se ha dicho, tiende a prevenir la normal realización del proceso y la obtención de su resultado. Restringe la libertad física de los particulares que intervienen en el proceso, principalmente para someterlos a su régimen o a un específico acto procesal. Fundamentalmente afecta al imputado, pero también puede aplicarse a los testigos, depositarios, peritos y fiadores (Clariá Olmedo, 1.998, p. 352).

Cuando hablamos de la coerción legítima que ejerce el Estado, nos referimos al uso de su poder, acordado por la ley (ley que debe respetar las reglas constitucionales que limitan el poder estatal), que conculca o restringe ciertas libertades o facultades de las personas, para lograr un fin determinado (Maier, 2.004, p. 511).

3.2. Fundamento.

El Maestro Zaffaroni sostiene que existen dos corrientes de legitimación discursiva de las medidas de coerción personal, las cuales pueden ser caracterizadas de la siguiente manera: a) aquellas que le reconocen cierto carácter de pena y tratan de legitimarla como tal (teorías sustancialistas); y b) aquella que le desconoce tal carácter e intentan legitimarla como medida procesal -cautelar- (teorías procesalistas) (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002). Las conceptualizaciones previamente citadas se encuentran en esta última corriente.

Advierte Schiavo (2.011) que existen en este aspecto procesalistas de corrientes más radicalizadas, que elevan al principio de inocencia a la categoría de derecho absoluto, y ello entendiendo que ontológicamente todo encarcelamiento tiene naturaleza punitiva, rechazando así la constitucionalidad de las medidas de coerción personal, ya que una pena solo puede tener lugar en virtud de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada. En otras palabras, entienden que resulta incompatible la aplicación de medidas privativas de la libertad en forma previa al dictado de una sentencia condenatoria.

En rigor no podríamos ubicar en tal corriente a Zaffaroni ya que el mismo no es considerado un procesalista, pero no obstante ello, el nombrado autor podría encontrarse allí enrolado, ya que el mismo refiere que los esfuerzos realizados a fin de enmarcar a la medidas de coerción personal dentro de la C.N. han sido formidables, pero que no obstante ello en la gran mayoría de los casos “*la prisión preventiva lesiona la presunción de inocencia y, por ende, es una pena anticipada a la sentencia*” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002, p. 168). No desconoce el destacado autor que la misma puede en ciertos casos ser legitimada, aunque advierte que a este tipo de medidas bajo análisis le cabe la peor de las críticas esgrimidas contra el efecto nocivo del ejercicio del poder punitivo, en tanto se ejercen en forma irracional, esto es, antes de ser afirmado un delito. En otras palabras, que tales privaciones de la libertad deviene penas impuestas por la mera *noticia criminis* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002)⁶⁶.

Señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar que las tesis *sustancialistas* apelan a conceptos tales como satisfacción de la opinión pública, necesidad de intimidar, urgencia por controlar la alarma pública, disuasión, ejemplaridad social y hasta readaptación. Se concluye a partir de las formulaciones de estas corrientes, que las medidas de coerción personal se imponen como una pena, subordinando al estado de inocencia a la necesidad de orden. Consideran los autores que estas posturas tiene clara correspondencia ideológica, pertenecen al “*derecho penal autoritario de Ferri y Garófalo en tiempos del positivismo, de Manzini en el fascismo, y de los autores alemanes en el nazismo*” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002, p. 169)⁶⁷. Citan a título de ejemplo los autores la siguiente expresión del nacionalsocialismo alemán:

Mientras conforme al derecho vigente, la prisión preventiva solo sirve para evitar el peligro de fuga del inculcado o de que borre pruebas, en el futuro (como prior preventiva profiláctica) también tendrá

⁶⁶ “*El problema es sumamente grave, considerando que casi dos tercios de todos los prisioneros latinoamericanos lo están en función de esta institución, o sea, con pretexto procesal*” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.001, pag. 168).

⁶⁷ En coincidente se muestra Ferrajoli quien escribe: “*El primer ataque corrió a cargo de la Escuela Positiva italiana: Raffaele Garofalo y Enrico Ferri, en coherencia con sus opciones sustancialistas consideraron ‘vacía’, ‘absurda’ e ‘ilógica’ la fórmula misma de la presunción de inocencia, exigiendo el primero la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves e inclinándose el segundo hacia modelos de justicia sumaria y sustancial más allá de las pruebas de culpabilidad. Pero el golpe decisivo le fue dado al principio por la autoridad de Vincenzo Manzini, que estigmatizó la fórmula como ‘un extraño absurdo extraído del empirismo francés’, y la juzgó ‘burdamente paradójica e irracional’ a partir de una cadena de peticiones de principio: la apriorística valorización de los institutos positivos de privación preventiva de libertad y del secreto sumarial, contradictivos por la presunción de inocencia, y el establecimiento de una insensata equiparación entre los indicios que justifican la imputación y la prueba de la culpabilidad, por considerar que la experiencia habría demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables. Reforzado por estos avales, el código Rocco de 1930 rechazó ‘de plano la absurda presunción de inocencia que algunos querrían reconocer al imputado’, liquidándola como ‘una extravagancia derivada de los antiguos conceptos, nacidos de los principios de la Revolución francesa, que llevan a las garantías individuales a los más exagerados e incoherentes excesos’” (1.995, pag. 550).*

ahora como objetivo la protección de la comunidad frente a los hechos que el inculpaado podría cometer en libertad o frente al riesgo de quebrantamiento del orden pacífico del pueblo en cualquier forma⁶⁸.

Sostienen asimismo que los argumentos expuestos por los *sustancialistas* no han variado en el tiempo, expresándose tal vez con menor claridad -ocultando su lógica anti-republicana-, o empleado formulaciones más prudentes (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002).

Las corrientes *sustancialistas* no considera a la sentencia como declarativa de la culpabilidad, sino como constitutivas de la misma, lógica que tiene como eje central al concepto de *peligrosidad*, propio de un derecho penal de autor. Al respecto Ferrajoli sostiene que cuando la peligrosidad es acompañada de una concreta hipótesis delictiva, se erige en un presupuesto de las medidas de seguridad; y en aquellos casos en que se adhiere a la condición de vago, “*vagabundo, dedicado al tráfico ilícito o proclive a delinquir, es el presupuesto de las medidas de prevención; y, sobre todo, cuando se añade a la condición de sospechoso de un delito, es presupuesto suficiente para justificar su detención*” (Ferrajoli, 1.995, p. 508). Agrega el autor que este concepto de peligrosidad -introducido en la segunda mitad del siglo XIX por aporte del positivismo-, se ha constituido en el centro de gravedad de la cultura penal moderna, desviando la atención del acto delictual a la persona del delincuente. Fue así como se fue progresivamente conformando un derecho penal y un derecho procesal penal enteramente basados en este concepto de peligrosidad desentendido de las garantías penales y procedimentales. A la matriz que origina este concepto de *peligrosidad* se le atribuye también el de *reincidencia*, ya que ambos se concentran “*en un modo de ser mas que en un modo de actuar*”, lo “*que actúa, indebidamente, como un sustitutivo de la culpabilidad*” (Ferrajoli, 1.995, p. 508).

El penalista italiano cree que la legitimación del instituto de la prisión preventiva (como coerción personal por antonomasia) no sería mucho más que una mera resignación en la que habría incurrido todo el pensamiento liberal clásico, la cual trajo aparejada como consecuencia que

la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a “*estrictas necesidades*” sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos

⁶⁸ Schoetensack-Christians-Eichler, *Grundzüge eines Deutschen Strafvolstreckungsrechts*, p.122 (con prologo del presidente de la Academia de Derecho Aleman, Hans Frank y con cita de Gürtner, Ministro de Justicia, en “*Deutsche Justiz*”, 1.934, p. 722., citado por Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.001, pag. 169, nota al pie 91.

finés, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida “procesal”, o “cautelar”, y, en consecuencia, “no penal”, en lugar de una ilegítima pena sin juicio. La prisión preventiva asumía así la fisonomía de una verdadera medida de prevención frente a los peligrosos y los sospechosos o, peor aún, de una ejecución provisional o anticipada de la pena (Ferrajoli, 1.995, p. 553).

Ferrajoli sostiene que una vez que resultó admitida la legitimidad de la prisión preventiva por parte de las orientaciones más progresistas, y solo en miras de admitirla para las solas necesidades instrumentales enunciadas por Beccaria, nada pudo evitar el empleo de la misma como castigo anticipado. En forma contundente expone su postura señalando que:

Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de su inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”. En este aspecto tenía razón Manzini: “Y, en fin, ¿de qué inocencia se trata?... Y entonces, ¿por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no se abole la prisión provisional?” (Ferrajoli, 1.995, p. 555).

Difícilmente se pueda señalar un “error” en las consideraciones de autores de la talla de Ferrajoli o de Zaffaroni, pero sí se puede manifestar un desacuerdo en algunas de sus conclusiones. Haciendo tal salvedad, y dejando a salvo que tal vez tampoco constituya una crítica original, pasaré a exponer.

Sin lugar a dudas, desde un punto de vista material, esto es, prescindiendo de la letra formal de la ley y de las resoluciones jurisdiccionales que las mismas originen, cualquier tipo de privación de la libertad que se ordena con carácter previo a una sentencia condenatoria afecta el principio de inocencia. No existe mecanismo posterior que permita reparar a una persona que fue privada de su libertad y luego absuelta, el tiempo que permaneció contra su voluntad en una situación intramuros. La privación de la libertad de locomoción, no es solo ello, la pérdida de la autodeterminación del movimiento corporal, es la reducir a personas adultas a regímenes controlados donde no disponen de su tiempo de sueño, alimentación, e higiene. Es decir que no solo es permanecer en un mismo espacio físico, sino que es someterse a régimen de conducta. A ese sometimiento deben agregarse las pésimas condiciones en que se encuentran la enorme mayoría de los establecimientos penitenciarios en nuestra región. Todo ese cúmulo de efectos nocivos que venimos brevemente reseñando, en el fondo importan una regresión en cualquier ser adulto, que pasa de poseer el absoluto señorío de su vida, a una situación similar a la de una menor. Todos estos efectos han quedado denominados bajo el nombre de *prisionización* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002).

De la *prisionización* no se podría negar nunca su carácter de castigo, y pese a que formalmente - legalmente- intentemos diferenciar la coerción procesal de la sustantiva, al cumplirse ambas en las mismas dependencias del servicio penitenciario, la distinción solo permanece en el plano del deber

ser, mientras que en la materialidad los individuos se ven sujetos a los mismos padecimientos. En tal sentido, desde una óptica de absolutos, cualquier restricción a la libertad física puede ser considerada desde lo material como una afectación del estado de inocencia.

Siguiendo los postulados sobre “verdad procesal” de Ferrajoli, se concluye que la misma es siempre acompañada de una inevitable incertidumbre, incluso en aquellos casos en que la judicatura resuelve manifestando tener “certeza”. En otras palabras, y sintetizando, incluso cuando creemos encontrarnos con certeza, la misma guarda un lugar a la incertidumbre. Esto que se ha llamado “correlativa incertidumbre” de toda resolución judicial, es cubierta con un ejercicio de poder por parte de los jueces. En la medida que tal espacio sea más amplio, más arbitrariedad se filtrará, ya que se trata de una mera decisión personal juez basada en su pura subjetividad. En la medida que ese espacio sea menor, y la decisión esté mayormente fundada en conclusiones verificables, menos lugar a la plena subjetividad y al puro decisionismo. O parafraseando al propio Ferrajoli (1.995), a mayor saber menor poder, y viceversa.

Que esto nos lleva nuevamente a una cuestión de relatividad, descartando la existencia de absolutos, en este caso en relación a la “verdad” como resultado de un procedimiento. Entonces, si las conclusiones -o resoluciones judiciales- son siempre relativas, esto es, que siempre guardan un relativo grado de incertidumbre o “posibilidad de error”, no se podría dejar de señalar que la existencia de ese porcentaje de error, y en el marco de construcciones en base a absolutos, es una afectación del estado de inocencia, ya que nunca se sabría “a ciencia cierta” si la tesis que incrimina al imputado es la única verdad. Explicado de otra forma, se condenará a una personas por meros datos objetivos de probabilidad, y se reconoce que las conclusiones cargan consigo un margen de error que implica la posibilidad de condenar un inocente. Ese marco, así planteado, -en términos absolutos- ofende el estado de inocencia. ¿Porque? Por que de antemano se sabría que el resultado del proceso puede no ser más que el castigo de un inocente.

Pero si nos apartamos de los absolutos, la problemática puede encontrar otra forma de ser expresada derivando en conclusiones que, sin negar lo antes referido, logran legitimar las coerciones personales sin desvirtuar un sistema republicano.

Ya en tiempos de la Revolución Francesa, y con la proclamación de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Asamblea Nacional Constituyente francesa dispuso en su artículo IV⁶⁹ que “*El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites solo pueden ser determinados por la ley*”. Comúnmente suele atribuirse erróneamente a Santo Tomás

⁶⁹ Artículo IV de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley*”.

de Aquino -e inclusive a Sartre-, que no hay derechos absolutos, sino que nuestros derechos terminan donde empiezan los derechos de los demás. Lo cierto que tal principio se encuentra expresamente contemplado en un documento jurídico de altísima relevancia en la cultura jurídica argentina y de toda Hispanoamérica, ya que formó parte de las ideas que inspiraron el movimiento independentista nacional⁷⁰. Este principio diagrama un “sistema de libertades”, o de articulación de derechos subjetivos de los miembros de una comunidad, en el que existen límites. En el caso de las libertades naturales, serán los derechos de los demás, en el caso de las libertades civiles, serán la constitución y demás leyes que conformen el plexo normativo (González, 1.980). Se trata de un principio básico en virtud del cual no hay cosa tal como un derecho absoluto, “*en el sentido de poder ser invocado sin restricciones de cualquier orden*” (Baeza, 2.006, p. 212)⁷¹, única conclusión posible partiendo de lo prescripto por la C.N., la cual establece en su art. 14⁷² que “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”. Agrega a ello el art. 28 de la Carta Magna⁷³, que “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”, lo que determina que so pretexto de la relatividad de los derechos no puede afectarse el espíritu con el que los mismos le fueron reconocidos a los hombres por la Constitución⁷⁴.

Es decir que se permite regular el modo en que los derechos habrán de ser efectivamente ejercidos, cuidando que tal reglamentación no implique desvirtuar los mismos. A ello debemos agregar que, de existir derechos de distinta jerarquía, en tanto y en cuanto el objeto del derecho subjetivo sea más relevante para el desarrollo vital de una persona, mayor deberá ser el cuidado, o a la inversa, menor podrá ser el grado de afectación a través de la regulación que sujete su ejercicio. Sin lugar a dudas, la libertad física es un derecho primordial, aunque no obstante ello, cae bajo la misma relatividad que cualquier otro, siempre admitiendo que su regulación -o restricción- deberá ser siempre en casos que la misma se torne inevitable.

⁷⁰ Es menester destacar que no se pierde de vista lo normado por el artículo XXVIII de la D.A.D.D.H., el cual -con jerarquía constitucional- establece que: “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*”. Tampoco el artículo 32.2 de la C.A.D.H.: “*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*”.

⁷¹ “*Ya en un viejo fallo recaído en el caso ‘Empresa Plaza de Toros c/Provincia de Buenos Aires’, sostuvo la Corte que el poder de policía en las provincias esta en manos de sus gobiernos locales, quienes así se han reservado lo atinente a la seguridad, salubridad y moralidad; y, por ende, puede dictar normas con estos fines, sin que el art. 14 de la Constitución haya garantizado a los habitantes el derecho absoluto al ejercicio de las facultades conferidas por dicha norma, sino con sujeción a las leyes que reglamenten su ejercicio*” (Baeza, 2.006, pag. 212).

⁷² Artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁷³ Artículo 28 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁷⁴ Con mayor actualidad, y demostrando que es una doctrina de la Corte de antigua data y que aun hoy persiste, puede hacer mención al fallo “*Elide Josefina Laura Celso de Stoll*”, Fallos 304:319 (1.982) citado en gran cantidad de resoluciones en que se trata la facultad del Estado de reglamentar derechos: “*La Constitución Nacional no consagra derechos absolutos y estos derechos y garantías se ejercen con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, siendo razonables, no son susceptibles de impugnación constitucional*”.

En igual sentido se expresan Fleming y López Viñals al sostener que:

El hecho de que las libertades del imputado, directamente asociadas a su estado de inocencia, tenga naturaleza de primeras normas de consideración atento a su jerarquía, sea por su previsión constitucional o por su inclusión como garantía judicial en los tratados internacionales sobre derechos humanos, no altera en modo alguno la posibilidad de que respecto de ellas se dispongan restricciones de índole legal que son luego objeto de aplicación por parte de las autoridades judiciales y administrativas (Fleming y López Viñals, 2.008, pag. 34).

Es en este orden de ideas que se erigen las llamadas corrientes procesalistas, las cuales atribuyen a la coerción personal el carácter de medida cautelar, esto es, que se postula a la mismas como un medio, no como un fin en sí mismas. Se trata -aplicadas en rigor- de un medio del cual los agentes judiciales pueden valerse al solo efecto de que no se vean frustrados los fines del proceso por el accionar del presunto autor del ilícito investigado. Solo en la prosecución de aquel objetivo, la medida dispuesta no resulta una pena anticipada.

Como ya fuera expuesto, la finalidad del enjuiciamiento penal es la búsqueda de la verdad procesal, cuyo componente verdad fáctica no es más que la reconstrucción histórica del hecho imputado, precisando sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Un procedimiento penal estructurado como proceso cognitivo, y sujeto a los principios liberales del *debido proceso* es, a la vez, contenedor y habilitante del ejercicio del poder punitivo. Por un lado custodia a los más altos valores del ser humano del poder punitivo del Estado, y por el otro, habilita a aquél, a través de una decisión argumentada (Maier, 2.004). Así entendido el proceso, la denuncia solo inicia un mecanismo de búsqueda regulado, respetándose en su curso de desarrollo la vigencia del *estado de inocencia*. En el marco de un estado de derecho, el ordenamiento descarta la existencia de presunciones de culpabilidad, y es el Agente Fiscal en un sistema acusatorio quien deberá reunir los elementos convictivos necesarios a fin de acreditar su tesis acusatoria. Hasta tanto solo existe una hipótesis, la cual por sí sola no puede servir de argumento válido para la privación de libertad del encausado. Es decir que el Estado deberá garantizar la libertad del imputado durante la tramitación del proceso, siendo esto la regla, y la excepción, la privación de la libertad.

La C.S.J.N. ha reiterado la validez constitucional de las medidas privativas de la libertad durante la tramitación del proceso. Vale en tal sentido hacer referencia el fallo “*Todres*”, oportunidad en la cual el máximo tribunal nacional sostuvo:

Que corresponde, por último, puntualizar que si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso, no es menos cierto que también reviste ese origen su presupuesto, o sea el instituto de la prisión preventiva, desde que el art. 18 de la C.N. autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. El respeto debido a la libertad individual no puede

excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar medidas de precaución que sean necesarias para asegurar el éxito de la investigación (...)⁷⁵.

Nuestra constitución confiere fundamento a las medidas privativas de la libertad durante la tramitación del proceso, y ello no solo en letra de su art. 18⁷⁶, sino que además podemos hacer mención al art. 9, inc. 3ro., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁷, incluido en bloque de constitucionalidad a partir de la reforma del año 1.994, el cual reconoce a la prisión preventiva como medio a fin de asegurar la comparecencia del imputado al acto del juicio, y en su caso para la ejecución del fallo. Lo mismo cabe concluir a partir de los términos en que se encuentra expresado el art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁸, el cual reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad a recurrir ante un órgano jurisdiccional competente la legalidad de su arresto o detención; o del art. 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁹, el cual veda el ejercicio de una coerción adjetiva en forma arbitraria; finalmente y en igual sentido, el art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁰, establece la misma prohibición solo agregando que la detención solo procederá con arreglo al procedimiento establecido en la normativa.

3.3. Objeto. Finalidad.

Que conforme lo expresado hasta aquí, y como consecuencia lógica de la naturaleza cautelar atribuida a la coerción personal, solo se puede dejar a salvo el estado de inocencia -y su corolario de tratar al imputado como inocente-, atribuyendo a la misma una exclusiva finalidad instrumental alejada de cualquier propósito sustantivista. Lo que se pretende a través del empleo de medidas que cercenen la libertad durante la tramitación del proceso penal, es el desarrollo del mismo sin impedimentos derivados de acciones desplegadas por el imputado.

En su libro “Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo”, Bovino sostiene que

resulta completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) 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, por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la necesidad de la detención preventiva (Bovino, 1.998, p. 137).

⁷⁵ C.S.J.N., “*Todres, Isaac*”, Fallos 280:297 (1.971).

⁷⁶ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁷⁷ Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁸ Art. 7, inc. 6to., de la Convención Americana de Derechos Humanos: “*Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención (...)*”

⁷⁹ Art. 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*”.

⁸⁰ Art. 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*(...) Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”.

Así como se expresó en el punto anterior del presente trabajo que la coerción procesal tiene fundamento en la C.N. y en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, siendo asimismo admitidas como legítimo ejercicio del poder penal del Estado por la doctrina procesal penal argentina, así como por la C.S.J.N., es dable destacar que en el ámbito del derecho internacional se encuentra expresamente contemplada la exigencia de una finalidad procesal como único fundamento válido, salvaguardando la legalidad del proceso y respetando así la presunción de inocencia que posee todo sujeto sometido a un procedimiento.

Concluye el referido autor que:

Tanto el texto de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 7, nro. 5⁸¹) como el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9, nro. 3⁸²) son claros un único propósito legítimo para el encarcelamiento cautelar. La detención anterior a la sentencia condenatoria, entonces, sólo resulta legítima, según el contenido literal de ambos instrumentos internacionales, en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del imputado al procedimiento penal abierto en su contra y, eventualmente, la ejecución de la sentencia de condena. Toda detención que persiga otros fines, por ende, se torna una detención ilegítima (Bovino, 1.998, p. 138).

Como fuera dicho en puntos anteriores, el derecho de fondo no le toca un pelo al imputado, con lo cual solo la ley de forma puede determinar la afectación del estado de inocencia de un sujeto en el curso de un proceso. Por ello la ley procesal -competencia de cada una de las provincias- deberá prever el instituto de la coerción personal bajo este único objetivo, la salvaguarda de los fines del proceso.

Lo cierto es que en todo estado de derecho subsiste en forma latente un estado de policía, el que puede manifestarse por medio de instrumentos legislativos, tanto como prácticas de los operadores judiciales. El primer caso, el de leyes que contradigan el espíritu de la forma de gobierno adopta por el país, cada vez son las menos como resultado del avance y de la maduración democrática (dejando a salvo casos puntuales); en el segundo caso, no cabe la misma respuesta. Existen en el seno de la administración de justicia prácticas que en lo material esquivan, desoyen o se alejan de los objetivos que fueron planteados en código adjetivo. En el caso de la provincia de Buenos Aires, el régimen acusatorio instaurado con la reforma del año 1.998 no implicó que los operadores formados a la luz del código Jofré modificaran su tradición y su forma de trabajo de un día para otro, sino que la aplicación de un paradigma distinto hoy día continúa su curso. Y esto es de esperar porque las leyes viven en el mundo del deber ser y el ejercicio jurisdiccional en el plano del ser, ajustar ambos a parámetros aceptables de coincidencia queda supeditado a la mentalidad de quienes llevan a la

⁸¹ Art. 7, inc. 5to, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: “(...) *Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”.

⁸² Art. 9, inc. 3ro., del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “(...) *su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.

prácticas la instrumentación material de un sistema formal. A la cuestión personal o subjetiva de los operadores judiciales, hay que sumar la carencia presupuestaria, lo que determina un calamitoso sistema penitenciario, que se suman la falta de dependencia policiales y alcaldías para mantener separados a condenados y procesados, así como la falta de instauración de la policial judicial desde la fecha de la reforma a la actualidad (en el año 2.012 se aprobó la ley que instrumenta la misma, pero aun hoy no se ha puesto en marcha).

Con esto se quiere resaltar que no puede pasarse por alto que el objetivo formal de las medidas de coerción personal no está en cuestionamiento, lo que se cuestiona es su aplicación efectiva, cumpliendo la misma materialmente una función de pena anticipada. Ya que las diferencias que puedan trazarse entre coerción sustantiva y coerción adjetiva se presentan en lo cotidiano como puro formalismo y mucho más una expresión de deseo que realidad.

Es por ello que el debate constante de la aplicación del encierro preventivo, y cualquier otra medida que restrinja la libertad física, resulta indispensable a riesgo de tornar ilusoria la finalidad de las leyes procesales de reducir el empleo de las mismas a parámetros que concuerden con la forma republicana de gobierno.

Sintéticamente, la legitimidad de las medidas de coerción personal no se encuentra en discusión por falta de asidero legal, sino por su instrumentación diaria por los órganos judiciales. De ahí que considere como eje central del análisis de las medidas restrictivas de la libertad su perspectiva de instrumentación y no tanto su legitimidad en el marco de un estado de derecho.

Capitulo II

Las medidas de coerción en el C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires.

1. Principio de libertad durante la tramitación del proceso.

Baeza refiere -haciendo alusión a las opiniones de Sánchez Viamonte- que la libertad es una sola, pero al institucionalizarse se va diversificando, y de allí que se hable de *libertades* para referirse a derechos que forman parte de la libertad. En primer término hallamos a la libertad como libertad corporal o física, entendida ésta como ausencia de trabas en la forma institucional de un derecho. Luego esta libertad va adquiriendo formas afirmativas y positivas, convirtiéndose institucionalmente a través de derechos particulares en la facultad de transitar, salir, entrar, permanecer, trabajar, comerciar, etc. (Baeza, 2.006).

La libertad física, más específicamente la libertad ambulatoria, es una de las libertades civiles básicas, con la característica sobresaliente de ser aquella forma de libertad que permite el ejercicio y goce de gran mayoría de las restantes (Fleming y López Viñals, 2.008).

Una de las implicancias del estado de inocencia resulta ser que el imputado de un hecho ilícito debe ser tratado a lo largo de procedimiento penal como si fuera inocente, cuestión que determina que un acusado -procesado- por su condición de inocente goza de las mismas libertades que un inocente, lo que en definitiva implica que: la libertad ambulatoria del imputado durante el proceso es el principio, y a su encarcelamiento no es más que una medida de excepción a la que solo podrá recurrirse cuando resulte inevitable.

1.1. Protección de la libertad ambulatoria en el derecho interno.

Conforme fuera pronunciado por el constituyente en 1.853, uno de los objetivos de la organización federal del estado es la de “*asegurar los beneficios de la libertad*”⁸³, confiriéndose a ella la condición de única circunstancia en la que el ser humano puede gozar de una vida plena, y realizar su proyecto de vida sin interferencias.

Sostienen Fleming y López Viñals que los pilares del derecho a la libertad ambulatoria en el derecho constitucional argentino formal, son el art. 14⁸⁴ y el art. 18⁸⁵ de la C.N., junto a estas normas encontramos aquellas disposiciones que en concordancia y en virtud de las implicancias del sistema de supremacía constitucional han sido dictadas por las provincias en sus constituciones y códigos de procedimiento como ejercicio de sus facultades reservadas (Fleming y López Viñals, 2.008).

En el caso de la provincia de Buenos Aires debemos destacar, en el marco de la constitución provincial, a los arts. 10⁸⁶, 15⁸⁷, 16⁸⁸, 20, inc. 1ro.⁸⁹, y 21⁹⁰ y 22⁹¹. Pese no existir en este cuerpo

⁸³ Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina.

⁸⁴ Artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁸⁵ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁸⁶ Artículo 10 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

normativo una norma que en forma expresa determine que la libertad de los individuos en el marco procedimiento penal es la regla, lo cierto es que a partir de ellas puede advertirse un sistema normativo preordenado de forma tal que las restricciones a la misma sean solo de carácter excepcional. Conforme la primera de las normas citadas -art. 10⁹² de la constitución bonaerense, todos los habitantes son por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su libertad, no pudiendo ser privado de este goce “*sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente*”. El artículo 15⁹³ establece que la provincia asegura la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento judicial. De gran importancia es lo normado por el artículo 16⁹⁴ de la Carta Magna provincial, en virtud del cual ningún sujeto puede ser detenido “*sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo en caso flagrante (...); ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente*”. Prevé asimismo la constitución bonaerense en su artículo 20, inciso 1ro.,⁹⁵ como garantía del derecho constitucional a libertad física, la acción de habeas corpus para el caso en que una persona, de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal. Por último corresponde destacar lo normado en el artículo 21⁹⁶ de la constitución provincial, el cual da expreso reconocimiento a los institutos procesales de la eximición y excarcelación de prisión, por el artículo 22⁹⁷ el cual consagra -en concordancia con un pasaje de la

⁸⁷ Artículo 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

⁸⁸ Artículo 16 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

⁸⁹ Artículo 20, inc. 1ro., de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

⁹⁰ Artículo 21 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

⁹¹ Artículo 22 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

⁹² Artículo 10 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente*”.

⁹³ Artículo 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave*”.

⁹⁴ Artículo 16 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*Nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo en caso flagrante, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquiera persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez; ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente*”.

⁹⁵ Artículo 20 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales: 1. Toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal, podrá ejercer la garantía de Habeas Corpus recurriendo ante cualquier juez*”.

⁹⁶ Artículo 21 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente. La ley determinará las condiciones y efectos de la fianza, atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias, y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional*”.

⁹⁷ Artículos 22 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*Todo habitante de la Provincia, tiene el derecho de entrar y salir del país, de ir y venir, llevando consigo sus bienes, salvo el derecho de tercero*”.

norma contenida en el artículo 14 de la C.N.- que todos aquellos que habiten la provincia de Buenos Aires tienen el “*derecho de entrar y salir del país, de ir y venir*”.

De las normas que han sido mencionadas, corresponde iniciar destacando que la constitución bonaerense dejó en segundo lugar a la regulación del aquel concepto de libertad más amplio y genérico denominado libertad de tránsito, estipulando primeramente normas relativas a los extremos requeridos a fin de restringir legítimamente la libertad personal, lo cual, y ello conforme a pautas de técnica legislativa, puede traducirse en el reconocimiento de un orden jerárquico de los derechos personalísimos que el estado provincial busca proteger; asimismo, en este orden de ideas es dable destacar el número de artículos que han sido destinados al tratamiento de la libertad física.

Especial mención requieren las previsiones contenidas en los artículos 10⁹⁸ y 15⁹⁹ del cuerpo legal en análisis, conforme los mismos todos los seres humanos son libres y tienen derecho *perfecto* a que tal libertad sea protegida, solo admitiéndose su afectación de las resultas de un debido proceso, lo que implica el tratamiento del acusado como inocente a lo largo del procedimiento, y la imposibilidad en consecuencia de afectar su libertad en forma previa al dictado de una sentencia que declare su culpabilidad. El artículo 16¹⁰⁰ por su parte reserva la coerción personal como recurso válido únicamente en aquellos casos que se investiguen delitos penados con pena corporal -prisión-, y que se haya reunido en la investigación elementos de convicción suficientes que permitan presumir que el inculpado es autor del hecho ilícito endilgado.

Otro aspecto a tener en consideración y que merece ser resaltado, es la previsión por parte del constituyente bonaerense de un mecanismo breve y sumario, cuyo origen se atribuye a la primitiva legislación constitucional inglesa, primero la “Carta Magna” de 1.215¹⁰¹, y luego el “Habeas Corpus Act” de 1.679¹⁰², y que “*es considerado con razón el baluarte de la libertad individual, pues sirve para determinar si una persona ha sido legalmente detenida, y la causa de esa detención*” (Baeza, 2.006, p. 388). Es decir que no solo existiendo una norma expresa en la C.N., sino además instrumentos internacionales de la misma jerarquía y leyes nacionales que contemplan el instituto, el constituyente bonaerense dio igualmente expresa consagración a la figura, con lo cual nuevamente se demuestra el especial recelo por alcanzar una máxima protección de esta específica forma de libertad,

⁹⁸ Artículo 10 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

⁹⁹ Artículo 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

¹⁰⁰ Artículo 16 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

¹⁰¹ Artículos 39 y 40 de la Carta Magna de 1.215: “39. *Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país. 40. A nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia*”. Recuperado el 10 de abril de 2.016 de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/17.pdf>

¹⁰² Artículos 1 del Habeas Corpus Act de 1.679: “*Sheriff, &c. within Three Days after Service of Habeas Corpus, with the Exception of Treason and Felony, as and under the Regulations herein mentioned, to bring up the Body before the Court to which the Writ is returnable; and certify the true Causes of Imprisonment. Exceptions in respect of Distance*”. Recuperado el 10 de abril de 2.016 de: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/31/2/section/I>.

ya que desde una óptica de la operatividad y vigencia del instituto, su regulación no resulta en modo alguno necesaria para exigir su aplicación en el ámbito bonaerense.

Finalmente habré de referirme a las previsiones del artículo 21 de la constitución bonaerense¹⁰³, el cual hace mención expresa a dos institutos de libertad durante el trámite del proceso, lo que viene a determinar que tales no podrán ser desconocidos por las leyes de forma que eventualmente sean dictadas. Sobre un total de 24 constituciones provinciales y la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solo 6 provincias han hecho esta mención. Así puede mencionarse el artículo 19 de la constitución salteña¹⁰⁴, el que establece que la procedencia de medidas restrictivas de la libertad es excepcional y solo a efectos de asegurar los fines del proceso, previendo asimismo a la excarcelación de oficio; los artículos 40¹⁰⁵ y 31¹⁰⁶ de las constituciones de San Luis y San Juan respectivamente, los cuales en forma muy similar el uno y el otro establecen que las medidas de coerción que afecten la libertad personal son de carácter excepcional, y que reconocen la excarcelación y la eximición de prisión, con o sin fianza, en los modos que establezca la ley; por su parte el artículo 36 de la constitución de la Pcia. de Catamarca¹⁰⁷ establece que será pasible de excarcelación todo imputado que diere caución suficiente para responder por los daños y perjuicios, fuera de los casos en que el delito merezca pena privativa de libertad cuyo monto exceda el que fije la ley procesal; finalmente el artículo 25 de la constitución de Santa Cruz¹⁰⁸ establece que se podrá disponer la excarcelación y la eximición de aquellos que dieran caución suficiente en los casos que la ley determine.

Como puede observarse no resulta una práctica común su consagración en los textos de derecho constitucional provincial, y lo cierto es que salvo aquellos casos en que expresamente se establece que la restricción a la libertad es de carácter excepcional, no resulta una norma con mayor trascendencia. Para que una cláusula en este sentido revista la importancia suficiente y resulte merecedora de ser incluida en un cuerpo normativo constitucional, debería consagrar en la letra de la C.N. aquello que ya

¹⁰³ Artículo 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires.

¹⁰⁴ Artículo 19 de la Constitución de Salta: “*Libertad Personal. La libertad personal es inviolable (...). Toda restricción de la libertad física se dispone dentro de los límites absolutamente indispensables para la investigación del ilícito o para evitar que el imputado pueda eludir la acción de la justicia o en relación con la gravedad de los hechos. (...). La ley regula la excarcelación de oficio.(...)*”.

¹⁰⁵ Artículo 40 de la Constitución de San Luis: “*(...) Las medidas de seguridad personal sobre un imputado o procesado que esta Constitución autoriza, son siempre de carácter excepcional. (...) Puede excarcelarse o eximirse de prisión al imputado o procesado por un delito, con o sin fianza. La ley establece los casos y las modalidades de la misma*”.

¹⁰⁶ Artículo 31 de la Constitución de San Luis: “*(...) Las medidas de seguridad personal sobre un imputado o procesado que esta Constitución autoriza, son siempre de carácter excepcional. (...) Puede excarcelarse o eximirse de prisión al imputado o procesado por un delito, con o sin fianza. La ley establece los casos y las modalidades de las mismas.-*

¹⁰⁷ Artículo 36 de la Constitución de la Pcia. de Catamarca: “*Será excarcelable todo procesado que diere caución suficiente para responder por los daños y perjuicios, fuera de los casos en que, por la naturaleza del delito, merezca pena privativa de libertad cuyo monto exceda del que fije la ley procesal, o se impute el delito de hurto de ganado mayor*”.

¹⁰⁸ Artículo 25 de la Pcia. de Santa Cruz: “*Podrá ser excarcelada o eximida de prisión la persona que diere caución juratoria, o fianza suficiente, en los casos y condiciones que determine la ley atendiendo el delito cometido y sus circunstancias*”.

ha sido a materia de consagración jurisprudencial, y es que no existen *delitos inexcusables*¹⁰⁹. Mucha mayor trascendencia podemos atribuir a una formulación de la regla en esos términos que la mera previsión de la excarcelación y eximición, lo que -sin mayores precisiones como garantía a la libertad personal- deviene en una redundancia normativa frente a normas de superior jerarquía.

Sin perjuicio de la consideraciones expuestas, y pese a que el sistema normativo de protección de la libertad personal consagrado por la constitución bonaerense no contiene una norma que en forma expresa, y con la contundencia deseada, exprese, que la libertad durante el trámite procesal penal es el principio y no la excepción, no puede tampoco soslayarse que tales previsiones, por imperfectas que sean, colocan a la libertad como un bien jurídico de la más alta jerarquía, no pudiendo ser este arbitrariamente restringido a través de la aplicación de medidas de coerción adjetiva como penas anticipadas.

Avanzando con el fundamento en las normas de derecho interno, es turno de analizar el código de rito provincial, el cual en el “Capítulo I - Reglas Generales” contenido en el “Título VI - Medidas de Coerción”, establece en el artículo 144¹¹⁰ que:

El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la Ley para decidir lo contrario.

La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Esta norma consagra expresamente que la libertad del imputado es la regla durante el curso del proceso penal, relegando toda restricción de esta a los casos en que sea absolutamente imprescindible para garantizar la averiguación de la verdad y la eventual condena que se dicte como resultado del mismo. Tanto su ubicación en el cuerpo legal, así como su formulación, resultan de atinada técnica legislativa. Con ella no puede negarse que la pregunta correcta en un estado de derecho resulta ser: ¿en qué condiciones puede ordenarse la restricción de la libertad por intermedio de una medida cautelar privativa de la libertad? y no la inversa, esto es, ¿en qué caso un imputado puede permanecer en libertad? Puede aquí citarse del voto de la Dra. Ledesma en el fallo plenario “*Díaz Bessone*”¹¹¹:

A mi entender, habría que invertir la pregunta del plenario, toda vez que el problema radica esencialmente, en definir cuándo procede el encarcelamiento preventivo. Ello así, dado que en la práctica cotidiana la discusión no pasa por definir cuáles son los supuestos que justifican el encierro cautelar como presupuesto de la prisión preventiva, por el contrario, como en este caso, lo que se debate es cuándo la persona puede o no recuperar la libertad. El desvío del eje central de la discusión tiene

¹⁰⁹ C.S.J.N., “*Napoli*”, Fallos 321:3630 (1.998).

¹¹⁰ Artículo 144 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹¹¹ C.F.Cas.-Penal, Sala II, “*Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley*”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008.

raíces culturales, de orden sustantivo e inquisitivo. Esta distinción no es menor, ya que en realidad lo que no se advierte es que por imperio constitucional es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso y no, como sucede actualmente, donde se invierte la carga de la prueba y se exige al imputado que demuestre que no eludirá o afectará el accionar de la justicia. Como sostiene Cafferata Nores, la palabra excarcelación en algún momento desaparecerá de nuestro vocabulario jurídico ("La excarcelación", Editorial Depalma, Buenos Aires 1998 Tomo I), en razón de que este instituto, al igual que el de la eximición de prisión, son producto de las desviaciones político institucionales del sistema. La idea central pasa por superar el criterio penalizador del encarcelamiento cautelar; es decir, acreditada la verosimilitud del derecho, habrá que verificar si en el caso existe peligro en la demora o riesgo procesal de elusión (art. 9.3 del PIDCyP).

Es esta la inteligencia que debe de emplearse al momento de disponer restricciones a la libertad, es decir, partir de la regla, respetando el derecho del justiciable a que se lo trate como lo que es, un inocente, hasta a que una resolución judicial declare su culpabilidad. Si del curso de la investigación surgen elementos de convicción que permitan considerar -en forma verificable- que la única alternativa de asegurar la finalidad del procedimiento es la restricción de la libertad personal, podrá entonces procederse a hacer uso de las medidas coercitivas.

1.2. Protección de la libertad ambulatoria en el derecho externo.

Junto a las normas de derecho interno mencionadas, hallamos otras contenidas en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, las cuales a partir de la reforma del año 1.994, y a través del art. 75, inc. 22, de la C.N.¹¹², conforman lo que la doctrina ha dado a llamar "bloque de constitucionalidad". Estas normas revisten gran importancia, ya que pese encontrarse en convenciones fuera de la constitución, gozan de la misma jerarquía que aquellas propias del texto constitucional formal, motivo por el cual gozan de supremacía por sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Entre estas encontramos el art. 7.1 a 7.3¹¹³ de la Convención Americana de Derecho Humanos; art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁴; art. XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹¹⁵; y art. 9.1 y 9.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹⁶.

¹¹² Artículo 75, inc. 22, de la Constitución de la Nación Argentina.

¹¹³ Artículo 7 de la Convención Americana de Derecho Humanos: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; y 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

¹¹⁴ Artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

¹¹⁵ Artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes".

¹¹⁶ Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

De los términos en que se encuentran expresados los artículos citados, no se advierte garantías -o restricciones- distintas a las contempladas en las normas de derecho interno, ello al menos en lo concerniente al territorio bonaerense, cuyo sistema normativo es el que se encuentra bajo análisis en el presente trabajo¹¹⁷.

Ello significa que para el derecho internacional de los derechos humanos, la restricción de la libertad personal de un imputado es de una carácter absolutamente excepcional. Esta excepcionalidad, derivada del estado de inocencia -y del consecuente trato de inocente que debe prestarse al acusado sujeto a proceso-, solo tendrá lugar en los casos expresamente contemplados por la ley de forma de cada Estado parte. A lo hasta aquí dicho, se agrega una prescripción a los Estados que han suscrito el P.I.D.C.P., fijándose como único objeto de las medidas coercitivas: a) asegurar la comparecencia del imputado; y b) la eventual ejecución de la una sentencia condenatoria. De tal manera se ha acotado la discrecionalidad de los Estados parte al momento de legislar acerca del régimen de restricciones preventivas de la libertad personal -so riesgo de responsabilidad internacional-. El art. 9.3 del P.I.D.C.P.¹¹⁸ rechaza expresamente que el encarcelamiento preventivo se establecido como la regla frente a la iniciación de un proceso penal, y luego, al fijar los únicos objetivos de este, indirectamente determina su naturaleza eminentemente cautelar.

Nuevamente, tales prescripciones no resultan extrañas o novedosas a nuestro derecho, pero no por ello puede soslayarse que las mismas se encuentran dotadas del poder propio de las formulaciones expresas. Por ello, y en consecuencia, los códigos de rito deberán imperativamente reconocer el carácter cautelar de las coacciones adjetivas, tanto porque en caso contrario se renegaría del carácter *instrumental* o *serviente* del derecho procesal penal, y porque se convertiría a este en un fin realizable en si mismo, totalmente autónomo del derecho material a realizar (Maier, 2.004, p. 527).

Con lo hasta aquí expresado no se ha intentado más que reflejar el modo en el que la libertad se encuentra protegida, tanto en el derecho interno y como en el externo, analizado la normativa vigente en forma conglobada. Puede a partir de lo expuesto concluirse, y ello aun sin el art. 9.3 del P.I.D.C.P., que la libertad durante la sustanciación del proceso como regla -y como mayor de las garantías

(...) 3. (...) *La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*".

¹¹⁷ Es dable destacar que se advierten en el derecho interno argentino, la existencia de normas como el art. 36 de constitución de Catamarca, en la que se establecen los llamados delitos inexcusable. Normas de tales características son abiertamente inconstitucionales, ya que al no respetan las restricciones impuestas a las medidas coercitivas personales, y que determinan su diferencia con las coerciones sustantivas. Si por la clase de ilícito atribuido a un sujeto, o por la pena en expectativa del mismo, se determina la inexorable aplicación de una restricción a la libertad ambulatoria de un sujeto gozando de su estado de inocencia, la medida de coerción no surgiría como medio para asegurar un fin, sino como anticipo de pena por la mera *notitia criminis*. La noción de delitos inexcusable será abordada con mayor profundidad en los acápites ulteriores.

¹¹⁸ Artículo 9.3 del P.I.D.C.yP..

procesales del imputado- no es más que el lógico resultado del armónico juego de las normas de distinta jerarquía que han sido citadas.

Así lo ha reconocido expresamente la propia C.S.J.N. en el fallo “*Gundin*”¹¹⁹, reconociendo en el considerando segundo de dicha resolución, jerarquía constitucional al derecho a gozar de la libertad durante el proceso, ello siempre admitiendo la facultad de dictar restricciones al mismo¹²⁰. En tal sentido, y aplicando al caso un principio general de derecho cuya expresión latina reza *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*¹²¹, si el ordenamiento jurídico -y en especial aquellas normas de mayor jerarquía legal- no se encargan de proteger o de restringir la libertad ambulatoria de los imputados conforme a la gravedad del delito imputado -o la alarma o impacto social que el hecho denunciado haya podido provocar-, no deben los operadores judiciales caer en tales apreciaciones al momento de analizar la procedencia de medidas en análisis.

¹¹⁹ C.S.J.N., “*Gundin, Jorge Omar s/ robo de automotor*”, Fallos 314:451 (1.991).

¹²⁰ C.S.J.N., “*Elide Josefina Laura Celso de Stoll*”, Fallos 304:319 (1.982).

¹²¹ Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

2. Presupuestos de procedencia (art. 146 del C.P.P.).

Conforme establece el artículo 144, párrafo 2do., del C.P.P. de la provincia de Buenos Aires¹²², las restricciones a la libertad personal solo podrán tener lugar en aquellos casos en que fuere “*absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*”. Como se puede apreciar, surge una clara suscripción del código de rito bonaerense a la concepción cautelar de las medidas de encierro preventivo, concordante con las normas rectoras en materia de protección de la libertad ambulatoria contenidas en el bloque de constitucionalidad.

Conforme lo hasta aquí analizado, el derecho a la libertad ambulatoria, como todo derecho, no es absoluto, y su consecuente relatividad queda supeditada a la reglamentación de medidas cautelares de coerción personal, las cuales procederán de manera excepcional y en aquellos casos expresamente contemplados en la ley de forma.

De la conjugación de los art. 144 del C.P.P.B.A.¹²³ y 9.3. del P.I.D.C.P.¹²⁴ surge una clara limitación al poder de persecución penal del Estado, al expresamente vedar la restricción de libertad y sujetarla a casos de inevitable necesidad. Al establecerse este límite, que insistimos, por su expresa y contundente consagración deviene infranqueable, el margen de discrecionalidad de los operadores judiciales se ve severamente disminuido. Y es este justamente el camino correcto para lograr la efectiva vigencia de un sistema penal que, en su afán de cumplir su función de control social, no provoque una afectación de derechos más allá de lo estrictamente necesario, logrando en definitiva un sistema que respete las garantías de los individuos y no que las vulnere a partir de construcciones jurídicas *sustancialistas* e *inquisitivas*, alejadas de la verificabilidad del sistema acusatorio (Ferrajoli, 1.995).

En el esquema organizado por el legislador bonaerense, los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran contemplados en el art. 146 del C.P.P.¹²⁵, el cual establece que los órganos judiciales podrán ordenar -a pedido de las partes- medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones:

1. Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar;
2. Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida;

¹²² Artículo 144, párrafo 2do., del C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires: “*La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*”.

¹²³ Artículo 144 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹²⁴ Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos.

¹²⁵ Artículo 146 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

3. Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela;

4. Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil.

Los términos en que ha sido redactado el art. 146 demuestra como el legislador bonaerense -con acierto- fijó las condiciones de procedencia de las medidas de coerción en plena coincidencia con lo dispuesto por el código de rito en lo civil comercial (Granillo Fernández y Herbel, 2.009). Ello puede inclusive percibirse a partir de la lectura de las definiciones brindadas por la doctrina procesal civilista argentina, así, por ejemplo, podemos citar a uno de los más célebres procesalistas argentinos, el Dr. Lino Enrique Palacio, quien sostiene que:

Tres son los presupuestos de las medidas cautelares (y, por consiguiente, de las pretensiones del mismo nombre): 1ro.) La verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal; 2do.) El temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlo; 3ro.) La prestación de una contracautela por parte del sujeto activo (Palacio, 2.003, p. 772).

Como se aprecia del texto citado, el autor en el Capítulo XXXIV de su “Manual de Derecho Procesal Civil” (2.003), llamado “Medidas Cautelares e Incidentes”, y más precisamente en el apartado denominado “Generalidades”, fijo como presupuestos de procedencia, tres de los cuatro requisitos exigidos en el código de forma penal. Si a ello agregamos lo normado por el párrafo 2do. del art. 195 del C.P.C.C.¹²⁶ de la Pcia. de Buenos Aires, surge claro que los presupuesto exigidos en el C.P.P. no son más que los requeridos genéricamente para toda medida cautelar, surgiendo las diferencias -claro está- en razón de la restricción que importa cada uno de ellas en particular.

Corresponde seguidamente analizar individualmente a cada uno de los extremos requeridos en la citada norma.

2.1. Apariencia de responsabilidad.

El Agente Fiscal, al momento de peticionar la implementación de las medidas en análisis, deberá presentar elementos convictivos suficientes para tener al encausado como -al menos- aparente autor del hecho que se investiga. Este es el primer extremo exigido por el art. 146, en su inc. 1ro.¹²⁷. Según Granillo Fernández y Herbel (2.009), la expresión *apariencia de responsabilidad* no es otra cosa más que el llamado “*fumus bonis iuris*”¹²⁸, o simplemente, y como se señalara en el apartado que antecede, verosimilitud en el derecho invocado.

¹²⁶ Artículo 195, párrafo 2do., del C.P.C.C.: “*El escrito deberá expresar el derecho que se pretende asegurar, la medida que se pide, la disposición de la ley en que se funde y el cumplimiento de los requisitos que corresponde, en particular, a la medida requerida*”.

¹²⁷ Artículo 146, inc. 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹²⁸ Expresión latina que se traduce: “*Humo de buen derecho*”.

Según Clariá Olmedo la procedencia de la medida requiere imprescindiblemente “*de una declaración previa que implique un mérito provisional de carácter incriminador*” (Clariá Olmedo (1.998, p. 355), esto es, una valoración de las piezas procesales colectadas que permita atribuir *prima facie* la responsabilidad del hecho a quien resultara sujeto pasivo de la medida. Agrega seguidamente el autor que ese mérito deberá encontrarse en el resolutorio que ordena la restricción a la libertad.

En el plenario “*Díaz Bessone*”¹²⁹, el Dr. Eduardo Riggi sostuvo en su voto que este extremo tiene soporte lógico en dos motivos concurrentes: en primer lugar porque “*la sujeción de una persona al proceso tiene sentido en tanto y en cuanto aparezca, al menos prima facie, como posible responsable*” del hecho que se le imputa; y en segundo lugar porque aquella persona que no advierta la existencia de elementos de cargo “*que objetivamente le permitan suponer en forma razonable que podría resultar condenado, tampoco habrá de tener motivos para intentar profugarse, dado que en tales circunstancias -en principio- no tendría temor a perder su libertad en caso de afrontar un juicio*”.

2.2. Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del procedimiento.

El pedido de coerción personal, tanto como la resolución que haga lugar a la misma, deberá enunciar el riesgo que en concreto afecta el desarrollo del proceso si no se adoptase la misma, ya sea en relación a la ejecución de una eventual condena, o a la realización de los actos de la investigación preparatoria (Granillo Fernández y Herbel, 2.009).

Según Clariá Olmedo este recurso que brinda la legislación penal es reputado *cautelar* o *precautorio* porque previene la satisfacción del resultado del proceso evitando un posible daño jurídico (Clariá Olmedo, 1.998). En tal sentido, la *mención expresa* del peligro que se pretende neutralizar es un presupuesto de procedencia inexpugnable, el cual determina el carácter cautelar de la restricción a la libertad, y determina su legitimidad. En caso contrario, esto es, no destacándose explícitamente el peligro cuya materialización se intenta evitar, la medida dispuesta carece de su fundamento cautelar, no pudiendo presumirse la misma intuyendo o infiriendo la existencia de peligros por el solo hecho de condiciones personales que puedan ser adjudicadas al imputado (por ejemplo antecedentes).

No solo basta la mención del peligro procesal en concreto que la medida viene a prevenir -de fuga, de entorpecimiento-, sino que el mismo deberá ser abordado en detalle, argumentado su existencia a partir de las piezas procesales colectadas. Es decir que se deberá expresar el porqué de la conclusión obtenida, lo que en definitiva representará un desarrollo pormenorizado de la acreditación del peligro de frustración del proceso.

¹²⁹ C.F.Cas.-P., -en pleno-, “*Díaz Bessone, Ramón Genaro, S/ Recurso de inaplicabilidad de ley*”, Acuerdo nro. 1/2008, en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008.

Sin la exteriorización de este presupuesto de procedencia el *derecho de defensa* del imputado se vería severamente vulnerado, en tanto no habría forma de estructurar una argumentación que permita contradecir la hipótesis fiscal. Es necesario precisar el peligro procesal, así como cada uno de los motivos que nos llevan a tener el mismo por acreditado -extraídos estos de las piezas procesales colectadas en el expediente-, para poder así desarrollar una defensa jurídica con la eficacia suficiente para desvirtuar el planteo fiscal -potencialidad ésta que variará según el caso-.

Esta es la única forma de asegurar la legitimidad de las privaciones de la libertad anticipadas, ya que su existencia y procedencia se encuentra prevista por todo el ordenamiento jurídico, planteándose el conflicto a nivel de la implementación efectiva de las mismas.

Uno de los planteos más importantes que desarrolla Ferrajoli en “*Derecho y razón*” como presupuesto imprescindible para la configuración de un sistema penal respetuoso de los derechos individuales, es justamente la necesidad de formular premisas que sean *verificables*. La verificabilidad es lo que permite la refutación, y sin posibilidad de refutar no hay en sentido estricto un efectivo goce del derecho a la defensa (Ferrajoli, 1.995)¹³⁰.

Siguiendo los postulados de Ferrajoli, y aplicado su esquema al tema bajo análisis, este puede exponerse de la siguiente manera: la verdad *fáctica* será comprobable a través de elementos de convicción -*prueba*- aportados al expediente por el Ministerio Público Fiscal, los cuales deberán versar sobre la existencia de factores que en el caso concreto colocan en peligro el normal desarrollo del proceso penal; y la segunda -la *verdad jurídica*-, comprobable por intermedio de la *interpretación* del significado de los enunciados normativos que califican las circunstancias acreditadas como peligros procesales. Agrega el autor que “*Por tanto, una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y sólo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido*” (Ferrajoli, 1.995, p. 49).

Pero tal concepto de verdad será el propio de un modelo penal garantista, basado en un proceso de conocimiento, toda vez que las resoluciones que dicten los órganos jurisdiccionales sean susceptibles de ser verificadas, y en consecuencia refutadas por el imputado. El esquema así planteado, resulta respetuoso del derecho de defensa en sentido estricto, aunque siempre condicionado a la vigencia de los principios de *estricta legalidad* y de *estricta jurisdiccionalidad*. El primero se diferencia del principio de legalidad *en sentido lato*, ya que éste solo obliga al juez a aplicar la ley, y el principio de legalidad *en sentido estricto* no solo obliga al juez, sino que ordena al legislador cumplir con su labor legislativa empleado términos unívocos y precisos, con lo que se reducen los márgenes de poder

¹³⁰ “*Es claro que la falta (...) de decidibilidad de la verdad procesal comporta (...) un debilitamiento de todas las demás garantías, tanto penales como procesales*” (Ferrajoli, 1.995, pag. 99).

discrecionales de los jueces en el marco del proceso¹³¹. El segundo principio se relaciona con la motivación -de hecho y de derecho- de los pronunciamientos jurisdiccionales bajo la óptica del *cognoscitivismo procesal*, el que exige dos condiciones: “*la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo, y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación*” (Ferrajoli, 1.995, p. 36).

Por el contrario el derecho de defensa del imputado solo será una *mera oportunidad procesal de decir* pero no de rebatir, si la verdad procesal contenida en la resoluciones judiciales es *argumentable*, y no *verificable o refutable*. Esto es lo que Ferrajoli denomina “sistema de mera legalidad y jurisdiccionalidad”, como aquel donde, no obstante aplicarse la ley, no se asegura al encausado en lo *material* la efectiva vigencia de las garantías procesales contemplada en el ordenamiento adjetivo, sino que estas solo existen en desde una visión *formal* sin implicancias reales en el proceso en curso (Ferrajoli, 1.995).

2.3. Proporcionalidad.

El último de los requisitos exigidos por la norma refiere a la relación de proporcionalidad que debe existir entre la medida en concreto a adoptar y el objeto que se pretende tutelar con la misma. Corresponde por ende analizar la noción de proporcionalidad tanto desde el punto vista dogmático, así como jurisprudencial.

Para la tradicional doctrina procesal penal argentina, la proporcionalidad se la analizaba como limitación a la duración temporal del encarcelamiento preventivo, partiendo de ponderar la *gravedad del conflicto* y la *pena en expectativa*. Para Alberto Bovino en “*Problemas del Derecho Procesal Contemporáneo*”, la proporcionalidad es una consecuencia necesaria del estado de inocencia, “*pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban un trato peor que los condenados*” (Bovino, 1.998, p. 153)¹³². La proporcionalidad -sostiene Bovino- opera de dos modos: a) impidiendo en algunos casos de forma tajante el empleo del encarcelamiento preventivo (por ejemplo cuando se espera una pena no privativa de libertad, o pena privativa de libertad cuyo cumplimiento no será efectivo); y b) en otras oportunidades, actúa como límite temporal al plazo de duración del encarcelamiento, el que no podrá exceder a la eventual condena aplicable (Bovino, 1.998, p. 156).

¹³¹ En igual sentido se manifiestan Zaffaroni, Alagia y Slokar quienes se refieren a ello como “*Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa*” y sostienen que: “*Aunque la ley penal se expresa en palabras y estas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para lograr la mayor precisión posible a su obra*” (2.002, pag. 116).

¹³² Refiere el autor que en opinión de la C.I.D.H. aquellos casos en que la duración del encarcelamiento cautelar exceda el máximo de duración de la pena que en el caso podría recaer, tendrá lugar una vulneración del principio de proporcionalidad, lo que será asimismo considerado como “*una violación del principio de inocencia contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y generadora de la responsabilidad internacional del Estado*” (Bovino, 1.998, p. 154).

Según Bovino al ligarse el encierro procesal a la magnitud de la pena, se revela el carácter *material* de la coerción personal, la que ópera en la práctica como pena anticipada. Ello -sostiene Bovino- no ha pasado desapercibido a la C.I.D.H., órgano supranacional que expresamente ha reconocido que el análisis de procedencia del encarcelamiento a partir de la proporcionalidad de *gravedad de la infracción* y a la *severidad de la pena*, “*se inspiran en criterios de retribución penal que desvirtúan el fin procesal de la medida cautelar y la tornan una pena anticipada*” (Bovino, 1.998, p. 156). En forma coincidente se expresa Maier (2.004).

Sin perjuicio de tales consideraciones, el art. 146, inc. 3ro., del C.P.P.¹³³ establece que la relación de proporcionalidad no está planteada en tales términos -duración del encarcelamiento-, sino en vislumbrar si a tenor del riesgo procesal, y considerando la severidad de la restricción a la libertad, esta última resulta idónea y estrictamente necesaria, no existiendo otra recurso procesal alternativo.

Así expuesta la cuestión, previamente es dable señalar que este presupuesto procesal de procedencia se ajusta a los postulados del *principio de racionalidad* propios de un Estado que adopta como gobierno la forma representativa republicana y federal¹³⁴. Este principio se vincula con el *principio de humanidad*, emergente del art. 18 de la C.N.¹³⁵, el que prohíbe la crueldad en aquellas medidas que adopten los órganos jurisdiccionales y que afecten derechos personales (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002). La manda constitucional de *no mortificar más allá de lo estrictamente necesario*, importa indagar acerca de la existencia de una relación de proporcionalidad entre el grado de afectación de derechos subjetivos y el objeto perseguido con ello. Esto es receptado por el ordenamiento procesal bonaerense, el que prescribe en su art. 145, párrafo 1ro.¹³⁶, en relación a la ejecución de las medidas de coerción que: “*El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible la persona y la reputación de los afectados*”.

Sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar que se alcanza “*un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto*” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002, p. 130). En consecuencia las agencias jurídicas deberán analizar en cada caso que el costo -o afectación- de derechos guarde relación con el conflicto (en el caso de las *coerción sustantiva* se vinculara a un hecho pasado -ilícito-, y en el caso de una *coerción adjetiva*, a un presumible hecho futuro -riesgo o peligro procesal- por evitar). Agregan por último lo

¹³³ Artículo 146, inc. 3ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹³⁴ Artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina: “*La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución*”.

¹³⁵ Artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina: “*... Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice*”.

¹³⁶ Artículo 145, párrafo 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

autores que la crueldad puede no presentarse en abstracto, pudiendo no obstante surgir de las circunstancias de hecho (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002).

En el plano jurisprudencial haremos referencia a un fallo de la C.F.Cas. Penal, que pese a referirse específicamente a un intervención telefónica, que no es más que otra medida de naturaleza cautelar, nada obstaculiza a que destaquemos algunos de los conceptos allí vertidos. El referido órgano de alzada federal -Sala II-, en oportunidad de expedirse en el marco de la Causa nro, 15.792, caratulada “*Aparicio, Patricia Aurelia y otros s/ recurso de casación*”¹³⁷, sostuvo que mientras más agresiva sea la medida cautelar que se pretenda adoptar, mayor deberá ser el número de elementos que determinen la necesidad de adoptarla, lo que resulta una derivación de los principios de *progresividad* y *proporcionalidad*, a los que -en concordancia con lo anteriormente expuesto- entendemos como lógicos corolarios del principio racionalidad.

En el citado fallo la C.F.Cas. Penal. señaló que “*El principio de progresividad impone la obligación de practicar antes las (medidas) menos lesivas. Si el magistrado cuenta con otras medidas menos intrusivas, deberá agotarlas previamente*”, debiendo asimismo el magistrado verificar la proporcionalidad entre la medida y el fin perseguido “*es decir, que el mal que se pretende imponer debe estar adecuado al riesgo que se pretende evitar*”. En el fallo se citó el voto del Dr. Raúl R. Madueño en “*Aranda, María Inés s/ recurso de casación*”¹³⁸, destacándose que el principio de *subsidiariedad* en materia cautelar exige que la medida puede acordarse “*cuando no haya otro medio de investigación menos dañoso*”¹³⁹.

No resulta menor la referencia al principio de *subsidiariedad* si tomamos lo normado por el párrafo 2do. del art. 144 del C.P.P. conforme el cual “*La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable*”¹⁴⁰.

Lo que fuera hasta aquí expuesto no solo resulta vinculante en la oportunidad procesal en que se concede una medida coercitiva, ya que los mismos presupuestos operan en el sentido inverso, esto es, que desaparecidas algunas de las condiciones la medida deberá cesar. Ello se encuentra expresamente

¹³⁷ C.F.Cas. Penal, Sala II, “*Aparicio, Patricia Aurelia y otros s/ recurso de casación*”, causa nro. 15.792, abril de 2.013.

¹³⁸ C.N.Cas. Penal, Sala II, “*Aranda, Maria Ines s/ recurso de casación*”, causa nro. 4039, registro nro. 5346, 28 de noviembre de 2.002.

¹³⁹ En este sentido vale destacar lo establecido por el artículo 84 de la Ley Provincial nro. 14.442 “Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal”, conforme el cual: “*El fiscal tratará de evitar medidas de coerción personal, solicitando cuando fuere posible, alternativas a la privación de libertad, conforme lo habiliten las normas procesales*”.

¹⁴⁰ Artículo 144, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincias de Buenos Aires.

previsto por el art. 147, párrafo 1ro., del C.P.P.¹⁴¹, norma que manda al órgano jurisdiccional a revisar la privación de libertad del imputado, toda vez que aquellas circunstancias que acreditaron la existencia de peligros procesales, y justificaron el dictado de una medida de coerción, han desaparecido, ya que no existe consiguientemente, motivo alguno que habilite a restringir la libertad durante el proceso, e indirectamente el principio de inocencia.

Se ha dicho al respecto que aquellos riesgos procesales que afectan el desarrollo normal de proceso y que se pretenden neutralizar

deben ser evaluados desde un primer momento y posteriormente corresponde analizar si se mantienen vigentes, proporcionales o racionales a los largo del proceso en las sucesivas resoluciones que se van adoptando. Es decir, cada resolución de mérito en que se funda una medida cautelar no es una oportunidad de sumar riesgos procesales, sino de analizar los que originalmente se tuvieron en cuenta para privar de libertad al imputado (Schiavo, 2.011, p. 168).

Por último el art. 146, en su inc. 4to. del C.P.P., y para medidas cautelares que afecten derechos subjetivos distintos de la libertad personal, establece como un último requisito de procedencia la “*Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil*”¹⁴². Prevé aquella norma una contracautela como garantía del imputado contra los eventuales daños y perjuicios que pudieran derivar de las medidas de coerción real fijadas a pedido del particular damnificado o del actor civil. Solo para el caso de las que fueran requeridas por los nombrados, ya que el Estado podrá disponer medidas como las citadas y no está obligado a prestar contracautela (Granillo Fernández y Herbel, 2.009).

3. Debida fundamentación de los requerimiento fiscales.

Con la reforma del texto constitucional del año 1.994, se introdujo el nuevo art. 120¹⁴³, de acuerdo al cual corresponde al Ministerio Público -órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera-, “*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República*”. Con tal disposición se reforzó la idea que entendía al sistema acusatorio como el modelo procesal que mejor se adaptaba al modelo republicano consagrado en la Carta Magna nacional. A partir de tal norma se construye un sistema en el cual se separa de forma tajante las funciones de petitionar (requerir) y las de juzgar (decidir). En otras palabras, se adoptó la máxima latina *ne procedat iudex ex officio*¹⁴⁴, siendo los fiscales los promotores de la actuación judicial (Folgueiro, 2.001).

¹⁴¹ Artículo 147 del C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires (texto según ley nro. 13.260) “*Cese de la medida. En caso de advertirse la desaparición de una o más condiciones, en cualquier etapa del proceso, el órgano judicial podrá disponer a pedido de parte o de oficio, el cese inmediato de la cautela oportunamente dispuesta*”.

¹⁴² Artículo 146, inc. 4to., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁴³ Artículo 120 de la Constitución de la Nación Argentina.

¹⁴⁴ “El juez no actúa de oficio”.

Se constituye así a nivel nacional un Ministerio Público Fiscal como

órgano de justicia, pero no jurisdiccional. Es órgano público judicial que en materia penal tiene como fundamental misión excitar la actividad del órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción. Los funcionarios que lo integran hacen valer la pretensión penal (raramente la civil) para que los jueces la satisfagan en los casos concretos. Son órganos de justicia que persiguen esa satisfacción y no tan sólo el castigo a ultranza del imputado. De aquí que también ejerzan la acción penal cuando persiguen el sobreseimiento o la absolución (Clariá Olmedo, 1.998, p. 22).

Tras la reforma de la Constitución Nacional, la Pcia. de Buenos Aires procedió a la actualización de su texto constitucional, adecuando el mismo e incorporando los nuevos derechos, deberes y garantías, y ajustándose a los nuevos estándares en materia de derechos humanos.

El artículo 189 de la constitución bonaerense hace referencia al Ministerio Público sin hacer mayores referencias a sus funciones, limitándose a señalar que órganos componen el mismo¹⁴⁵. Con posterioridad, en el año 1.997, se dicta el nuevo Código de Procedimiento de la Pcia. de Buenos Aires¹⁴⁶, con el cual se abandonó el viejo Código Jofré del año 1.915¹⁴⁷, y junto a él, el modelo procesal penal inquisitivo.

El citado cuerpo normativo establece en su artículo 56¹⁴⁸ que el Ministerio Público promueve y ejerce la acción penal de carácter público, dirige a la policía en función judicial y práctica la investigación penal preparatoria¹⁴⁹. Al igual que ocurre a nivel nacional, en el ámbito bonaerense se ha eliminado la actuación de oficio a los órganos jurisdiccionales, otorgándose la misma a los miembros del Ministerio Público Fiscal, quienes serán los encargados de excitar la actividad de los primeros.

Folgueiro sostiene -citando a Ferrajoli- que tal distinción no constituye una mera separación de funciones, sino que sobretodo importa colocar a la acusación en el papel de parte, en paridad con la defensa, y sin poder alguno sobre la persona del acusado. Ello así comporta una garantía de

¹⁴⁵ Artículo 189 del Constitución de la Pcia. de Buenos Aires: “*El Ministerio Público será desempeñado por el procurador y subprocurador general de la Suprema Corte de Justicia; por los fiscales de Cámaras, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de las Cámaras de Apelación; por agentes fiscales, asesores de menores y defensores de pobres y ausentes, quienes deberán reunir las condiciones requeridas para ser jueces de primera instancia. El procurador general ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público*”.

¹⁴⁶ Ley Provincial nro. 11.922, sancionada en fecha 23 de enero de 1.997

¹⁴⁷ Ley Provincial nro. 3.589, sancionada en fecha 15 de enero de 1.915.

¹⁴⁸ Artículo 56 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, texto según Ley Provincial nro. 13.943.

¹⁴⁹ También debemos mencionar a la Ley Provincia nro. 12.061 (actualmente derogada por la Ley Provincial nro.14.442), sancionada en fecha 11 de diciembre de 1.997, “*Ley orgánica del Ministerio Publico*”, en particular los artículos 1ro., 2do., y 17, inc. 1ro..

imparcialidad del juez, así como el deber de soportar la carga de la prueba por parte del fiscal como consecuencia lógica del estado de inocencia (Folgueiro, 2.001)¹⁵⁰.

Entiende el autor que encontrándose pendiente el poder penal del Estado de la actividad requiriente del Ministerio Público Fiscal, su actuación deberá cumplir con el requisito de suficiente *motivación* o *fundamentación*, presupuesto elemental a todo acto emanado de un órgano republicano.

Motivar significa poner de manifiesto las razones que justifican el juicio lógico que estas razones contienen, e implica la necesidad de exponer de que manera se llega a determinada conclusión. Para poner algunos ejemplos (...). la motivación es la explicación de porque alguien debe comparecer a juicio, porque se debe iniciar una investigación, porque el tribunal debe condenar o absolver, o porque se debe conceder o denegar una excarcelación.

En tal sentido, en cada acto que implique el ejercicio de la función requiriente (...) se deben poner de manifiesto razonadamente los elementos fácticos y jurídicos que sostengan la petición. La necesidad de fundamentación de los requerimientos del Ministerio Público encuentra sustento constitucional en derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.) y se deriva, también, de la forma republicana de gobierno (art. 1, C.N.) (Folgueiro, H. L., 2.001, “La necesidad de fundamentación de los requerimientos del Ministerio Público Fiscal”, La Ley 2.001-E, 804-Sup. Penal).

Lo expuesto se encuentra expresamente contemplado en el código adjetivo bonaerense, cuyo artículo 56, en su párrafo 2do., establece que el Agente Fiscal “*Formulará motivadamente sus requerimientos y conclusiones, de manera que se basten a sí mismos*”¹⁵¹.

La fundamentación fáctica y jurídica de las solicitudes del Ministerio Público Fiscal es que lo que hace posible el ejercicio del derecho de defensa, de otro modo el imputado no sabrá de que defenderse y no podrá contestar ni contrastar los argumentos que se someten a consideración de los órganos judiciales (Folgueiro, 2.001). Cita el autor en este punto a Maier, quien al referirse al *derecho a ser oído* que asiste al acusado de un delito sostiene que la correcta formulación de los requerimientos fiscales

es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de los elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se

¹⁵⁰ “Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación - con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio-, sino también, y sobre todo, el papel de parte - en posición de paridad con la defensa- asignado al órgano de la acusación, con la consiguiente falta de poder alguno sobre la persona del imputado. La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio” (Ferrajoli, 1.995, pag. 567).

¹⁵¹ Artículo 56, párrafo 2do., del Código Procesal Pena de la Provincia de Buenos Aires.

pretende, conduce o, de otro manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o reducirla (Maier, 2.004, p. 553).

Las consideraciones expuestas por los autores citados, y referentes a los requisitos que deben cumplir los planteos fiscales, concuerdan con el modelo de proceso penal propuesto por Ferrajoli -basado en el cognocitivismo-, así como con su concepto de verdad procesal, temas los cuales ya han sido repasados y a los que aquí se adhiere.

Al referirse a las formalidades de la actividad persecutoria propia del Ministerio Público Fiscal, Clariá Olmedo refiere que los códigos procesales modernos “*imponen a sus funcionarios que formulen motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones*” y cita como ejemplos las normas contenidas en el C.P.P.N. y la propia del ámbito bonaerense, agregando que “*Motivar el requerimiento o conclusión es dar las razones y mostrar los elementos de convicción en que se fundamentan*” (Clariá Olmedo 1.998, p. 275), y que “*Estas exigencias no se extienden a las simples peticiones o proposiciones de prueba, pero sí comprenden los planteamientos incidentales y sus contestaciones*” (Clariá Olmedo 1.998, p. 276). Es decir que el requerimiento de privación de libertad durante el proceso se encuentra abarcado y condicionado por el art. 56 del C.P.P.B.A.¹⁵².

El modelo garantista postulado por el Ferrajoli, inspirado en la mejor tradición liberal, se estructura sobre 10 axiomas, de los que en este punto nos interesa destacar aquellos que denomina: A8 -*nullum iudicium sine accusatione*-; A9 -*nulla accusatio sine probatione*-; A10 -*nulla probatio sine defensione*- (Ferrajoli, 1.995).

En cuanto al primero, poco cabe agregar al respecto habiendo sido ya destacado que la actividad acusatoria -o rol requiriente- se haya en manos del Ministerio Público Fiscal, quien cumplirá su deber siguiendo criterios objetivos, quedando vedado a los órganos jurisdiccionales la actividad oficio. Es decir que sin el impulso fiscal de la acción no hay juicio, lo que en la materia en análisis implica que, sin petición fiscal de restricción de la libertad personal la misma no procederá de oficio. Del axioma A9 se desprende que no podrá tener favorable acogida ninguna acusación que no halle sustento en elementos probatorios, lo que significa que la hipótesis fiscal deberá ser motiva en hechos y derecho -verdad fáctica y jurídica-, pasible de ser verificada y refutada. Cumplido con los postulados del axioma anterior -*decidibilidad* de la verdad procesal-, queda expedito el camino a la vigencia del axioma A10, conforme al cual la prueba carecería de validez cada vez que no se otorgue oportunidad al acusado de contradecir la misma.

Partiendo de tales axiomas Ferrajoli manifiesta que tanto las llamadas *pruebas o presunciones legales iure et de iure*, así como su contrapartida, la *libre convicción del juez*, no pueden ser consideradas -cada una por sí sola- suficientes para garantizar la verdad de la conclusión. Es decir, ni

¹⁵² Artículo 56 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

pura convicción judicial ni pura presunción legal. Las pruebas o presunciones legales -ya sean *positivas* o *negativas*- pueden en algunos casos requerir innecesarios elementos de prueba frente a la existencia de otros que ya se poseen y resultan adecuados, así como puede en otras ocasiones requerir “*demasiado poco porque pueden ser en concreto inadecuadas para justificar racionalmente la convicción inductiva que requeriría la adquisición de otros y más relevantes datos probatorios*” (Ferrajoli, 1.995, p. 148).

Frente a la manda legal de adecuada y razonable fundamentación, tanto de los requerimientos fiscales así como de las resoluciones judiciales, el uso exclusivo, ya sea de presunciones o pruebas legales, como de la libre convicción, torna tales actos procesales en arbitrarios ya que no existe criterio alguno que permita formular en forma general y abstracta “*el grado objetivo de probabilidad (o de certeza) de una hipótesis respecto de un tipo de prueba*” (Ferrajoli, 1.995, p. 149).

No hay aquí ánimo de desarrollar una exposición acerca de la teoría de la prueba, ya que no es ese el propósito del presente, sino ir señalado los defectos que se presentan a diario en la práctica judicial. Se aprecia mayoritario el empleo criterios que toman por acreditado el peligro procesal de fuga partiendo en forma casi exclusiva de la pena en expectativa. Ello se aprecia tanto en la labor de los agentes fiscales al peticionar, como de jueces al resolver, lo que imposibilita el ejercicio del derecho de defensa por no ser tal fundamentación *verificable* o *refutable*. Al no poder el acusado contradecir, ni la hipótesis fiscal en primer término, y luego tampoco la resolución jurisdiccional mediante recurso, por el solo argumento de una “*inexorable fuga que podría o no tener lugar, a partir de la sola lectura de la pena con que el tipo eventualmente condenaría el ilícito investigado*”, es una flagrante violación del estado de inocencia.

Arribo así a una primera conclusión: La labor judicial cumplida bajo estos parámetros debilita el Estado de Derecho, y construye en lo material -alejado del verdadero propósito y espíritu de la ley- un proceso penal *decisionista*, con amplios márgenes de discrecionalidad, en contraposición a uno cognoscitivista ajustado a nuestro modelo republicano. La arbitrariedad de estas prácticas se origina, no tanto en el régimen jurídico adoptado, como en los defectos de carácter lógico contenidos en el razonamiento empleado por los operadores judiciales.

En el capítulo siguiente veremos cuales son las circunstancias que el C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires ordena ponderar a fin de analizar la existencia de peligros procesales.

Capitulo III

El peligro procesal de fuga.

1. Mérito del peligro de fuga.

El código adjetivo bonaerense brinda en su artículo 148, párrafo 1ro.¹⁵³, las circunstancias que deberán ser ponderadas al meritarse la existencia de peligros procesales. En común a ambos peligros - fuga y entorpecimiento de la investigación- podrán tomarse en consideración “*la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores*”, y que hagan presumir fundadamente que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia o entorpecer la investigación.

Quisiera aquí destacar que la expresión empleada por el legislador reza “*podrá tenerse en cuenta*”, con lo cual la única conclusión posible es que, la consideración o no de tales circunstancias resulta una *mera posibilidad*, esto es, no resultan de obligatorio análisis. En el mismo artículo, párrafo seguido, y ello a partir de la entrada en vigencia del texto introducido por la Ley Provincial nro. 13.449, el legislador prevé -en forma taxativa- *extremos exclusivamente relacionados con el peligro de fuga*, de cuya consideración no podrán desligarse ni los jueces ni los fiscales, los primeros al resolver, y los últimos al requerir, ya deberán hacerlo bajo criterios de objetividad (Granillo Fernández y Herbel, 2.009). Es decir, estos extremos expuestos en el párrafo segundo, son de rigor en cada caso, y la omisión que respecto a ellos se haga viciará la resolución y la torna impugnabile.

Dispone el C.P.P.B.A. el deber de meritar obligatoriamente las siguientes circunstancias: a) arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga; b) la pena que se espera como resultado del procedimiento; c) la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado

¹⁵³ Artículo 148 (texto según Ley Provincial nro. 13.449) del C.P.P.B.A.: Peligro de fuga y de entorpecimiento. Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado, la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos, si hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga; 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento; 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado: 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; y d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

Respecto a la norma bajo análisis, los destacados procesalistas Granillo Fernández y Herbel sostiene que la nueva redacción de la norma -introducida con la Ley Provincial nro. 13.449- incurre en una casuística que no resulta aceptable. Sostienen que la ley no puede, y tampoco debe intentar, abarcar en su texto todas los supuestos posibles de aplicación, por un lado ya que existen multiplicidad de escenarios posibles, y por el otro, porque una norma general debe atender a ese objetivo, es decir, a abarcar un amplio espectro de hipótesis -generalidad- (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 445).

Previo al análisis de cada una de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2do. del artículo 148 del C.P.P.B.A.¹⁵⁴, debe hacerse alusión a qué entendemos por *objetiva y provisional valoración de las características del hecho*, mientras que en torno a las restantes expresiones normativas, consideramos que ellas pueden ser subsumidas en alguna de las circunstancias contempladas por la norma en el párrafo que sigue. Las condiciones personales del imputado se vincula íntimamente con el domicilio y arraigo; la posibilidad de declaración de reincidencia con la pena en expectativa; y el haber gozado con anterioridad de excarcelación se relaciona a la actitud del imputado en el proceso o en otros anteriores.

En cuanto a la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, debemos comenzar por señalar que una incorrecta apreciación de la manda legal puede dar lugar fácilmente a un criterio *sustancialista* que de ser llevado a cabo a la práctica implica la transformación del encarcelamiento preventivo en pena anticipada, y por tanto, en un dispositivo violatorio el estado de inocencia. Esto fue ya esbozado al referirnos a la proporcionalidad como uno de los presupuestos de procedencia de las medidas de coerción, y a lo allí expresado nos remitimos en honor a la brevedad.

Según Granillo Fernández y Herbel la objetiva y provisional valoración de los hechos

debe ser entendida en relación al fin de que se trata, esto es, evitar los peligros procesales premencionados. De otro modo, se corre el riesgo de extender el entendimiento a otros extremos sin relación con los mismos, lo que frecuentemente ocurre cuando el criterio empleado es el de buscar argumentos para aplicar la medida de coerción y no para verificar fundadamente su necesidad (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 445).

Con ello los autores señalan que la objetiva valoración del hecho no puede significar analizar la gravedad del hecho, sino determinar si las características del hecho que se investiga podemos advertir que el encausado desea y tiene los medios para evadir el accionar de la justicia o entorpecerlo. Es decir que la *objetiva valoración del hecho* no puede dar lugar a criterios basados en la

¹⁵⁴ Artículo 148, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

defensa social, ya que no podrá formar parte del razonamiento judicial la *alarma social* creada por el hecho que se investiga.

El criterio expuesto por los citados autores implica que el operador judicial al reparar en la objetiva y provisional valoración del hecho, deberá tomar bajo consideración los recursos materiales empleados por el encausado en el hecho, y que puedan ser reveladores -o no- de la capacidad para permanecer oculto, procediendo a los mismos efectos en relación con el accionar que hubiere sido desplegado. Sintéticamente, analizar el hecho investigado para determinar la existencia de riesgos de fuga, fuera de ello todo análisis del mismo deberá ser reservado para el dictado de una eventual sentencia condenatoria.

1.1. Domicilio y arraigo.

Como ya fuera señalado, la expresión *condiciones personales* del imputado empleada por el legislador guarda una íntima vinculación con el *domicilio y arraigo* del mismo, motivo por el cual hemos de analizar tales cuestiones en un mismo apartado. Comenzaremos desarrollando a que se refiere el legislador cuando sostiene en la normativa que “*podrá tenerse en cuenta (...), las condiciones personales del imputado*”¹⁵⁵, y luego proseguiremos específicamente sobre lo dispuesto en el inciso 1ro., párrafo 2do., del mismo artículo¹⁵⁶.

En cuanto a las *condiciones personales* del imputado, he de destacar la advertencia que formulan Granillo Fernández y Herbel para quienes una incorrecta interpretación de las mismas puede dar lugar a conclusiones arbitrarias, a partir de estereotipos discriminatorios basados en situaciones socioeconómicas que puedan afectar las circunstancias de vida de los sujetos a proceso penal (Granillo Fernández y Herbel 2.009).

Esta advertencia no resulta menor, ya que la capacidad operativa exhibida por las agencias que conforman el sistema penal, demuestra una gran *selectividad* en su actuación. No es el objeto del presente trabajo, motivo por el cual no habremos de ahondar con mayor profundidad el tema, pero si cabe brevemente señalar que la *selección secundaria* del poder punitivo -propia de las agencias policial y judicial- recae con demasiada frecuencia en los sectores más vulnerables de la población (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002). Y partiendo de que el derecho penal no le toca un pelo al delincuente, sino que esto recae sobre el derecho procesal penal -en manos de los operadores judiciales-, queda claro que las advertencias en este sentido deberán estar dirigidas con especial énfasis a los órganos policiales -en función judicial- y a los judiciales. En otras palabras, no puede sostenerse la existencia de peligro procesal en las condiciones socioeconómicas de un imputado, ello

¹⁵⁵ Artículo 148, párrafo 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁵⁶ Artículo 148, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

porque no hay lógica en un razonamiento que vincule el grado vulnerabilidad social a la voluntad y/o capacidad de fuga (lo mismo cabe respecto del entorpecimiento de la investigación).

Si tal temperamento fuera convalidado cabría concluir que aquella persona que se encuentre en precarias condiciones socioeconómicas, bien podrá pretender fugarse, pero sin los recursos económicos tal voluntad no podrá pasar jamás -en los mejores casos- de una ausencia temporaria; y a la inversa, cabe presuponer que una persona de clase social alta, poseyendo a disposición los recursos necesarios, podrá intentar siempre -y con alta probabilidad de éxito- evadir el accionar de la justicia. Ambos criterios llevados a la categoría de reglas general y abstracta a seguir, resultan de una absoluta arbitrariedad, ello sin perjuicio de que en algunos casos pueda así ocurrir.

Si bien a primera vista la advertencia o la aclaración puede resultar superflua -o poco relevante-, la mera existencia de corrientes sociológicas -como la criminología- que han desarrollado a lo largo del siglo XX teorías como la llamada “*white collar crime*”¹⁵⁷ -como tipo de criminalidad contra puesto al *blue collar crime*-, donde los autores de algunos tipos penales resultan más vulnerables que otros al ejercicio del poder punitivo, nos demuestran lo contrario. Del análisis de la operatoria diaria de las agencias judiciales, surgen criterios que demuestran la existencia de una *selección secundaria basada en estereotipos de las sociedades de mercado* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2.002), y que benefician a las personas de mayor nivel adquisitivo al momento de contemplarse la procedencia de medidas que restringen la libertad ambulatoria durante el procedimiento, así como al momento de dictar sentencia.

Lo expuesto no implica excluir la situación socioeconómica de un encartado al momento de considerarse las condiciones personales del mismo, sino que tales deberán emplearse con *criterio objetivo*, evitando recaer en conclusiones arbitrarias propias de un *régimen decisionista*. Las conclusiones a que se arribe deberán exponer en forma verificable -y por tanto refutable- la relación existente entre la situación personal del imputado y la existencia -o no- de peligro procesal de fuga. Ello claro está no resulta una tarea sencilla, a lo que puede atribuirse que el legislador haya establecido a tal como “de posible consideración”, y no como obligatorio. Por el contrario, en cuanto a los parámetros expuestos en el párrafo 2do. de la misma norma¹⁵⁸, el legislador bonaerense ordena tomarlos consideración al momento de resolver.

Lo cierto es que la *condición personal* del sindicado como autor de un hecho, no puede, por sí sola, constituirse en el elemento que distinga en que casos hay o no peligro de fuga (lo mismo para con el entorpecimiento de la investigación). Es por este convencimiento que entiendo deben ser analizadas conjuntamente la *condición personal* y el *domicilio y arraigo* del mismo.

¹⁵⁷ Concepto introducido en la sociología por Sutherland, Edwin H., en oportunidad de brindar una conferencia por ante la *American Sociological Association* en fecha 27 de diciembre del año 1939, y que posteriormente desarrollara en su monografía del año 1.949 denominada precisamente “*White Collar Crime*” (Sutherland, Edwin H. (1949) *White Collar Crime*, New York: Holt, Rinehart & Winston).

¹⁵⁸ Artículo 148, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

El estudio del inciso 1ro. del art. 148, párrafo 2do., del C.P.P.B.A.¹⁵⁹ debe hacerse distinguiendo los tres supuestos contenidos en el mismo. En su parte 1ra., se establece el “*arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo*”, de tal manera la legislación remite la noción *arraigo* a la acreditación de permanencia en un determinado lugar, dentro del ámbito de jurisdicción nacional, lugar que surgirá de su residencia habitual, entendida ésta como asiento de la familia, trabajo o negocios. En la segunda parte se hace mención al “*arraigo en el país determinado por (...) las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto*”, con lo que el C.P.P.B.A. asimila a noción de arraigo a los recursos -materiales y humanos- con los que ha de contar el encausado y que le permitirían, de así desearlo, abandonar el territorio nacional y frustrar así el procedimiento. En su última parte, el inciso 1ro., establece una presunción legal de fuga -*iuris tantum*-, en aquellos casos en que conforme el imputado no brindara su domicilio con exactitud.

Respecto al *arraigo como residencia fija o estable*, Granillo Fernández y Herbel (2.009) sostienen que tal disposición no puede ser entendida como el requisito de ser *propietario de una vivienda* o ser *inquilino formal*, ya que una norma en tal sentido vulneraría el *principio de igualdad* emergente del artículo 16 de la C.N., ya que agravaría la situación procesal de vastos sectores de la población de la provincia de Buenos Aires.

El citado art. 16 de la Constitución Nacional establece la garantía de la igualdad ante la ley, igualdad que ha sido reiterada y sostenidamente definida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la igualdad de igual en iguales circunstancias. Por ello, establecer *ab initio* categoría de imputados con presunción de fuga con basamento en meros parámetros socio-económicos es violatorio de dicha garantía y, por ello, inconstitucional (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 448).

Es evidente que, a riesgo de caer en una profunda arbitrariedad surgida de las enormes diferencias económicas que pueden encontrarse en el ámbito bonaerense, no puede hacerse pesar sobre sujeto alguno una presunción legal de fuga a partir de sus carencias económicas, y de la inestabilidad consecuencia de aquella. La *marginalidad* es una forma de vida residual a la cual millones de personas son sometidas año a año, fenómeno que no resulta exclusivo de la provincia de Buenos Aires, de los argentinos o de la región latinoamericana, sino que resulta mundial. Aquellos que quedan fueran del sistema bancario se convierten en clientes del sistema penal. A los trabajadores se los puede distinguir en formales e informales: los primeros insertos en el sistema financiero; los segundos, fuera de aquél, privados de derechos laborales elementales, debiendo soportar la explotación fruto de la marginalidad en la que deben subsistir. Si esa condición de vida residual (marginalidad), que no cede pese a los intentos gubernamentales -a veces mayores, a veces menores-, es empleada como elemento de juicio para validar la restricción de la libertad personal, todo se reduciría a la pena anticipada de sujetos -aún

¹⁵⁹ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

inocentes- por circunstancias de vida que no han elegido jamás (derecho procesal penal de autor). Es decir, sufrirían la *marginalidad* dos veces por expresa decisión del Estado.

Determinar si una persona posee residencia *fija y estable* es una labor a cumplir con concepto amplio, que no agrave apriorísticamente la situación procesal de algunos individuos por cuestiones socioeconómicas. A riesgo de *prisionizar la marginalidad*, debe contemplarse la viabilidad de la constitución de domicilio en espacios que, sin poder ser calificados de propiamente de viviendas, cumplen tal función (vagones de tren en desuso, nichos de gas, espacios públicos, etc.). Si de los elementos aportados al expediente surge que en tales lugares reside habitualmente la persona, el mismo deberá ser así considerado por los órganos de la administración de justicia sin caer en actos de discriminación, violatorios de la C.N..

En cuanto a “*las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto*”, al respecto Granillo Fernández y Herbel (2.009) sostienen estos indicadores propuestos por el código adjetivo deben también ser tomados con gran cautela, por considerar que una gran cantidad de personas pueden a *primera vista* reunir estas condiciones, ya que salir del territorio nacional -por río o por tierra- no resulta dificultoso, así como tampoco algo extremadamente oneroso, destacando que el acto de ocultamiento es una actitud que puede ser desplegada por cualquier persona. Según los autores “*Sólo cabrá mencionar estos parámetros cuando tengan una especial relevancia; de otro modo, siempre podrían tomarse como fundamento, sin discriminar entre la situación de una persona y otra*” (Fernández y Herbel, 2.009, p. 447). Es claro lo apuntado, ya que de constituirse en peligro de fuga la mera posibilidad abandonar el país, una alto porcentaje de las medidas de coerción deberían proceder, y de manera tal que lo opuesto a la marginalidad redundaría en una presunción legal de fuga.

El art. 148, párrafo 2do., inciso 1ro. *in fine*, del C.P.P.B.A.¹⁶⁰, establece como un último indicador relativo al arraigo “*la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado*”. Aquí la ley establece una presunción legal *iuris tantum*, en cuya virtud *podrá* el juez considerar configurado un indicio de fuga, en aquellos casos en que el imputado deliberadamente refiera un domicilio distinto del asiento real de su familia, trabajo o negocios. Al respecto Granillo Fernández y Herbel (2.009) entienden que la normativa es acertada, pero que solo podrá prosperar en casos en que se trate de un *intento deliberado* del encausado y *no de simple error*.

1.2. Pena en expectativa.

En el art. 148, párrafo 2do., inciso 2do., del C.P.P.B.A.¹⁶¹, se establece a “*La pena que se espera como resultado del procedimiento*” como otra de las circunstancias que obligatoriamente deberán ser

¹⁶⁰ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶¹ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

contempladas al meritar la existencia del peligro procesal de fuga. Suele hacerse referencia a este indicio más comúnmente como *pena en expectativa*.

En primera instancia corresponde precisar qué pena es la que ha sido ponderada por el legislador como un factor que podría inducir al imputado a profugarse. Tal parámetro puede obtenerse a partir de las previsiones del art. 169 del C.P.P.B.A.¹⁶², el que establece una serie de supuestos en los que se podrá conceder la excarcelación -así como la eximición- de prisión, presumiendo -salvo prueba en contrario-, que el encausado no intentará eludir el accionar de la justicia. Conforme el citado artículo (texto según Ley Provincial nro. 14.128), la pena en expectativa no resulta un factor que permita presumir la intención de evadir el accionar de la justicia, cuando: a) El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho años de prisión; b) En el caso de concurso real, la pena aplicable al mismo no supere los ocho años de prisión; y c) El máximo de la pena fuere mayor a ocho años, pero de las circunstancias del hecho -o los hechos-, y de las características y antecedentes personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional. Fuera de estos supuestos, esto es, cuando la pena en abstracto supere los ocho años de prisión o cuando *prima facie* se estimare que no resulta procedente condena de ejecución condicional, el legislador ha considerado el riesgo de fuga puede presumirse.

El análisis de la pena en expectativa no es más que un juicio hipotético de la pena que eventualmente podría recaer de hallarse culpable a una persona. Las críticas en relación con este juicio surgen, por un lado, porque ni siquiera se sabe si el caso llegará efectivamente a juicio; y por el otro, porque aun con menor certeza podría afirmarse que, de arribarse a la instancia del debate oral y público, la sentencia que se dicte será condenatoria (Granillo Fernández y Herbel, 2.009).

Los nombrados procesalistas sostienen que

“el criterio de atender sólo al quantum de la pena prevista en el delito imputado constituye una verdadera distorsión del debido proceso establecido por la Constitución Nacional, porque, siendo que se trata de la aplicación de medidas de coerción, lo que resulta más importante es la vigencia de la garantía de la libertad para quien goza de la presunción o estado constitucional de inocente. Decimos ello, porque la mera atención al monto de la escala penal tiene basamento en una concepción de corte inquisitorial, de claro tinte objetivo merced a la cual se detiene o se excarcela conforme tope prefijados que, en verdad, se desentienden del riesgo procesal concreto que surge de la situación del individuo” (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, pag. 449).

Compartimos en su totalidad el temperamento expuesto, ya que la valoración exigida por la norma no necesariamente refleja más que un *juego probabilístico* que puede en el caso concreto no guardar relación alguna con la efectiva existencia de un riesgo de fuga. No pretendemos reputar el análisis de la pena en expectativa como atentatorio del estado de inocencia en si mismo, sino que la procedencia

¹⁶² Artículo 169 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

de medida coercitivas basadas en su exclusiva consideración -y desprovista de otros elementos-, es sí efectivamente una alteración del sistema de garantías emergentes de todo nuestro ordenamiento jurídico.

Granillo Fernández y Herbel (2.009) proponen iniciar el análisis de la citada norma -art. 148, párrafo 2do., inc. 2do., del C.P.P.B.A.¹⁶³.- desde el principio general que regla la materia en estudio, esto es, la libertad durante la tramitación del proceso. Partiendo de este principio, es claro que la imposición de una medida restrictiva de la libertad personal no resultará procedente en todos los casos, ni siquiera aún en aquellos en que el monto de pena previsto en el tipo penal sea elevado. Es esta afirmación, la que postula la libertad como regla pese a la pena con que la ley de fondo conmina el hecho investigado, la que mayor resistencia encuentra en la actividad diaria de la administración de justicia. En algunos casos ésta resistencia surge de operadores formados bajo el paradigma del sistema inquisitivo consagrado en el viejo código Jofré, los que continúan aplicando criterios arbitrarios -*decisionistas*- que se escurren por entre los márgenes de poder que el sistema garantista no puede eliminar; en otros casos podrá serlo por aplicación de criterios *sustancialistas* que transforman a la medida cautelar privativa de libertad en una pena anticipada, no ya por encontrarse prisioneros de prácticas arraigadas en su experiencia laboral, sino por presión social -lo que da en llamarse doctrina de la *defensa social*-. La lista de motivos podría continuar, y hallaríamos toda clase de justificativos, pero lo cierto es que -por un motivo u otro- la circunstancia prevista en este inciso 2do.¹⁶⁴ se aplica mayoritariamente -con prescindencia del análisis de otras-, lo que en definitiva nos lleva a un anticipo de pena con el consabido *riesgo de castigar adjetivamente lo que sustantivamente será descartado como ilícito merecedor de pena*.

Tener acreditada la existencia de riesgo procesal a partir de cierto tope y modalidad de pena -posiblemente aplicable- hace que se corra el eje de analítico de la cuestión: la determinación de si en el caso concreto -amén de la pena en abstracto- existen factores que hacen peligrar la normal sustanciación del proceso. Según Granillo Fernández y Herbel, antes que la pena en expectativa son otros los datos que verdaderamente pueden revelar que “*el imputado está preparando su alejamiento del lugar, como, por ejemplo, si ha contactado los servicios de una agencia de turismo o si ha comprado boletos de avión para el extranjero, que indicarían -con bastante autoridad- un indicio de fuga*” (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 450).

Nos resta finalmente en este apartado referirnos a “*la posibilidad de la declaración de reincidencia por delitos dolosos*”¹⁶⁵, que como anticipára guarda una clara relación con la pena en expectativa. Al respecto Granillo Fernández y Herbel (2.009) sostienen que en este caso ya no se trata de un juicio hipotético, sino de dos que deberán ser practicados sucesivamente:

¹⁶³ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶⁴ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶⁵ Artículo 148, párrafo 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

que el imputado de ser condenado, que el tribunal considere que el tiempo de pena cumplido imponga imponga su declaración de reincidencia, y en base a este análisis se advierta mayor expectativa de pena (o la efectividad de su cumplimiento) que a criterio del juez actuante releve un mayor peligro procesal (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 446).

Sin perjuicio de las críticas que pueden ensayarse contra el instituto de la *reincidencia*, mismas consideraciones que las esgrimidas para el caso de la pena en expectativa pueden ser aquí reiteradas. Basta solo agregar que como bien advierten Granillo Fernández y Herbel (2.009) si lo que debe ser tenido como indicio de peligro de fuga es la posibilidad de condena y la modalidad de la misma, no se entiende porque se hace expresa mención a los delitos dolosos y se excluye a los culposos.

1.3. Actitud del imputado frente al daño y la víctima.

En el inciso 3ro.¹⁶⁶ del artículo bajo estudio se establece como circunstancia a meritar “*La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual*”. He de anticipar mi discrepancia con el criterio que entiende que a partir de la existencia de un daño resarcible y de su importancia, así como de la actitud que adopte el imputado frente al mismo y su víctima, podrá válida y razonablemente inferirse que existen motivos para creer que el encausado intentará eludir el accionar de la justicia.

Algunas aclaraciones son necesarias. El inciso en análisis resulta aplicable sólo en aquellos casos en que la afectación del bien jurídico redunde en un daño de ulterior reparación. En tales caso se deberá obligatoriamente tomar como elemento de juicio, la actitud del imputado frente al daño y la víctima. Lo que no logramos advertir, es qué relación existe entre la actitud frente al hecho del imputado con la eventual fuga del mismo, y la posible frustración del procedimiento.

En este sentido Granillo Fernández y Herbel sostienen que

no se entiende qué atingencia guardan uno y otro extremos. En efecto, no parece que se pueda relacionar, sin incurrirse en forzamiento de la situación (...). No se debe olvidar que estamos en terreno referente al peligro de fuga como motivación de aplicación de medidas de coerción personal al imputado y no ya en el de la graduación del monto de la fianza o de la determinación de las medidas adecuadas de coerción personal.

En todo caso, se trataría de la existencia o no de arrepentimiento o de la conciencia de la reparación, pero estos extremos, reiteramos, no tienen relación con la decisión de imponer medidas de coerción personal sino -y en el caso concreto de sí hacerlo- con su identificación e imposición (Granillo Fernández y Herbel 2.009, p. 450).

1.4. Comportamiento del encausado en el proceso u en otro anterior.

¹⁶⁶ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 3ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Finalmente habré de referirme al inciso 4to. del artículo bajo estudio, el cual introduce uno de los indicios más relevantes en la materia. Y es que el compartimiento exhibido por el imputado en el curso del procedimiento -o de otro anterior- es verdaderamente revelador de la voluntad del mismo frente a la ley. Se trata en prieta síntesis de analizar la conducta anterior y tomarla como indicio de que el sujeto intentará nuevamente fugarse, o por el contrario nuevamente se someterá al proceso presentándose en cada oportunidad en que sea citado por los órganos que en el caso concreto intervengan.

En el apartado anterior hicimos mención a la actitud del encartado frente al daño resarcible, cuestión que como destacara no guarda relación con el específico peligro bajo análisis. En ese sentido manifestamos que la compra de un pasaje es claramente demostrativo de la intención de abandonar el lugar, lo cual resulta un claro indicio de fuga. De igual manera, el comportamiento exhibido previamente revela que puede objetivamente esperarse del imputado en el curso del proceso, por tal motivo entendemos que éste resulta ser uno de los más importante, sino, lisa y llanamente, el más importante.

Escriben Granillo Fernández y Herbel que el código introduce en el inciso 4to. la consideración del comportamiento del imputado durante el proceso que se le sigue, o en otro anterior, “*pero exclusivamente en relación a si cumplió o no sus obligaciones derivadas de la imposición de una medida de coerción personal. Nos referimos a si la acató o se fugó, y no a si entorpeció o no la investigación*” (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 450), ya que el inciso 4to. está específicamente establecido para meritar sobre el peligro de fuga.

Respecto aquellos casos en que el incumplimiento de las reglas de conducta surja del mismo expediente en que debe analizarse la procedencia de una restricción cautelar a la libertad, poco cabe agregar ya que se trata de la imposibilidad del titular del órgano jurisdiccional de obviar elementos de convicción agregados a la causa especialmente referidos al peligro procesal de fuga. Es decir, si existen constancias en el expediente que describen episodios en los que el encausado ha demostrado una voluntad contraria a la ley, el juez deberá expedirse al respecto, y en caso de considerar que tales no constituyen un indicio de fuga, deberá argumentadamente expresar su opinión en contrario. El caso más importante contemplado en la norma, es lo referido a la conducta en otros procesos seguidos en contra del imputado. Es un claro acierto una estipulación normativa en este sentido, ya que no puede pretenderse la concreción de un Estado diligente del cual se pueda reclamar una armoniosa actuación, si se acciona desconociendo la información obrante en las propias dependencias públicas que conforman la administración pública vista en forma abarcativa (en este caso con especial énfasis en las actuaciones derivadas de la actividad judicial y de los órganos tutelares).

En sentido coincidente explican Granillo Fernández y Herbel

es lógico que el Estado se prevenga y que evite la posibilidad de que la fuga se concrete cuando, conforme tales datos, surgiera evidencia de que el imputado no cumplirá con su obligación de permanecer en el domicilio y de comparecer al llamamiento judicial, como ocurriría en casos en que el imputado no hubiera cumplido sus obligaciones de liberado provisoriamente en un proceso penal anterior o que hubiera cambiado su domicilio denunciado en el auto de soltura, sin haberlo comunicado al juez de garantías que le otorgó su excarcelación (Granillo Fernández y Herbel, 2.009, p. 451).

Que previamente, el artículo 148 del C.P.P.B.A. establece en su párrafo 1ro.¹⁶⁷, que el juez podrá tomar en cuenta si el imputado “*hubiere gozado de excarcelaciones anteriores*”, lo cual no puede más que entenderse como la indicación al juzgador de analizar el cumplimiento del imputado de la reglas de conducta que oportunamente le hubieren sido fijadas en el marco de otro procedimiento.

Si por el contrario la norma, tal y como entienden Granillo Fernández y Herbel (2.009), establece como indicio que por el solo hecho de haberle sido concedida previamente la excarcelación al imputado este pretenderá eludir o entorpecer el accionar de la justicia, el temperamento expuesto en la norma carece de todo sustento y racionalidad. Por el contrario, si la norma remite al estudio de la voluntad exteriorizada por el imputado en el cumplimiento del régimen excarcelatorio impuesto, la norma adquiere total coherencia entra en un juego armónico con el resto del texto legal. Dejando en claro que no pasamos por alto que resulte redundante referirse tanto el párrafo 1ro. como en el inciso 4to. al comportamiento del imputado, entendemos que antes que descartarse una norma y criticar su constitucionalidad (en este caso por ser contraria al principio republicano de razonabilidad), deberá darse una interpretación que salve la constitucionalidad de la misma.

¹⁶⁷ Artículo 148, párrafo 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Capítulo IV

Acreditación del peligro procesal de fuga en la jurisprudencia.

Tras este breve repaso de algunas consideraciones generales, procede el análisis de los criterios jurisprudenciales mayoritarios a la hora de valorar acreditado la concurrencia de peligro procesal de fuga en el caso concreto, acompañando los mismos con las posturas doctrinarias que le dan sustento, y sin dejar de lado la imprescindible normativa que regula la materia.

1. Orden Supranacional. Sistema Interamericano de Derechos Humanos -Corte y Comisión I.D.H.-.

El estudio de la jurisprudencia supranacional desarrollada por la Corte I.D.H. debe efectuarse sin dejar de lado los informes elaborados por la Comisión I.D.H., ya que la actividad desplegada por ambos reviste suma importancia para la actividad judicial cotidiana de nuestro país. Al resultar la República Argentina estado parte de la O.E.A., el eventual incumplimiento de la Convención Americana la vuelve pasible de responsabilidad internacional. Debe aquí brevemente recordarse que la República Argentina le ha reconocido competencia a la Comisión para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, cuestión que será posteriormente analizada en mayor detalle¹⁶⁸¹⁶⁹¹⁷⁰.

En su libro “*Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*” Bigliani y Bovino (2.008) citan el *voto razonado* de quien fuera presidente del Corte Interamericana al momento de resolver el “*Caso Tibi vs. Ecuador*”¹⁷¹, quien en el considerando VII, párrafo 34, del referido fallo, expresó que no le resultaban ajenos los escollos que se oponen a la plena vigencia del *estado de inocencia*, entendiendo a éste como el derecho de toda persona sometida a proceso penal de ser tratada como inocente hasta que sea probada su culpabilidad en un juicio público en el que le sean reconocidas todas las garantías necesarias a su defensa. En ese orden de ideas identificó como escollo

“incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente”.

Sostuvo que no obstante ello, ese estado de inocencia representa un valor supremo para la construcción de un proceso penal en el que se rescaten las garantías y se reduzcan las injerencias desmedidas. Refiere en su voto que el desenlace del proceso varía si se trata al imputado como culpable -rasgo del sistema inquisitivo-, que si se lo trata como inocente -rasgo del sistema acusatorio-

¹⁶⁸ C.S.J.N., “Bramajo, Hernán Javier S/ Incidente de Excarcelación”, Causa B. 851. XXXI, de 12 de septiembre de 1.996.

¹⁶⁹ C.S.J.N., “Giroldi”, Fallos 318:514 (1.995).

¹⁷⁰ C.S.J.N., “Miguel Ángel Espósito”, Fallos 327:5668 (2004). L.L., 2005-C-1.

¹⁷¹ Corte I.D.H., Sentencia “*Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*”, del 7 de septiembre de 2.004. Serie C, No. 114.

. Finaliza exponiendo que el propósito de “*la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio -juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad- y ahuyentar la sanción adelantada*”¹⁷².

Inicio así el recorrido jurisprudencial por considerar que el voto transcrito expone con claridad la (¿falsa?) dicotomía en que se desarrolla nuestro tema de estudio, *libertad versus seguridad*, representada la primera por el efectivo goce del *status* de inocente y de un trato en tales términos a las personas acusadas, y la segunda por reclamos emergentes de la *alarma social*, la *repercusión social del hecho*, o la *posibilidad de que el imputado cometa nuevos delitos en el futuro*. Si tal como apreciara en capítulos anteriores, ésta dicotomía puede ser rastreada a los albores del pensamiento jurídico-penal, se puede concluir sin mayores inconvenientes que la misma resulta una problemática universal al hombre. Lo cierto es que en esta región del mundo el empleo de la coerción adjetiva con carácter sustantivo -pena anticipada-, ha alcanzado niveles preocupantes.

Mucho se ha escrito acerca de la íntima relación entre las oscilaciones descendentes de la economía de mercado y el aumento de la criminalidad -contra la propiedad privada-. No ahondaré el tema por resultar ajeno a los fines aquí propuestos, pero partiendo de tales consideraciones, y advirtiendo los reiterados conflictos económicos de los países latinoamericanos, no puede sorprender que la implementación de mecanismos de encierro preventivo lo haya sido a fines distintos de los estrictamente legales, y como recurso gubernamental a la falta de políticas sociales que contengan el tejido social.

Reitero, como en otros pasajes del trabajo, que no se intenta aquí de discutir la legitimidad de la normativa procesal que contempla restricciones a la libertad personal durante el procedimiento, sino advertir acerca de las prácticas arbitrarias -y en consecuencia ilegales- que ocurren a diario cuando son ordenadas.

Entienden Bigliani y Bovino que los reiterados intentos de la Corte I.D.H. por limitar los abusos de los Estados parte en la aplicación del encarcelamiento preventivo, a partir del desarrollo jurisprudencial del contenido y exigencias del estado de inocencia, no resultaron oportunamente suficientes (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 12). Aceptando esa irrefutable realidad, la Corte Interamericana falla en el “*Caso López Álvarez*”¹⁷³, no solo exponiendo y sintetizando los principios que regulan el encarcelamiento preventivo, emergentes de la C.A.D.H. -y por tanto de cumplimiento obligatorio para los estados firmantes-, sino que con gran claridad los profundiza.

¹⁷² Corte I.D.H., Sentencia “*Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*”, del 7 de septiembre de 2.004. Serie C, No. 114. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, considerando VII, párrafo 35.

¹⁷³ Corte I.D.H., Sentencia “*López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*”, del 1 de Febrero de 2.006, Serie C, No. 141.

Comenzaré con una breve introducción al mismo:

En fecha 7 de julio del año 2.003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte I.D.H. una demanda contra el Estado de Honduras, dando así origen a la denuncia nro. 12.387. Con la referida demanda se pretendía que la Corte analizara la posible responsabilidad del estado hondureño en la infracción a varios de los derechos receptados en la Convención Americana, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez, miembro de una comunidad *garífuna* hondureña. En este sentido la Comisión sostuvo que: a) el nombrado fue privado de su libertad personal el 27 de abril de 1.997, por posesión y tráfico ilícito de estupefacientes; b) el 7 de noviembre del año 2.000 el juez de la causa dictó sentencia condenatoria respecto de López Álvarez, la cual posteriormente anulada el 2 de mayo de 2.001 por la Corte de Apelaciones de la Ceiba; ordenando retrotraer el juicio a la etapa del sumario, y c) el 13 de enero de 2.003 se dictó nueva sentencia de primera instancia, confirmada en una segunda instancia, que absolvió a López Álvarez; sin embargo, éste permaneció detenido hasta el 26 de agosto de 2.003. Solicitó asimismo la Comisión, que se ordenara al Estado de Honduras a reparar al imputado López Álvarez.

En el apartado VIII, párrafo 55, de la sentencia bajo análisis se exponen los alegatos vertidos por la C.I.D.H. referidos a la presunta violación al artículo 7 de la C.A.D.H., en relación con el artículo 1.1 de la misma -Derecho a la Libertad Personal y Obligación de Respetar los Derechos-. Alegó la Comisión que López Álvarez fue detenido por agentes del estado hondureño el 27 de abril de 1.997 sin orden judicial expedida por autoridad competente, sin haberse demostrado que se trataba de una detención *in fraganti*; así como tampoco su participación en los hechos que se le imputaban. Por contrario, existen indicios para considerar que la privación de libertad de López Álvarez fue realizada con el objetivo de impedir que el mismo continuara con su activismo en defensa de las tierras comunitarias de su pueblo. En este orden de ideas sostuvo la Comisión I.D.H. que el los tribunales de justicia hondureños no investigaron la posibilidad de que el procedimiento penal pudiera haber sido empleado para fines distintos a los dispuestos por el ordenamiento jurídico, bajo la apariencia de legalidad.

La Corte I.D.H. recordó que ya con anterioridad se había expedido señalando que “*la protección de la libertad salvaguarda tanto la libertad física de las personas como su seguridad personal, en una situación en que la ausencia de garantías puede subvertir la regla de derecho y privar a los detenidos de protección legal*”. Agregó seguidamente que las detenciones en supuestos de flagrancia resultan legítimas siempre que atraviesen correctamente el control judicial *posterior e inmediato*, ello con el objeto de evitar la arbitrariedad o ilegalidad de tales medidas. Para la Corte que “*López Álvarez fue detenido en condiciones que permiten suponer, razonablemente, la flagrancia requerida para ese fin (...), tomando en cuenta que la detención coincidió con el decomiso (...) de una sustancia con la apariencia de ser una droga prohibida*”.

Prosiguió la Corte con el estudio de la procedencia de la prisión preventiva dictada en la causa seguida a López Álvarez, y de los requisitos de aquella emergentes de la C.A.D.H., siendo este tramo del fallo el que interesa a los fines del presente trabajo.

Según lo expuesto por la Corte I.D.H. en el párrafo 66, el artículo 7.3 de la C.A.D.H.¹⁷⁴ “*prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, o carentes de proporcionalidad*”, agregando a ello que una detención originariamente legítima “*podrá tornarse arbitraria si en su curso se producen hechos atribuibles al Estado que sean incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido*”. A mayor ahondamiento, y en relación con la *legitimidad del encarcelamiento preventivo*, refiere que ésta

“no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria”.

Es claro el criterio expuesto. No basta una mera “*exterioridad*” o “*apariciencia*” de legalidad en la medida de coerción que se disponga, es necesario analizar los fundamentos por los cuales un órgano jurisdiccional hace lugar a tal. En otras palabras, la legitimidad de la restricción cautelar de la libertad se encuentra sujeta a *debida fundamentación*, reputándose tal, aquella que sea ajuste a los presupuestos emergentes del *principio de legalidad, estado de inocencia y proporcionalidad* -límites naturales de la prisión preventiva, “*indispensables en una sociedad democrática*”-.

Del fallo deben asimismo extraerse las consideraciones vertidas por la Corte I.D.H. en relación a dos presupuestos de procedencia en especial, el *fumus bonis iuris*, y la *proporcionalidad*.

En cuanto al primero, esto es, la apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar, en el fallo la Corte Interamericana describe como las pericias practicadas sobre las sustancias con las que el encausado fue aprehendido habrían arrojado, en primer término, positivo para estupefacientes; y que en una segunda instancia, tal resultado fue desvirtuado. Frente a ello se cuestiona que los tribunales de justicia hondureños no evaluaron tal contradicción probatoria -tanto conforme a parámetros internos, como los propios de la C.A.D.H.-, con el propósito de “*precisar si se mantenían las condiciones que justificaran la prisión preventiva*” del imputado. Considera que mantener la vigencia de una privación de libertad cautelar en tales condiciones viola el derecho del encartado a no ser sometido a detenciones o encarcelamientos arbitrarios e ilegales. En el párrafo 78, se cuestiona asimismo que en el auto de prisión preventiva, “*La autoridad judicial no tuvo en cuenta nuevos elementos de prueba que justificaran la prisión sino consideró solamente los mismos elementos que sustentaron la detención en flagrancia*”.

¹⁷⁴ Artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Éstas expresiones vertidas nos permiten concluir que, tanto el inciso 1ro. del art. 146 del C.P.P.B.A.¹⁷⁵, como el art. 147¹⁷⁶ del mismo ordenamiento adjetivo, se encuentran ajustados a los estándares de justicia reclamados internacionalmente al estado argentino. De tal forma deberá existir, en primer término, e inexorablemente, una sospecha fundada acerca de la participación del imputado en el hecho. Sin esta probabilidad de participación, la medida no tiene ningún sustento. En segundo lugar, que desde la aprehensión, pasando por la detención, para finalmente desembocar en la prisión preventiva, debe existir una probabilidad de participación en el hecho que debe ir, desde un estadio al otro, *in crescendo*. Sintéticamente, la medida deberá estar fundada en la mínima acreditación de un ilícito y de la penal responsabilidad de quien la sufra¹⁷⁷.

Esto se encuentra directamente relacionado con la expresa prohibición a detenciones y prisiones preventivas arbitrarias. Ya que si avanzado el proceso no se incorporan al expediente nuevos elementos que permitan al juzgador -en su búsqueda de la verdad fáctica- superar la provisoriedad de los primeras instancias del proceso y alcanzar un grado de probabilidad positiva, la restricción a la libertad deberá ceder frente al derecho a la libertad personal, fruto del estado de inocencia. Esto se encuentra expresamente contemplado en el artículo 147 del C.P.P.B.A.¹⁷⁸, el cual dispone que, en cada control judicial que recaiga sobre la libertad del imputado deberá analizarse la vigencia de las condiciones que la motivaron en una primera instancia. Por lo que deberán analizarse los elementos de cargo que se fueren agregando y que refieran a la probable existencia del hecho, responsabilidad del encausado en el mismo, y existencia de peligros procesales. A esto se refiere la norma cuando hace referencia a “*una reevaluación del mérito de la prueba respecto de la imputación*”¹⁷⁹, señalando que esto puede tener lugar hasta el propio inicio de la audiencia de debate. Lo cierto que la reevaluación de las condiciones originarias no deberá recaer exclusivamente sobre la apariencia de responsabilidad, sino que así mismo deberá abarcar al juicio de proporcionalidad entre la medida restrictiva de la libertad dispuesta, y el peligro que se pretende cautelar.

En cuanto a la proporcionalidad como a presupuesto de procedencia, para la Corte I.D.H. no basta con citar la norma que habilitaría en el caso disponer el encierro preventivo, ya que sin perjuicio de superarse tal examen de legalidad, la resolución que disponga la misma deberá contener el de *juicio de proporcionalidad* practicado en el caso concreto por el juzgador. Si en la resolución no se exterioriza el juicio de proporcionalidad efectuado en el caso concreto, pese al encuadramiento legal, la medida carece de legitimidad y deberá ser revocada por arbitraria. Ello concuerda con lo

¹⁷⁵ Artículo 146, inciso 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁷⁶ Artículo 147 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁷⁷ Inciso 1ro. del Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la O.N.U. de 1.966, aprobado por la República Argentina por Ley nro. 23.313; e Inciso 3ro. del Artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la República Argentina por Ley nro. 23.054.

¹⁷⁸ Artículo 147 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁷⁹ Artículo 147, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

establecido por el artículo 146, inciso 3ro., del C.P.P.B.A.¹⁸⁰, y se ordena la expresa mención del peligro procesal que se pretende neutralizar en el caso concreto, y las razones por las cuales la privación de libertad es la única adecuada a tal propósito.

Si en la resolución no se exterioriza el juicio de proporcionalidad efectuado, no obstante el correcto encuadramiento en un supuesto legal, la medida carecerá de legitimidad debiendo ser revocada por arbitraria. Es de vital importancia para la efectiva consagración de un modelo acusatorio la estricta observancia de este dispositivo legal, ya que solo a través de la exteriorización del juicio de proporcionalidad podrá el imputado -con algún grado de expectativa- refutarlo y mejorar su situación procesal. Si la actividad jurisdiccional es cumplida en sentido opuesto, se reduce el derecho de defensa a un acto procesal vacío sin chances reales de alterar el curso del proceso. Tales circunstancias vuelven arbitraria e ilegal a la privación cautelar de la libertad, por violatoria del derecho de defensa.

La Corte I.D.H. asimismo considera a la exteriorización del juicio de proporcionalidad como garantía del derecho a la libertad durante el trámite del procedimiento. Al respecto, y previo destacar que “*La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal*”, en el párrafo 69 de la sentencia en estudio¹⁸¹, la Corte Interamericana expone que del artículo 7.3 de la C.A.D.H. se desprende la obligación de los órganos de la administración de justicia 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 eludirá la acción de la justicia*”¹⁸². Exigirse poner de manifiesto en la resolución el juicio de proporcionalidad, no tiene otro propósito más que brindar los medios que permitan *verificar* o *refutar* en cada caso si la medida restrictiva de la libertad resulta el recurso estrictamente necesario y no existe otro que pueda -sin afectar derechos de un sujeto inocente- neutralizar los riesgos procesales.

Debe ponerse asimismo de resalto que la Corte ID.H. descarta en el fallo a la *gravedad del delito* que se imputa y a las *características personales* del imputado -derecho procesal penal de autor- como factores a ser considerados en el juicio de probabilidad, no resultando estos parámetros justificación suficiente de la prisión preventiva, ya que ésta “*es una medida cautelar y no punitiva*”¹⁸³ (Bigliani y Bovino, 2.008).

Finalmente la Corte I.D.H. sostuvo en el fallo:

81. (...) pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que “[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”, el

¹⁸⁰ Artículo 146, párrafo 3ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁸¹ Corte I.D.H., Sentencia “López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 1 de Febrero de 2.006, Serie C, No. 141. Párrafo 69.

¹⁸² Artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁸³ Corte I.D.H., Sentencia “López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 1 de Febrero de 2.006, Serie C, No. 141. Párrafo 69.

artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en (...) delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido (...) López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación (...) sea determinada por el tipo de delito que se impute¹⁸⁴.

Para Bigliani y Bovino “según la Convención Americana, ‘en ningún caso’ la aplicación del encarcelamiento preventivo podrá estar determinada ‘por el tipo de delito’” (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 29), entendiéndose por “tipo de delito”, no a la clasificación de figuras típicas conforme el bien jurídico protegido, sino como a un grupo de delitos agrupados por el monto de su pena.

La expresión empleada es clara. No resultará procedente una restricción a la libertad previa a la sentencia basada exclusivamente en la gravedad del hecho que se atribuye (gravedad determinada por el tipo de delito en abstracto). En consecuencia, legislaciones que dispongan medidas coercitivas personales bajo tales criterios resultan desajustadas a los estándares internacionales, y podrán eventualmente comprometer la responsabilidad de estado.

Según Bigliani y Bovino la Corte I.D.H. en el caso recientemente analizado abordó temas que no habían sido previamente tratados (v. gr., la autonomía del principio de proporcionalidad), destacándose en el fallo el ineludible deber de los Estados parte de cumplir con las obligaciones originadas en la C.A.D.H. y definidas en reiteradas oportunidades en su jurisprudencia (v. gr., excepcionalidad del encarcelamiento preventivo). Pero no obstante ello, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos profundizó sus observaciones en la materia procesal penal, y con el Informe nro. 35/07, la Comisión I.D.H.¹⁸⁵ “instrumenta los estándares sostenidos en el fallo López Álvarez -como también aquellos que surgen de la jurisprudencia anterior del sistema interamericano-, dándoles contenido concreto”, los cuales “representan un gran avance en la jurisprudencia interamericana y dotan a los operadores jurídicos de poderosas herramientas para el litigio en el ámbito interno” (Bigliani y Bovino, 2.008, pag. 5).

Por último Bigliani y Bovino resaltan la importancia del Informe nro. 35/07, fruto del fallo López Álvarez, señalando que en el mismo puede apreciarse “la aplicación concreta de los principios desarrollados por el sistema interamericano” (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 7) de obligatoria instrumentación por los operadores judiciales. Los contenidos desarrollados a partir del caso López Álvarez “establecen de modo preciso cuales son los deberes exigibles a los órganos judiciales en la

¹⁸⁴ Corte I.D.H., Sentencia “López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 1 de Febrero de 2.006, Serie C, No. 141. Párrafo 81.

¹⁸⁵ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09, del 6 de Agosto de 2.009.

aplicación de las obligaciones internacionales". De allí que, tanto el "Caso López Álvarez" como el Informe nro. 35/07, sean de análisis indispensable.

Previo iniciar su estudio, y al igual que en el supuesto anterior, cabe un breve repaso de los hechos que originaron la actuación de los órganos supranacionales:

2. (...) El Estado les había imputado la violación a la ley 2.230 (1893), que sanciona a los directores de compañías en disolución que cometan fraude u otros delitos financieros. Según la denuncia, ese delito admite la libertad durante el proceso, a pesar de lo cual los señores Peirano Basso permanecieron privados de su libertad en virtud de la "alarma social" provocada por el colapso del sistema bancario uruguayo y su supuesta responsabilidad en él.

55. La defensa solicitó la libertad de los señores Peirano Basso en siete oportunidades, todas las cuales fueron rechazadas.

57. El 25 de febrero de 2005 la defensa solicitó la libertad de los detenidos, nuevamente, ante la Suprema Corte quien, el 30 de marzo de ese año; no hizo lugar a las excarcelaciones provisionales "por gracia" con base en la "gravedad ontológica" de los delitos imputados y su "repercusión social".

58. Con fecha 16 de agosto de 2005 (...), el juez a cargo de la investigación rechazó la libertad provisional debido a "la entidad del hecho que se incrimina" y a "la escasa preventiva cumplida". Esta resolución fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones quien, el 10 de marzo de 2006, sostuvo: a) que el artículo 27 de la Constitución de la República sólo admite la libertad provisional cuando, las circunstancias de la causa, admitan prever una individualización de la pena que no sea de penitenciaria(...), f) la "gravedad inusitada" de los hechos ameritan una pena "severizada" que no admite la libertad durante el proceso (...) ¹⁸⁶.

De los temas abordados por la Comisión Interamericana, comenzaré por las consideraciones expuestas acerca del *derecho a libertad personal* durante el proceso y los *peligros procesales*.

En relación al derecho a la libertad personal, la Comisión, citando a la Corte I.D.H. en el "Caso López Álvarez", señala que del artículo 7.3 de la C.A.D.H. emerge 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 eludiré la acción de la justicia", y a continuación transcribe textualmente lo establecido por el art. 9.3 del P.I.D.C.y P.; concluyendo así que "(...) la limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio *pro homine*" ¹⁸⁷.

En los párrafos 79 y 80 del Informe, la Comisión cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (también llamado Corte Europea de Derechos Humanos), órgano que sostuvo "que, si bien la sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido un delito es una condición *sine qua non*,

¹⁸⁶ Comisión I.D.H., caso "Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay", Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafos 2, 55, 57 y 58.

¹⁸⁷ Comisión I.D.H., caso "Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay", Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafo 84.

transcurrido cierto lapso ello ya no es suficiente”, y señala que luego de establecerse la relación entre el hecho investigado y el encartado, indispensable en toda coerción personal, “*corresponde fijar los fundamentos por los cuales se podrá disponer la privación de la libertad durante un proceso penal*”. De forma tajante la Comisión precisa como *únicos y legítimos* fundamentos de la privación cautelar de la libertad a la luz de la C.A.D.H., a “*los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial*”, que tendrán por propósito “*lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin*”¹⁸⁸.

Con lo hasta aquí expuesto, la Comisión entiende que, acreditada la probable autoría o participación del imputado en los hechos investigados, corresponde dar paso al análisis del “*peligro cierto de frustración de los fines del proceso*” a partir de los peligros de fuga y/o entorpecimiento de la investigación. Se puede apreciar que el temperamento de la Comisión resulta concordante con lo dispuesto por el C.P.P.B.A.¹⁸⁹.

Surge del párrafo 84 del Informe¹⁹⁰, que no pueden ser considerados peligros procesales aquellos criterios basados en la *alarma social*, la *repercusión social del hecho*, o la *posibilidad de que el imputado cometa nuevos delitos en el futuro*, o la *severidad de la pena*. Ello en razón de que la medida cautelar dictada en un proceso, solo tiene lugar a fin de salvaguardar los fines de aquel, y *solo de aquél* (Bigliani y Bovino, 2.008). Evitar o calmar la alarma social no constituye, en ningún supuesto, el objeto de una medida de coerción, así como tampoco evitar la posible reincidencia. Tales criterios valoran elementos ajenos al objeto de la investigación, pudiendo inclusive afirmarse que no resultan ser *criterios adjetivos*, deviniendo una cautelar así dispuesta en una pena anticipada. Puede incluso concluirse que exceden el carácter de *criterios sustantivos*, deviniendo, a más de penas anticipadas, en arbitrarias, ya que tales criterios se alejan de los postulados del *derecho penal de acto*. La valoración de la alarma social o de la repercusión social del hecho al momento de dictar una medida cautelar, implican el juzgamiento de circunstancias enteramente ajenas a la acreditación del hecho, a la apariencia responsabilidad del imputado, y al juicio de proporcionalidad de la medida. Finalmente, y en cuanto al peligro de reincidencia como factor de valoración, basta decir que se trata de una clara manifestación del *derecho procesal penal de autor*.

En este orden de ideas, uno de los párrafos más interesantes resulta el nro. 141¹⁹¹, el que a continuación se transcribe:

¹⁸⁸ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafos 79 y 80.

¹⁸⁹ Inciso 2do. del Artículo 146 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁹⁰ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafo 84.

¹⁹¹ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafo 141.

141. 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 legítimos 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.

Es decir que, ni por la *alarma o repercusión social* de un hecho, así como tampoco en base a la *peligrosidad* de un imputado, podrán determinarse distintos regímenes de libertad durante el proceso. La cuestión debe sujetarse a criterios objetivos, analizables en cada caso particular, ya que, como fuera señalado, de aceptarse aquellos fundamentos se distorsiona el sistema que prevé la restricción cautelar de la libertad como mecanismo para la neutralización de riesgos a los fines procesales, y se construye -ilegal y arbitrariamente- un mecanismo de castigo anticipado, violatorio del estado de inocencia -y por ende de la forma Republicana-.

En este orden de ideas, el Informe -párrafo 85- formula un cuestionamiento en relación con la *debida fundamentación*, tanto de los requerimientos fiscales, como de las resoluciones jurisdiccionales. Advierte que “*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*”¹⁹².

Aquí la Comisión I.D.H. coincide con el criterio que aquí se viene desarrollando, y que con gran claridad fuera expuesto por Ferrajoli en “*Derecho y Razón*” (1.995)¹⁹³. Una resolución basada en una mera afirmación, sin expresa mención de sus fundamentos, es un acto de pura autoridad y no una conclusión -verificable-, obtenida a partir de un proceso de conocimiento. Pero la Comisión Interamericana va más allá de un mero análisis de la actividad judicial, y en el mismo párrafo indica a los Estados parte cual es el estándar exigido por la C.A.D.H. a la legislación procesal que regula la materia:

(...) Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones iuris tantum (...), basadas en circunstancias 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. (...).

¹⁹² Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafo 85.

¹⁹³ “*cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa*” (Ferrajoli, 1.995, pag. 46).

86. En apoyo a esas consideraciones, la Corte Europea ha sostenido que las autoridades judiciales deben, en virtud del principio de inocencia, examinar todos los hechos a favor o en contra de la existencia de los peligros procesales y asentarlo en sus decisiones relativas a las solicitudes de libertad.

144. Los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones *iuris et de iure*, que no necesiten ser probadas en el caso y que sea suficiente su mera alegación. (...) ¹⁹⁴.

Respecto a los fragmentos transcritos de los párrafo 85 y 144, cabe hacer dos menciones. En primer término, que las legislaciones correspondientes a los Estados miembro de la O.E.A., podrán prever circunstancias a valorar al momento dar tratamiento a la procedencia de una medida de coerción personal. En segundo lugar, que la mera alegación de tales circunstancias no equivale a su acreditación. En otras palabras, que limitarse a citar circunstancias previstas en la legislación procesal local, sin fundar la concurrencia de las mismas con elementos de convicción agregados al expediente, no califica como debida fundamentación -ni de los requerimientos fiscales, ni de las resoluciones jurisdiccionales-.

Esto en el ámbito de la provincia de Buenos Aires el esquema propuesto implica que la C.A.D.H. reconoce la legitimidad de prescripciones como las emergentes del artículo 169 del C.P.P.B.A. ¹⁹⁵, pero que sola remisión a alguno de los supuestos allí mencionadas, desprovista de otros elementos que permitan demostrar en el caso particular que resulta razonable presumir que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia, no resulta un argumento válido. Una actividad judicial cumplida fuera de estos parámetros resulta arbitraria, ya que no cumple con el principio de debida fundamentación propio de la forma republicana, y ello por el mero de hecho de no resultar pasible de refutación. Y es claro, ya que al ocultarse la motivación se impide al imputado formular debidamente su oposición a un requerimiento fiscal, o agravio a una resolución jurisdiccional. Bajo tales condiciones no hay vigencia efectiva del derecho de defensa.

A párrafo seguido ¹⁹⁶ la Comisión Interamericana cita al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y establece que las autoridades judiciales -sin distinguir entre fiscales y jueces-, deberán -obligatoriamente en virtud del estado de inocencia que goza el imputado-, dejar constancia por escrito de todos los hechos valorados -a favor y en contra del encausado- al momentos de expedirse respecto a la existencia de peligros procesales.

Ésta manda emergente del sistema interamericano de derechos humanos reviste suma importancia en la actividad judicial, ya que es la garantía a todo sujeto procesado de que podrá, con argumentos racionales, y si el caso así lo permite, mejorar su situación procesal. Esto constituye un avance -

¹⁹⁴ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafo 85 y 144.

¹⁹⁵ Artículo 169 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁹⁶ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2.007. Párrafo 86.

enorme-, y brinda un invaluable recurso a los defensores penales, quienes deberán en el ejercicio de sus funciones exigir se cumpla la manda aquí analizada.

Merece destacarse una de las observaciones formuladas por Bigliani y Bovino (2.008) al Informe. Partiendo de que el riesgo procesal no se presume, concluyen que las presunciones que puedan ser contempladas por la legislación, sean éstas de carácter *iuris tantum* o *iure et de iure*, resultan ilegítimas por ser contrarias al estado de inocencia. Las presunciones determinan *per se* una inversión en la carga de la prueba en perjuicio del imputado, y si tales fueran admitidas todo el sistema perdería coherencia, ya que podrían dictarse encarcelamientos preventivos sin que efectivamente concurra riesgo procesal alguno. Bajo este esquema, prescindiendo de circunstancias objetivas, y a partir de una determinada premisa -v. gr., la pena prevista legalmente-, se concluye que el imputado eludirá a la administración de la justicia, y por tanto, se lo priva de la libertad. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el tribunal deberá “*atender a las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable de peligro que genera la necesidad de la medida de coerción*” (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 32). Si bien en el Informe se habla de presunciones *iuris tantum*, los autores descartan que la expresión haya sido empleada en su significado técnico correcto. Lo que se pretende manifestar es que el Estado deberá en cada caso “*cumplir con la obligación positiva de constatar la existencia de un peligro procesal*” (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 33).

En síntesis, para que la sospecha exigida pueda ser considerada razonable se requiere, de manera necesaria, la verificación efectiva de circunstancias objetivas cuya existencia sea demostrada a través de la obtención, incorporación y valoración de elementos de prueba en el marco del proceso en un caso concreto (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 35).

Los párrafos 89 a 91 del Informe nro. 35/07¹⁹⁷ están dedicados a uno de los temas que más controversia despierta en la actividad judicial cotidiana, esto es, la “*la severidad de la pena*” como parámetro válido al momento de valorarse la concurrencia de riesgo procesal. La Comisión sin desconocer su validez, refiere que su utilización deberá serlo dentro de los límites que fueran anteriormente expuestos. Es decir, funciona como indicio a tomar en consideración, pero desprovisto de otros que permitan reforzarlo, no podrá por sí solo erigirse en un argumento válido. En este sentido se reitera en el informe el temperamento expuesto por la Corte en el “*Caso López Álvarez*”, referido a la necesidad -consagrada en la Convención Americana-, “*de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo*”¹⁹⁸. Aquí la expresión tipo de delito, y como ya fuera señalado, refiere a la clasificación

¹⁹⁷Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafos 89, 90 y 91.

¹⁹⁸ Corte I.D.H., sentencia “*López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*”. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C nro. 141, párrafo 81.

de delitos conforme su pena en abstracto, y no una clasificación derivada del bien jurídico tutelado. Agrega en torno a la pena en expectativa como factor de análisis, que

para evaluar el peligro procesal, siempre se debe considerar el mínimo de la escala penal o el tipo de pena más leve prevista. De lo contrario, se violaría el principio de inocencia porque, como la medida cautelar se dispone con el único fin de asegurar el proceso, ella no puede referir a una eventual pena en concreto que suponga consideraciones que hacen a la atribución del hecho al imputado. Asimismo, en los supuestos en los que se intenta realizar un pronóstico de pena en concreto, se viola la imparcialidad del juzgador y el derecho de defensa en juicio¹⁹⁹.

En otras palabras, de analizarse en el caso concreto que pena -entre el mínimo y máximo- correspondería al imputado a partir de las pruebas del hecho, se estarían aplicando criterios sustantivos, los que deberán quedar reservados para el momento de dictar sentencia, y no podrán ser utilizados como argumento de la existencia de riesgo a los fines del proceso. Por el contrario, podrá ser empleada la pena en abstracto, si la consideración refiere *exclusivamente* al mínimo previsto en el tipo penal, ya que partiendo de la apariencia de responsabilidad exigida en cabeza del imputado, se puede -sin aplicar criterios sustantivos- prever que tal (el mínimo) podrá ser la pena que eventualmente se dicte en su contra.

A lo dicho, en el mismo párrafo la Comisión indica que la

consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento (...) Admiten ser valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso²⁰⁰.

Esto es correcto, ya que la modalidad en que debería ejecutarse la eventual condena no puede entenderse como un factor de menor relevancia en comparación del mínimo, ya que la mínima respuesta punitiva se obtiene de la conjugación de ambos (mínimo y modalidad de pena). En conclusión, no podrá, en ningún caso, la severidad de la pena -en abstracto o en expectativa- ser empleadas como “*pautas absolutas o definitivas*”.

A continuación²⁰¹, en el Informe se desarrollan los principios limitativos al encarcelamiento preventivo, comenzando con la *excepcionalidad* como rector de la legalidad de aquel. Con cita al Informe nro. 12/96 “*Jorge A. Jimenez vs. Argentina*”, de cuyo párrafo 84²⁰² surge que a partir de la preeminencia de la libertad personal, y del riesgo que supone la prisión preventiva al debido proceso,

¹⁹⁹ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 91.

²⁰⁰ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 91.

²⁰¹ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 92.

²⁰² Comisión I.D.H., caso “Jorge A. Giménez v. Argentina”, Informe No. 12/96, de 1 de marzo de 1.996. Párrafo 84.

ésta no puede resultar más que “*necesariamente excepcional*”. En igual sentido falló la Corte I.D.H. en el “*Caso López Álvarez*”, en el párrafo 67 que ya fuera analizado²⁰³. La Comisión Interamericana no solo funda la *excepcionalidad* en el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que cita al artículo 9.3 del P.I.D.C.yP.²⁰⁴; al principio 39 del “*Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*”²⁰⁵; y a la disposición 6.1 de las “*Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*” -también llamadas Reglas de Tokio-²⁰⁶.

Comenzando en la relación de género a especie que se existe entre las medidas cautelares y la prisión preventiva, y siendo que las primeras solo proceden en caso de resultar indispensable para el objeto propuesto, el encarcelamiento preventivo solo procederá de ser indispensable (naturaleza cautelar), toda vez que no exista otro mecanismo menos lesivo (en virtud del principio de excepcionalidad).

100. (...) Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando (...) se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan²⁰⁷.

El párrafo 100 *in fine* claramente refiere a que el *control judicial* de la legalidad de la medida restrictiva de la libertad deberá ejercerse el tiempo que la misma se prolongue en el tiempo²⁰⁸. Hay una clara relación entre el *control judicial* y el principio de *excepcionalidad*, ya que este último no puede resguardarse con la mera sanción de una norma que con carácter previo establezca el requisito, sino que deberá ser objeto de revisión permanente por parte del órgano a disposición del cual se encuentra detenido el encausado²⁰⁹. Este control judicial al que refiere el “*Informe Peirano Basso*”

²⁰³ Corte I.D.H., sentencia “*López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*”. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C nro. 141, párrafo 67: “*Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal*”.

²⁰⁴ Artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (...)*”.

²⁰⁵ Principio 39 del “*Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución nro. 43/173, del 9 de diciembre de 1988: “*Excepto en casos especiales indicados por ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal tendrá derecho, a menos que un juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de justicia, a la libertad en espera de juicio con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención*”.

²⁰⁶ Disposición 6.1 de las “*Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*” (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución nro. 45/110, del 14 de diciembre de 1990: “*En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso (...)*”.

²⁰⁷ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay*”, Informe nro. 86/09. Párrafo 100.

²⁰⁸ Artículo 147 del C.P.P. de la Pcia. de Buenos Aires.

²⁰⁹ Comisión I.D.H., caso “*Jorge, José, y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay*”, Informe nro. 35/07, del 1 de mayo de 2007. párrafo 104: “*Por ello, el juzgador deberá revisar, periódicamente, si los motivos que originariamente fundaron la prisión preventiva aún subsisten. En tal exposición, se deberán*

debe ser permanente, pesando sobre el órgano jurisdiccional “*la obligación de disponer la libertad, aún de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la habían sustentado. De lo contrario, se estaría legitimando una privación de la libertad que carece de fundamento*”²¹⁰.

Como consecuencia de la *excepcionalidad*, y como condición necesaria para que la misma pueda ser solicitada por la parte interesada, la legislación de los Estados parte deberá prever medidas que permitan asegurar los fines del procedimiento, y que se basen en alternativas a la restricción de la libertad personal. Es decir, medidas cautelares que neutralicen peligros procesales, y que aún restringiendo derechos individuales, no impliquen exclusivamente una afectación a la libertad ambulatoria²¹¹²¹².

Toda estas consideraciones, llevan a la lógica construcción de un segundo principio limitativo de la restricción cautelar de la libertad, como resulta ser la *provisionalidad*. Conforme este principio, la vigencia de los presupuestos de procedencia (aparición de responsabilidad, concurrencia de riesgo procesal, relación de proporcionalidad) deberá ser verificada por las autoridades judiciales mientras la privación preventiva perdure. Lo que visto desde otro ángulo no significa más que, a la desaparición de alguno de los requisitos, la misma deberá cesar, caso contrario “*la detención será tan ilegítima como una detención ordenada de manera arbitraria o ilegítima*” (Bigliani y Bovino, 2.008, p. 45). Por tanto, a partir de los principios limitativos de la *excepcionalidad* y *provisionalidad*, se concluye que resulta obligatorio para los operadores judiciales disponer “*métodos cautelares alternativos a la privación de la libertad para asegurar la comparecencia del imputado*”²¹³, o en su caso, de sustituir el encarcelamiento que se hubiera dispuesto.

A la *excepcionalidad* y la *provisionalidad*, la Comisión Interamericana agrega la *proporcionalidad*, y establece que, resultando el imputado una persona inocente, la misma no podrá recibir peor tratamiento que un firmemente condenado, y tampoco uno igual. Se advierte que “*La medida cautelar*

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. Este deber encuentra fundamento en la necesidad de que el Estado renueve su interés en mantener la prisión preventiva con base en fundamentos actuales”.

²¹⁰ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 102.

²¹¹ Disposición 2.3 de las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución nro. 45/110, del 14 de diciembre de 1990: “(...) *el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia (...)*”.

²¹² Disposición 6.2 de las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución nro. 45/110, del 14 de diciembre de 1990: “*Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 6.1 y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano*”.

²¹³ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 107.

*no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad*²¹⁴. La proporcionalidad a la que hace referencia el “Informe Peirano Basso” implica una ecuación entre el estado de inocencia y el propósito de la medida cautelar. Analizar la prisión preventiva en relación a la pena, lleva a una implícita equiparación entre coerción procesal y coerción sustantiva.

Deja en claro que en virtud del principio de proporcionalidad no podrán ordenarse restricciones preventivas a la libertad para aquellos ilícitos que no estén conminados con penas privativas de libertad, o cuando la pena pueda ser dejada en suspenso. Asimismo se deberá hacer cesar aquellas en las que el imputado hubiere cumplido en encierro el mínimo de tiempo previsto en la escala penal.

Y en esto, precisamente, consiste el gran aporte del Informe nro. 35/07, ya que sin contradecir ningún precedente del Sistema Interamericano, redefine el principio de proporcionalidad, concibiéndolo como un principio autónomo. La Comisión I.D.H. dejó atrás la doctrina clásica que concibe a la proporcionalidad tan solo como una prohibición de exceso; y propone uno en términos de *inequivalencia* entre la coerción personal y la pena, tanto desde un punto de vista temporal como desde lo modal (Bigliani y Bovino, 2.008).

Entendida así la proporcionalidad, resulta un corolario lógico lo expuesto en el párrafo 111 del Informe nro. 35/07, donde se reitera que a los fines de la *proporcionalidad*, el análisis de la pena en abstracto deberá practicarse a partir del mínimo previsto en la ley²¹⁵. Ya que en caso contrario, la proporcionalidad se establecería como una relación entre la prisión preventiva y la pena -relación de equivalencia-; cuando solo deberá serlo entre el estado de inocencia y el riesgo procesal que se pretende neutralizar -relación de inequivalencia-. Si en el caso particular se efectuare un pronóstico de pena, valorando prueba para así calcular si la misma se ubicará más próxima del mínimo o del máximo, se “conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial”²¹⁶.

Antes de finalizar el repaso por los criterios de orden supranacional relativos a la acreditación del riesgo procesal, y a fin de reiterar la importancia que tienen estos conceptos desarrollados por el Sistema Interamericano, citaré la sentencia dictada por la Corte I.D.H. en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” de fecha 26 septiembre de 2.006, oportunidad en que señaló que

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y

²¹⁴ Artículo 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

²¹⁵ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 111.

²¹⁶ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09. Párrafo 111.

fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de `control de convencionalidad´ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²¹⁷.

Es decir que los derechos y garantías emanados de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1.994, no son solo operativos, sino que además la interpretación que de ellos hagan los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es vinculante para los poderes de los Estados parte. Por tanto, el Poder Legislativo deberá cumplir con su actividad legisferante cuidando de respetar los convenios internacionales firmados por el Estado Nacional, así como la actualización doctrinaria que respecto de ellos cumpla la Comisión y la Corte I.D.H.. Por su parte los integrantes del Poder Judicial, incluidos los agentes del Ministerio Público Fiscal, deberán actuar teniendo en consideración las mismas pautas al momento de llevar a cabo la tarea judicial. Esto ha sido llamado por la Corte Interamericana “control de convencionalidad”, que no es más que una forma de control de constitucionalidad, abarcando en el espectro de análisis a los tratados internacionales comprendidos en el art. 75, inc. 22, de la C.N..

2. Orden nacional y provincial.

Cumplido el repaso por la jurisprudencia supranacional rectora en la materia, corresponde efectuar lo propio con la jurisprudencia nacional, en el orden federal y provincial. En el primero analizaré fallos dictados por la C.S.J.N., así como por la Cámara Federal de Casación Penal, y a su turno en el orden provincial, al estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, y se hará asimismo mención a un caso de primera instancia.

En relación con la jurisprudencia de orden nacional corresponde formular una breve aclaración previa. Los artículos 316²¹⁸ y 317²¹⁹ del Código Procesal Penal de la Nación contienen previsiones

²¹⁷ Corte I.D.H., sentencia “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*”, del 26 de septiembre de 2006. Serie C, Nro. 154. Párrafo 124. Citado por el Dr. Eduardo Riggi en “*Díaz Bessone, Ramón Genaro, S/ Recurso de inaplicabilidad de ley*”, Acuerdo nro. 1/2008, en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008, de la C.N.Cas. P., -en pleno-.

²¹⁸ Artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación: “Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entiende en aquélla, su exención de prisión. El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal. (Expresión "... , salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal" incorporada por art. 12 de la Ley Nacional nro. 24.410). Si el juez fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le remitirá, si correspondiere, la solicitud”.

²¹⁹ Artículo 317 del Código Procesal Penal de la Nación: “La excarcelación podrá concederse: 1. En los supuestos que correspondiere la exención de prisión; 2. Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o

análogas a las contempladas en los artículos 169 del C.P.P.B.A.²²⁰.. Misma concordancia se presenta entre los artículos 280.²²¹ y 319.²²² del C.P.P.N., y los artículos 144 y 171²²³, en función del 148, del código adjetivo bonaerense, respectivamente. Por tanto, las consideraciones vertidas por la C.S.J.N. y la C.F.C.P. en relación a las citadas normas, resultan extensibles por analogía, y sin mayores inconvenientes, a las normas del ámbito de la Pcia. de Buenos Aires.

2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al finalizar el repaso de la actividad desplegada por los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se hizo mención a la manda de *control de convencionalidad* dirigida a los jueces de cada uno de los Estados Partes. A tal imperativo deben agregarse las directrices impartidas al respecto por la nuestro Máximo Tribunal, de cuya jurisprudencia surge -en forma reiterada- la orden a los tribunales inferiores de ajustar su actuación a los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina. Así, en el marco de la causa “*Miguel Ángel Espósito*”²²⁴, el Alto Tribunal sostuvo que “*Los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado*”. Sin perjuicio de la enorme claridad de la expresión empleada en esa oportunidad, sin dudas en este orden de ideas yb en el marco del presente trabajo, debe de hacerse mención al caso “*Giroldi*”²²⁵, un fallo de enorme trascendencia en la jurisprudencia nacional, del cual se desprende -en su considerando 11vo.- que la

prisión preventiva el máximo de la pena prevista por el Código Penal para el o los delitos que se le atribuyan; 3. Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada; 4. Cuando el imputado hubiere cumplido la pena impuesta por la sentencia no firme; 5. Cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios”.

²²⁰ Artículo 169 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

²²¹ Artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación: “La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el juez que intervendrá”.

²²² Artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación: “Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”.

²²³ Artículo 171 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (Texto según Ley Provincial. nro. 14.517) Denegatoria. En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148. El juez podrá considerar que concurren esos extremos cuando en los supuestos de tenencia o portación ilegítima de arma de fuego de cualquier calibre, el imputado hubiera intentado eludir el accionar policial, evadir un operativo público de control o, de cualquier otro modo, desobedecer, resistirse o impedir el procedimiento. A fin de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones precedentes y de lo normado en el artículo 189 bis apartado 2o párrafo octavo del Código Penal, a partir de la aprehensión la autoridad policial o judicial requerirá en forma inmediata los antecedentes del imputado.

²²⁴ C.S.J.N., “*Miguel Ángel Espósito*”, Fallos 327:5668.

²²⁵ C.S.J.N., “*Giroldi*”, Fallos, 318:514.

jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en “las condiciones de su vigencia” (art. 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 C.N., 62 y 64 Convención Americana y artículo 2o ley 23.054).

En el considerando siguiente, la Corte Suprema señaló

12. Que, en consecuencia, a esta Corte, (...) le corresponde --en la medida de su jurisdicción-- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.

Recordó el Alto Tribunal que la Corte I.D.H. precisó oportunamente los alcances del artículo 1 de la C.A.D.H., conforme los cuales

los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce²²⁶.

En consecuencia, la tolerancia de un Estado parte a circunstancias o condiciones que “*impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención*”, y que por tanto deberá “*organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos*”²²⁷.

Con el fallo “*Gioldi*” se inicia una línea jurisprudencial que la C.S.J.N. mantiene a la fecha, y que tiene origen en la reforma constitucional del año 1.994, la cual motivó una adecuación de los criterios imperantes en materia de derechos humanos a los estándares internacionales. Del fallo citado surge con meridiana claridad el deber de los tribunales nacionales de velar por la plena vigencia de la C.A.D.H. -en idénticas condiciones al ámbito internacional-, con lo cual se deberá tener en especial consideración la jurisprudencia emergente de la Corte Interamericana.

²²⁶ C.S.J.N., “*Gioldi*”, Fallos, 318:514. Considerando 12do..

²²⁷ C.S.J.N., “*Gioldi*”, Fallos, 318:514. Considerando 12do..

Al fallo citado deben agregarse las consideraciones vertidas por la C.S.J.N. en el caso “*Bramajo*”²²⁸, de cuyo considerando 14vo. surge que las normas de derecho interno deberán ser interpretadas a la luz de los tratados con jerarquía constitucional.

Para el caso de conflicto, se expidió la Corte Suprema resolviendo que “*cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos*” derive en resultados que se dan de bruce con los principios axiológicos enunciados en normas de rango superior, produciendo consecuencias disvaliosas, “*resulta necesario dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armonioso del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento normativo*”. Agregó que la alternativa implica aceptar que la aplicación de la ley resulta “*una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados*”, la cual exige “*conjugación de los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compecede con la misión de administrar justicia*”²²⁹.

Ya en estricta relación con la materia en estudio, y no obstante ser de fecha anterior a los fallos citados, debe citarse al caso “*Cacciatore*”²³⁰, de fecha 23 de abril de 1.985. El caso llegó al Alto Tribunal por un recurso interpuesto por la defensa contra la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional -Sala VI-, que confirmó el rechazo a la excarcelación de Osvaldo Andrés Cacciatore.

El Procurador General sostuvo en su dictamen que tanto en la resolución de la primera instancia -al tratarse la solicitud de excarcelación-, así como también en la Alzada, los magistrados se limitaron a calificar la conducta enrostrada, sin darse tratamiento a los agravios que fueran formulados por la defensa. Destacó seguidamente que pese a no ser obligación de los jueces expedirse sobre todos y cada uno de los puntos expuesto por las partes, sino solo respecto de aquellos pertinentes para la solución del caso, ésta omisión, o el rechazo de tales mediante breves afirmaciones genéricas sin referencia a los temas concretamente expuestos, obsta a que un acto judicial pueda ser reputado válido.

Asimismo expuso que en ciertos supuestos la sola mención de un precedente no resulta fundamento suficiente, y transcribió el Procurador el contenido -en su parte pertinente- del fallo citado por la Cámara, del cual surge que:

aparecería que su actuación (la del acusado), es prácticamente la del único hilo conductor que vincula todos los hechos o aspecto del mismo supuesto fáctico, la que a esta altura de la investigación haría aparecer una conminación penal que sería grave y que cualquiera sean las condiciones personales

²²⁸ C.S.J.N., “*Bramajo, Hernán Javier S/ Incidente de Excarcelación*”, Causa B. 851. XXXI, de 12 de septiembre de 1.996.

²²⁹ C.S.J.N., “*Bramajo, Hernán Javier S/ Incidente de Excarcelación*”, Causa B. 851. XXXI, de 12 de septiembre de 1.996. Considerando 14vo.

²³⁰ C.S.J.N., “*Cacciatore*”, Fallos 307:549 (1.985).

del procesado, no inhiben la natural tendencia a eludir tal amenazas en la eventualidad de que se tornase cierta²³¹

Es decir que el fundamento dado solo hacía reparo en la probable gravedad de la pena que pudiera corresponderle al encausado, sin ninguna otra referencia al caso concreto. Todo ello llevó a concluir que se presentaba en el caso una violación al derecho de defensa, por cuanto la resolución cuestionada adolecía de correcta fundamentación, deviniendo inválida.

En el fallo -considerando 7mo.- la C.S.J.N. sostuvo que

el máximo de pena que podría aplicarse en el caso (...) no excede el previsto por el art. 379, inc. 1ro, parte 1ra., de Código de Procedimientos en Materia Penal, de modo que la negativa de la excarcelación debió sustentarse en los supuestos del art. 380 del referido cuerpo legal (conforme a la redacción de la ley 23.050), es decir, “cuando la objetiva valoración de las características de hecho y de las condiciones personales del imputado permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia”

Prosigue el análisis la Corte poniendo de resalto que, pese a que

los recurrentes plantearon argumentos relevantes para valorar las condiciones personales del imputados, relativos a su presentación espontánea ante el magistrado que lo requirió, al domicilio establecido, a la falta de antecedentes judiciales, a sus medios de vida, etc., que, pese al expreso mandato del art. 380 en punto a la valoración conjunta de las características del hecho y de tales condiciones personales, no fueron mínimamente considerados²³².

A ello agregó el Máximo Tribunal, que “*la mera inferencia de que se intentará eludir la acción de la justicia por la gravedad de la pena que eventualmente podría recaer, sin referirse a las características del hecho, no constituye fundamento suficiente*”²³³.

Otro de los pronunciamientos que resultó un hito en la jurisprudencia de la C.S.J.N., es “*Estévez*”²³⁴, el cual tiene lugar tras un recurso interpuesto contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires -Sala V-, que denegó la excarcelación de José L. Estévez. La defensa del imputado sostuvo que se denegó la excarcelación “*sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas*”, considerando que

la sola referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de un decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado.

²³¹ C.S.J.N., “*Cacciatore*”, Fallos 307:549 (1.985). Dictamen del Procurador General de la Nación.

²³² C.S.J.N., “*Cacciatore*”, Fallos 307:549 (1.985). Considerando 8vo..

²³³ C.S.J.N., “*Cacciatore*”, Fallos 307:549 (1.985). Considerando 8vo..

²³⁴ C.S.J.N., “*Estévez*”, Fallos 320:2105 (1.997).

Del voto en disidencia de los Dres. Fayt y Petracchi, y en relación a la debida fundamentación de las resoluciones judiciales, surge que en aquellos casos en que las decisiones adoptadas por los magistrados se aparten de lo estipulado por disposiciones legales expresas -salvo debida argumentación-, éstas deberán ser dejadas sin efecto “*pues tal apartamiento constituye un supuesto específico de arbitrariedad*”. Según Fayt y Petracchi, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, al limitarse a expresar “*los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio*”, no brindó razón alguna para sustentar su decisión calificando a la misa como “*mezquina argumentación*”²³⁵.

Seguidamente sostuvieron que

7. Que ante tan graves circunstancias, se debe recordar el principio según el cual, en razón del respeto a la libertad individual de quien goza de un estado de inocencia (...), las atribuciones de carácter coercitivo cautelar de que dispone el juez penal durante el proceso y antes de la sentencia definitiva han de interpretarse y aplicarse restrictivamente (...). Ello exige de los magistrados que, en la medida de su procedencia, las adopten con la mayor mesura que el caso exija, observando que su imposición sea imprescindible y no altere de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso penal²³⁶.

A ello debe adunarse el criterio expuesto por el Dr. Bossert en el considerando 11vo. de su voto en disidencia, del cual se desprende que

el art. 380 del Código de Procedimientos en Materia Penal que faculta al juez a disponer la libertad del procesado o a ordenar la restricción de su libertad cuando la valoración de hecho y de las condiciones personales del imputado permitieran presumir su intención de eludir la acción de la justicia²³⁷.

Por tanto, y conforme lo expuesto por los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, a riesgo de ser tachada de arbitraria una resolución judicial, la misma debe contar con debida argumentación legal; y cuando las resoluciones versen sobre restricción cautelar a la libertad personal, la debida fundamentación estará dada por la acreditación en el caso concreto de elementos que razonablemente permitan presumir el riesgo de fuga.

En caso “*Sánchez Reisse*”²³⁸, de fecha 7 de mayo del año 1.998, y nuevamente con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, la Corte Suprema rechazó un recurso extraordinario interpuesto por la defensa de Sánchez Reisse contra una resolución de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, que revocó la excarcelación del nombrado.

²³⁵ C.S.J.N., “*Estévez*”, Fallos 320:2105 (1.997). Considerando 6to. del voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

²³⁶ C.S.J.N., “*Estévez*”, Fallos 320:2105 (1.997). Considerando 7mo. del voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

²³⁷ C.S.J.N., “*Estévez*”, Fallos 320:2105 (1.997). Considerando 11ro. del voto del Dr. Bossert.

²³⁸ C.S.J.N., “*Sánchez Reisse*”, Fallos 321:1328 (1.998).

El Procurador señaló que la Sala IV había examinado minuciosamente las condiciones personales del imputado, y que ellas adunadas a la naturaleza del hecho que se le atribuía, resultaba razonable presumir su intención de eludir el accionar de la justicia, por lo que entendió inadmisibles homologar su liberación. A criterio del Procurador, ésta presunción

aparece justificada en la objetiva valoración de las características del hecho y las condiciones personales del imputado. Repárese en que se encuentra sometido a proceso por el delito de secuestro extorsivo, reprimido con pena de reclusión o prisión de cinco a quince años; que fue condenado en Suiza por “tentativa de chantaje”, de donde se fugó en 1985 sin agotar el cumplimiento de la pena que se le impusiera -pese al régimen de semi-libertad al que estaba sujeto, según la misma defensa indica-, cuando iba a ser extraditado a la República Argentina; que debió luego tramitarse su extradición al haber sido detenido en los Estados Unidos de Norteamérica, y que luego de recuperar la libertad en nuestro país fue declarado rebelde, siendo detenido nuevamente en España de donde fue extraditado²³⁹.

La Corte Suprema ratifica su interpretación respecto a la acreditación de peligro procesal -en concreto- como presupuesto determinante para la legítima procedencia de una medida restrictiva de la libertad. En el caso citado los órganos judiciales intervinientes efectuaron una valoración de las *características del hecho investigado* y las *condiciones personales del imputado*, analizándose asimismo el *comportamiento de éste en el curso de otro procedimiento anterior*. Estas circunstancias, de *naturaleza objetiva*, ya que no descansan sobre prejuicios o criterios subjetivos del juzgador, son las cuestiones que la Corte Suprema y los órganos del Sistema Interamericano ordenan estudiar en cada caso particular.

En el mismo año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación vuelve a fallar en el marco de la causa “*Nápoli*”²⁴⁰, en la cual se analizó una resolución que denegó la libertad a la imputada por encontrarse el delito que le era enrostrado entre los llamados delitos inexcusables enunciados en el art. 316, párrafo 2do., C.P.P.N.²⁴¹. En el recurso interpuesto la defensa fundó sus agravios en que la ley nro. 24.410 -modificatoria del citado artículo del C.P.P.N.-, resultaba atentatorio del principio de igualdad y del estado de inocencia.

En el fallo citado, la Corte citó un viejo precedente del año 1.871 del tribunal, conforme al cual “*todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario*”²⁴², con lo cual “*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*”. Agregó

²³⁹ C.S.J.N., “*Sánchez Reisse*”, Fallos 321:1328 (1.998). Dictamen del Procurador General de la Nación.

²⁴⁰ C.S.J.N., “*Nápoli*”, Fallos 321:3630 (1.998).

²⁴¹ Artículo 316, párrafo 2do., del Código Procesal Penal de la Nación. La expresión “*salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal*” fue incorporada por el art. 12 de la Ley Nacional nro. 24.410 -B.O. 2/1/1.995-.

²⁴² C.S.J.N., “*Tristán Brocate*”, Fallos 10:338 (1.871).

como su lógica consecuencia, el reconocimiento de la libertad durante el proceso como un derecho de jerarquía constitucional, sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio²⁴³²⁴⁴.

En opinión de la Corte, la ley nro. 24.410 excluyó una categoría de delitos del régimen general de excarcelaciones sobre la exclusiva base de “*la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula*”, con lo cual se transgredía el principio de igualdad, entendida ésta, no como “*igualdad absoluta o rígida, sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias*”. Se reconoce por tanto la legítima atribución del legislador de establecer “*distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes*”, siempre que tales distinciones “*no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación*”²⁴⁵.

Del criterio tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación surge que deberán concurrir “*objetivas razones*” que funden la diferenciación, y que sirvan de “*motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos*”. Sostuvo el Alto Tribunal que la ley cuestionada fue dictada por el Congreso Nacional apartándose de estos postulados, ya que no se hizo uso de las facultades conferidas por la C.N. para la protección de los bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal, sino que “*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*”. Agregó en tal sentido 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, consid. 8º, párr. 2º -LA LEY, 1981-B, 533-)²⁴⁶.

Concluyó la Corte que la ley resultaba violatoria del artículo 16 de la C.N. ya que “*priva del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia*”, y reforzaba el criterio señalando que éste tenía apoyatura no solo en el derecho interno, sino que además se veía “*enriquecido con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual ‘jerarquía constitucional’ según la reforma de 1994*”. En el fallo se tomó el precedente “*Giroldi*”, y se citó a la Corte I.D.H. en el caso

²⁴³ C.S.J.N., “Gundin”, Fallos 314:451 (1.991). Considerando 2do.

²⁴⁴ C.S.J.N., “Elide Josefina Laura Celso de Stoll”, Fallos 304:319 (1.982).

²⁴⁵ C.S.J.N., “Nápoli”, Fallos 321:3630 (1.998). Considerandos 12 y 13.

²⁴⁶ C.S.J.N., “Nápoli”, Fallos 321:3630 (1.998). Considerandos 16.

“Suárez Rosero” y a la “Opinión Consultativa nro. 4/84. En este sentido señaló que “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 inculcados”²⁴⁷.

Este precedente resultó de enorme trascendencia en materia de restricciones cautelares, ya que, no obstante referir a los llamados delitos inexcusables, los argumentos esgrimidos en contra de tales previsiones legales caben perfectamente en el estudio de valoración del peligro procesal en el caso concreto. Según el criterio expuesto por la Corte Suprema en “Nápoli”²⁴⁸, en estas leyes la procedencia de la restricción cautelar de la libertad personal pende del tipo penal, y no de la existencia en el caso concreto de peligros procesales debidamente acreditados.

El razonamiento expuesto por la C.S.J.N. en el precedente recién analizado, fue reiterado por el Procurador General de la Nación en su dictamen correspondiente a “Trusso”²⁴⁹, al cual remitió el voto mayoritario, y del cual surge que no constituye fundamento válido la sola referencia a la pena establecida por el tipo penal y el registro personal de condena anterior, si en el caso concreto no se precisa cuáles son las circunstancias que permitieran presumir razonablemente que el imputado intentará burlar la acción de la justicia.

Y partiendo de las pautas emergentes de los votos en disidencia de Fayt y Petracchi, y de Bossert, el Procurador efectuó un análisis de las circunstancias personales del imputado, que llevan a considerar que el caso no concurría peligro a los fines procesales. Así expuso:

Trusso lleva un encarcelamiento preventivo de tres años y medio (...), por lo que subsiste en plenitud, y a pesar de la condena no firme, la conjetura de este Ministerio Público, aceptada por V. E., de que “de las circunstancias causídicas y fácticas del caso, podemos inferir que Trusso, de ser excarcelado, no eludirá la actuación de la justicia, pues, a esta altura, le favorece menos la rebeldía que la sujeción... Las características personales y familiares del imputado conforman un elemento más para inferir que difícilmente, y luego de las penurias del encarcelamiento en un país extranjero, esté dispuesto a reiterar la experiencia traumática de la contumacia”²⁵⁰.

2.2. Jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal²⁵¹.

En relación a la Cámara Federal de Casación Penal, es indispensable análisis de la doctrina emergente del fallo plenario comúnmente denominado “Díaz Bessone”²⁵² del 30 de octubre del año

²⁴⁷ C.S.J.N., “Nápoli”, Fallos 321:3630 (1.998). Considerandos 17 y 18.

²⁴⁸ C.S.J.N., “Nápoli”, Fallos 321:3630 (1.998).

²⁴⁹ C.S.J.N., “Trusso”, Fallos: 326:4604 (2.003).

²⁵⁰ C.S.J.N., “Trusso”, Fallos: 326:4604 (2.003). Dictamen del Procurador General de la Nación.

²⁵¹ La denominación original de “Cámara Nacional de Casación Penal” fue sustituida por la de “Cámara Federal de Casación Penal”, por el artículo 13 de la Ley Nacional nro. 26.371 (B.O. 30/5/2008).

²⁵² C.F.Cas.-P., -en pleno-, “Díaz Bessone, Ramón Genaro, S/ Recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2008, en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008.

2.008. El acuerdo se origina en la convocatoria a plenario²⁵³ dispuesta en el marco de la Causa nro. 7.480 -del registro de la Sala II del órgano ya citado-, caratulada “*Díaz Bessone, Ramón Genaro S/ Recurso de Casación*”, para resolver sobre el temario que a continuación se transcribe:

No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiese corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316²⁵⁴ y 317²⁵⁵ del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319²⁵⁶ del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.

Es sin dudas en la materia un *leading case*, en el que, sin perjuicio de la mención a las pautas que tornan procedente el dictado de una medida de coerción personal, los magistrados realizaron a la vez un interpretación conglobada del ordenamiento jurídico -nacional y supranacional-, y de la evolución jurisprudencia de los criterios aplicables. La sistematización de un gran número de precedentes -tanto de la propia Cámara, como de la Corte Suprema de Justicia y del Sistema Interamericano- provocó lentamente una modificación de los criterios aplicables a lo largo y ancho del país. No obstante la enorme claridad con que fueron expuestas las legítimas justificaciones a la afectación del derecho a ser tratado como inocente, algunos de los argumentos esgrimidos por los jueces camaristas (sin desconocer el salto cualitativo que implicó el sentido de la votación en el fallo), no resultaron plenamente concordantes con los postulados de los organismos internacionales de derechos humanos a la fecha de su dictado.

Quien primero formuló su voto fue el Dr. Pedro R. David, el que inicia -como la mayoría de sus colegas- poniendo de relieve el marco teórico en el que considera se debe analizar el temario. Cita primeramente jurisprudencia de la C.S.J.N. conforme la cual la excarcelación resulta una garantía constitucional y no una simple concesión de la ley de forma, y que las normas adjetivas dictadas por el Parlamento son reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la C.N.. Ello, según el nombrado magistrado, implica el reconocimiento de la jerarquía constitucional del derecho a gozar de la libertad durante el proceso. En igual sentido se expide el Juez Fégoli, el que citando nuevamente a la C.S.J.N., sostiene que los institutos de la excarcelación y de la eximición resultan

²⁵³ Los jueces camaristas que participaron del fallo plenario fueron Juan E. Fégoli, Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi, Guillermo J. Tragant, Ángela E. Ledesma, W. Gustavo Mitchell, Raúl R. Madueño, Gustavo M. Hornos, Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Mariano González Palazzo, Jorge A. Michelli, Oscar A. Hergott.

²⁵⁴ Artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

²⁵⁵ Artículo 317 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

²⁵⁶ Artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

la respuesta procesal al derecho constitucional de permanecer en libertad durante el debido proceso previo, lo que no puede ser visto como un beneficio o concesión de la ley de forma sino como un derecho derivado del principio de inocencia²⁵⁷.

Para el Dr. Gustavo M. Hornos “*en el procedimiento penal el concepto de ley vigente no se limita al Código Procesal Penal de la Nación, sino que abarca a la Constitución Nacional y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional*”. El derecho penal, con miras a “*contribuir al orden jurídico y a la preservación de la paz pública, (...) debe actuar de una manera que resulte siempre compatible con el ordenamiento fundamental de la Nación*”, esto es, el bloque de constitucionalidad del que es apéndice. Según el camarista la única función constitucionalmente admisible del encarcelamiento preventiva es la cautelar, solo a fines procesales: “*evitar la fuga del imputado y la frustración*” de la averiguación de la verdad. Esta función y finalidad determinan el carácter excepcional del recurso procesal analizado, ello en salvaguarda del *estado de inocencia* - “*primera y fundamental garantía judicial*”. Subraya que tales -funciones-, son las únicas ajustadas a los principios de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, así como a los artículos 280 y 319 del código de procedimiento nacional, y ello resulta así reafirmado a partir de la actuación de la C.S.J.N. y la Corte I.D.H.²⁵⁸.

Los magistrados intervinientes -cada uno con sus matices- resaltaron que las medidas de coerción personal reflejan un punto de contacto entre el derecho a gozar de la libertad durante el proceso -como corolario del estado de inocencia-, y el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la actuaciones de la ley sustantiva -nacido del interés social por penar el delito-. Con una cita textual a Roxin en su libro “*Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*” (2.002, p. 110), el camarista David agrega “*que es propio ya del concepto de política criminal la tensión entre interés en la libertad y el interés en la persecución y para conseguir un equilibrio entre ambos se trata de llegar efectivamente a una síntesis dialéctica*”. En ese orden de ideas, y citando a la C.S.J.N., refiere que “*el derecho de gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional*”²⁵⁹. En otras palabras, las garantías procesales del imputado deben ser conciliadas con el interés general de perseguir los injustos penales, sin que uno sea sacrificado en nombre del otro, lo que -considera el Dr. Eduardo Riggi- se obtiene cuando “*las restricciones que pudieran ser impuestas en el segundo lo sean únicamente en la medida de lo indispensable para asegurar la realización del primero*”²⁶⁰.

²⁵⁷ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Juan E. Fegoli.

²⁵⁸ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Gustavo M. Hornos.

²⁵⁹ C.S.J.N., “*José Carubini*”, Fallos 305:1022 (1.983). Considerando 3ro..

²⁶⁰ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Eduardo R. Riggi.

En su voto la Dra. Angela Ledesma sostiene que -por motivos de una larga tradición inquisitiva- en nuestro país discutimos “¿Cuándo debe concederse la libertad al imputado durante el proceso?”, con lo cual se reconoce indirectamente que el encierro cautelar resulta ser en la práctica la regla general. La cuestión correctamente planteada entiende Ledesma, resulta “¿Cuándo procede el encarcelamiento preventivo?”. En tales términos se reconoce a la libertad como la regla general, y que excepcionalmente, se podrá -bajo circunstancias que deberán acreditarse- disponerse medidas restrictivas de la libertad. Para Ledesma es ésta confusión la que origina un desvío del eje central en cuestión. Postula que si el propósito es lograr una interpretación en armonía con la Constitución Nacional, “debemos tomar como pauta interpretativa, la jerarquía de las leyes prevista en nuestro ordenamiento legal”, y si “la libertad física es, por así decir, la forma de libertad imprescindible para que la mayoría de las demás libertades pueda funcionar”, entonces

el derecho constitucional de ‘permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal’, (...) solo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a un alto grado de probabilidad o un estado de probabilidad prevaeciente de que el imputado eludirá la acción de la justicia²⁶¹.

Agrega Ledesma que “las medidas cautelares, se sitúan en el punto de tensión entre los fines del proceso (eficacia) y la propia realización constitucional (garantías)”, pero las soluciones deberán buscarse con apego al “programa constitucional (arts. 14 y 18 de la C.N.)”, por lo cual, no se trata de discutir la procedencia de la excarcelación o de la eximición, sino de “verificar si en el caso existe peligro en la demora o riesgo procesal de elusión”²⁶². Si confundimos la regla general con la excepción, el resultado serán operadores judiciales que desatienden que “por imperio constitucional es el Estado quien debe demostrar que existen razones que hacen necesario encerrar a una persona durante el proceso y no, como sucede actualmente, donde se invierte la carga de la prueba” y es el imputado quien en definitiva deberá acreditar que no intentará eludir el accionar de la justicia²⁶³.

Ledesma rescata la doctrina emergente del Informe nro. 35/07²⁶⁴, y hace especial hincapié en la noción de proporcionalidad como una relación de *inequivalencia*, en la que no deberá analizar el encierro preventivo a la luz de la pena en abstracto o en expectativa, sino con la magnitud del riesgo procesal que sea acreditado. Es decir, si se ajusta la discusión a los principios emergentes del bloque de constitucionalidad, lo que deberemos verificar en el caso es la concurrencia de riesgo procesal. Pese a ello -considera Ledesma-, en la práctica judicial “el mérito sustantivo opera no como presupuesto (apariencia de responsabilidad) sino como fundamento del encierro cautelar”, y que ello

²⁶¹ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dra. Angela Ledesma.

²⁶² Artículo 9.3 del P.I.D.C.yP..

²⁶³ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dra. Angela Ledesma.

²⁶⁴ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 35/07, del 6 de Agosto de 2.009

significa que “*en lugar de verificar todos los requisitos constitucionales*”²⁶⁵ (acreditación de peligro procesal), los ordenamientos procesales se concentran en cuestiones reservadas a la sentencia.

Según expone el Dr. Gustavo M. Hornos, lo primero que determina la vigencia del estado de inocencia, entendido éste como “*garantía política limitadora de la actividad sancionatoria del Estado*”, es que nadie acusado puede ser considerado o tratado como culpable. De allí que “*en el proceso penal no pueden existir ficciones de culpabilidad, concebidas como reglas absolutas de apreciación de la prueba que impliquen tratar al sometido a juicio penal como culpable*”. El *quid* de la cuestión en relación al carácter restrictivo y excepcional de las medidas de coerción personales, es que no obstante ser un recurso legal, éstas sólo resultan legítimas ante la verificación del riesgo procesal, “*y sólo (...) si se lo aplica restrictivamente, como una medida excepcional, imprescindible, necesaria en orden a ese fin, proporcionada y limitada temporalmente*”. Remarca Hornos el carácter restrictivo con el que debe abordarse el tema, ya que lo que se pretende es no alterar “*de modo indebido el riguroso equilibrio entre lo individual y lo público que debe regir en el proceso penal*”²⁶⁶. Prosigue el magistrado citando doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²⁶⁷, y trajo así a colación el Informe nro. 12/96²⁶⁸, del cual surge “*que el objetivo de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá (...), y que es una medida necesariamente excepcional*”, tanto por la preeminencia del derecho a la libertad personal, así como por el riesgo que implica a la vigencia de las “*garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa*”. El carácter restrictivo y excepcional implica su sola aplicación “*en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la acción de la justicia, (...) Es decir, cuando la libertad pueda resultar, en tal sentido, un ‘riesgo significativo’*”²⁶⁹. Rescata Hornos del mencionado Informe, que la Comisión I.D.H. advierte que

aún cuando los argumentos relativos a la seriedad de la infracción y a la severidad de la pena pueden ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido, como ambos 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 (...); y que el Estado puede adoptar otro tipo de medidas cautelares para asegurar la comparecencia del inculpado, que no signifiquen mayor restricción de su libertad personal (...). Criterios que fueron reiterados en el Informe 2/97.

²⁶⁵ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dra. Angela Ledesma.

²⁶⁶ Cita textual de C.S.J.N., “Fiscal c. Vila, Nicolás y otros”, F. 329.XXIX, del 10 de octubre de 1.996, cons. 6to., voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

²⁶⁷ Uno de los aspectos más trascendentes del voto de Hornos es haber tomado entre sus argumentos el nuevo concepto de proporcionalidad expuesto por la Comisión en el Informe 35/07, conforme al cual, la relación de la proporcionalidad debe analizarse, no entre el tiempo de encierro sin condena firme y la pena en expectativa, sino que “*se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar*”. Es decir que Hornos entierra definitivamente la *proporcionalidad como equivalencia*, y adhiere a la doctrina de la *proporcionalidad como inequivalencia*.

²⁶⁸ Comisión I.D.H., caso “Jorge A. Giménez v. Argentina”, Informe No. 12/96, de 1 de marzo de 1.996.

²⁶⁹ Comisión I.D.H., Informe nro. 12/96 de 1 de marzo de 1996, párrafos nro. 84 y 91.

Hace mención también a los fallos de la Corte Interamericana en los casos “*Suárez Rosero*”²⁷⁰ y “*Canese*”²⁷¹, oportunidad en las que se resaltó “*el carácter netamente cautelar, no punitivo, de la prisión preventiva; así como la obligación estatal (...) de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites necesarios: para asegurar (...) que no eludirá la acción de la justicia*”.

Considera Hornos que “*desde hace más de una década, los principios que emanan de la ley vigente (...), se dirigieron a considerar, (...) que la prisión preventiva debía ser dispuesta (...) sólo cuando resultara imprescindible, es decir, para evitar riesgos procesales*”. Es decir que la normativa sobre la que construye una concepción restrictiva y excepcional del encarcelamiento preventivo, no resulta novedosa, hallándose su origen en el estado de inocencia, y encontrándose efectivamente receptada por el código procesal de la nación en su art. 2, por “*cuanto impuso como pauta general la interpretación restrictiva de las normas que limitan la libertad personal (...), erigiéndola en el patrón específico de examen del régimen de la prisión preventiva en los artículos 280 y 319*”, de ese mismo cuerpo normativo²⁷².

Con lo hasta aquí expuesto queda en relieve los argumentos normativos y jurisprudenciales sobre los que se construyó el temperamento recogido por la mayoría de los jueces camaristas. En síntesis, todos fueron plenamente coincidentes en la jerarquía constitucional del derecho a la libertad durante la tramitación del proceso, y que por lo tanto las restricciones al mismo implican una confrontación de intereses, los individuales y los de la sociedad. Este “conflicto” deberá ser resuelto en estricto apego al programa constitucional -normativa nacional y supranacional-, conforme al cual las restricciones cautelares serán legítimas en la medida de su estricta necesidad en la salvaguarda de los fines procesales.

Luego de presentado el marco teórico, analizaremos las expresiones vertidas respecto a la interpretación que corresponde a las previsiones de los arts. 316 y 317 del código adjetivo nacional.

Por su parte el Dr. David sostuvo citando doctrina de Solimine, que existen “*distintos modelos legislativos para tener por acreditado el riesgo procesal*” en que se funda el encarcelamiento preventivo, adscribiendo el C.P.P.N. al *legalista*, en el cual el peligro puede ser tasado por la ley. Asimismo refiere, dentro del modelo legalista, los parámetros pueden resultar meros “*indicadores de riesgo*” que el juez podrá o no considerar relevantes para la solución del caso; así como “*mandatos legales*” o “*presunciones legales*” de fuga o entorpecimiento de la investigación, las que pueden

²⁷⁰ Corte I.D.H., sentencia “*Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*”, del 12 de noviembre de 1.997, Serie C Nro. 35.

²⁷¹ Comisión I.D.H., caso “*Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*”, serie C nro. 111, de 31 de agosto de 2004

²⁷² C.F.Cas. Penal, Sala II, “*Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley*”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Gustavo M. Hornos.

presentarse como presunciones absolutas e incontrovertibles *-iure et de iure-*, o como presunciones que ceden ante la prueba en contrario *-iuris tantum-*²⁷³.

En referencia al origen del sistema implementado en el código adjetivo de la nación, el Dr. Oscar Hergott sostuvo que pese a la instauración en el año 1.991 de un sistema acusatorio mixto, *“el legislador cuando sancionó los actuales preceptos vinculados a las medidas de coerción personal del imputado, mantuvo los parámetros legales de orden aritméticos cuya hermenéutica no había sido cuestionada por la jurisprudencia acumulada hasta esa década, especialmente por su practicidad”*. Agrega Hergott en referencia al dictamen de la minoría en la comisión de labor parlamentaria al momento de tratarse el proyecto de ley, que el mismo aconsejaba se integren al código las observaciones de los diputados Garay y Gentile *“que proponían (...) en alusión al texto del artículo 319 del código ritual, (...) que en materia de excarcelaciones se otorgaba al juez un poder discrecional en la evaluación”* del riesgo procesal. Pese a la advertencia el legislador se apartó de este criterio, y optó por fijarle pautas al juez lo cual considera *“uno de los meollos de la variedad de los criterios interpretativos”*, no pudiendo los jueces *“apartarse discrecionalmente del texto literal y anular el sentido de las disposiciones legales -en este caso de los artículos 316 y 317 del código adjetivo-”*. Ya la C.S.J.N. falló señalando que *“No es admisible una interpretación que equivalga a la prescindencia del texto legal desde que la primera fuente hermenéutica de la ley es su letra”*²⁷⁴; y , a su vez, *“la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador”*²⁷⁵. En el C.P.P.N. -sostiene Hergott- se estableció un sistema basado *“en una ponderación apriorística del significado jurídico de una conducta disvaliosa y un juicio mental subjetivo de razonabilidad, en orden a la severidad de las penas”*, y a ello le atribuye que *“la jurisprudencia fue pacífica al quedar facilitada, desde esa perspectiva, la defensa social”*²⁷⁶.

En este aspecto David sostuvo que *“el legislador nacional en ejercicio de las facultades (...) estableció un régimen general que regula la libertad durante el proceso”*, contemplando los supuestos en los que resulta procedente la excarcelación. El art. 316 del C.P.P.N. establece un indicio basado en la pena conminada en abstracto, la que deberá ser analizada conjuntamente con la magnitud de la pena en expectativa, para verificar si en el caso concreto la eventual sentencia condenatoria resultaría de gravedad. Se establece así una presunción de fuga en virtud de la severidad de la pena, la cual no podrá ser desconocida por el operador judicial. Y agrega, *“para que la presunción carezca de*

²⁷³ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Pedro R. David.

²⁷⁴ C.S.J.N., “Parada, Aidée c. Norambuena”, 1992, LL 1992-D, 30.

²⁷⁵ C.S.J.N., “Arancibia Clavel”, Fallos 302:973 (1.980).

²⁷⁶ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Oscar A. Hergott.

*virtualidad, deberá resultar indefectiblemente cuestionada, con éxito; pues si no se la controvierte -y desvirtúa por prueba en contrario-, la presunción operará plenamente*²⁷⁷.

Cabe aquí preguntarse a quién corresponde controvertirla y desvirtuarla en cada caso. Las respuestas varían, algunos la eluden y otros expresamente refieren a quien cabe la responsabilidad de cargar con la prueba. Lo cierto es que tal pregunta puso de manifiesto las diferencias entre los magistrados.

A criterio de González Palazzo la normativa procesal vigente a nivel nacional permite una interpretación *iuris tantum* de las presunciones legales, y por tanto se encuentra ajustada a la C.N. y los pactos internacionales de derechos humanos. Resulta fundamental a los fines de lograr esa interpretación en forma armónica, la norma contenida en el art. 280 del C.P.P.N.²⁷⁸, la que establece un límite infranqueable a la finalidad y extensión de la restricción cautelar de la libertad. Atribuye gran mérito a la norma, considerando que *“Esta técnica legislativa previó, orgánicamente, las actuales deliberaciones”*, ya que *“Previsor de las transformaciones hermenéuticas que se avecinaban en torno a la materia específica, principalmente en ámbitos internacionales, estipuló una norma de meridiana relevancia para el debate implantado”*. Seguidamente, y en torno a la regla del art. 319 del C.P.P.N., califica a la misma de *“transparente”*, *“simple, terminante en cuanto a su sustancia y universalmente armónica”*. Considera que la citada norma *“no demanda interpretación alguna”*, y que la negación -o *a contrario sensu*, la concesión- de la libertad durante la sustanciación del proceso, están sujetos a la acreditación en el caso concreto de peligro a los fines de aquel. Por tanto *“cuando el imputado, actuando a su conciencia y voluntad, decide sustraerse a la acción de la justicia (...), se crea una situación de peligro (...) que legaliza la adopción de medidas tendientes a neutralizarlo, bajo la inflexible observación de todos los recaudos y pautas antes enumeradas”*. En otras palabras, es este peligro -razonablemente acreditado- el que legitima el dictado de una medida cautelar restrictiva de la libertad²⁷⁹.

También referido a la técnica legislativa empleada, González Palazzo señaló que cuando el legislador introdujo los arts. 316 y 317 del C.P.P.N., lo hizo en *“ejercicio de sus funciones parlamentarias”*, optando por *“introducir disposiciones que contienen una previa valoración sobre los postulados en estudio”* no resultando tales normas merecedoras de reparos constitucionales. Entiende que se *“Ponderaron en abstracto determinadas situaciones que consideraron necesario cautelar”*, y que *“La calificación legal por un lado, y el historial subjetivo del agente por el otro, constituyeron el norte de su macro evaluación”*. Por tanto, y encontrándose el poder legislativo plenamente legitimado para su dictado, *“no es un problema del legislador la aplicación de las leyes,*

²⁷⁷ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Pedro R. David.

²⁷⁸ Artículo 280 del Código Procesal Penal de la Nación.

²⁷⁹ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Mariano González Palazzo.

sino de los jueces”, los que “en su caso, deben proceder a encontrar su correcta y apropiada dirección”.

No existe obstáculo alguno para la fijación de criterios orientadores (...) Pero (...) no pueden constituir más que eso. O sea pura presunción legal de que, en principio y según la evaluación oportunamente desarrollada por el legislador, ante determinadas circunstancias de hecho, el imputado podría profugarse (...) dicha presunción, como tal y en atención a los lineamientos anteriores, debe inexorablemente admitir prueba en contrario. Queda descartada, (...), toda mirada interpretativa que pretenda negar la posibilidad de desvirtuarla, pues en esa hipótesis, a la luz de los principios que gobiernan la cuestión, la declaración de inconstitucionalidad sería segura e inevitable²⁸⁰.

Es decir que considera González Palazzo que la escala punitiva emergente de la calificación legal empleada en el curso del proceso, y la modalidad de cumplimiento de la eventual condena, “constituyen una primera aproximación a la acreditación de los peligros” procesales. Pero de por sí estas consideraciones, aisladas de otras, no pueden ser consideradas suficientes para tener por acreditado la existencia del peligro de fuga. Refuerza su conclusión citando el Informe nro. 35/07 de la Comisión I.D.H.²⁸¹, y destaca que aquella al referirse a la ponderación de elementos que concurran en el caso concreto, descarta a la sola mención a presunciones legales, ya que las mismas no pueden ser entendidas como circunstancias objetivas de un caso en particular, sino muy por el contrario como pautas generales que engloba casos por decisión del legislador.

El Dr. Eduardo Riggi sostuvo acerca del carácter que debe atribuirse a la previsiones de los arts. 316 y 317 del C.P.P.N., que una de las opciones posibles resulta ser entender que tales normas contiene presunciones de naturaleza *iuris tantum*, y que

cuando la pena con la que se conmina el delito supere los topes previstos en la mencionada norma procesal, se presume que el imputado podría intentar eludir la acción de la justicia, no obstante lo cual (...) resulta posible apartarse de ella cuando las circunstancias del caso evidencien su desacierto²⁸².

A este criterio adhiere, ya que en su opinión la alternativa implica que, corroborados los extremos enunciados no corresponde acordar la libertad al encausado, sin pesar si existen peligros procesales que neutralizar mediante la restricción de la libertad. Si bien en algunos casos la presunción seguramente será acertada, la sola posibilidad de que ello no sea ajustado a la realidad, exige abandonar tal tesis por contraria a los dispositivos legales de máxima jerarquía.

Considera Riggi que otros de argumentos que conduce a tal conclusión surge del art. 319 del C.P.P.N., la cual establece las pautas que impiden la concesión de la eximición o excarcelación de prisión cuando, pese a que la pena en abstracto o en expectativa no resulta severa, “*las especiales*

²⁸⁰ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Mariano Gonzalez Palazzo.

²⁸¹ Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09, del 6 de Agosto de 2.009.

²⁸² C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Eduardo R. Riggi.

circunstancias del caso llevan a concluir en aquella misma presunción legal". En consecuencia si interpretamos *a contrario sensu* la regla establecida en el art. 316 del C.P.P.N., cuando la pena es de baja intensidad debemos presumir que el imputado no habrá de sustraerse a la actuación de la justicia, pero que tal presunción "*cede cuando las particularidades que se evidencien y las condiciones personales del acusado condujeran a un pronóstico contrario*".

Por tanto, Riggi concluye que la solución correcta -en concordancia a los principios constitucionales vigentes- resultar ser que: pese a la severidad de la pena con que se conmina al delito atribuido, cuando existieren elementos de juicio para pronosticar razonablemente que el sujeto se someterá al proceso, el derecho a la libertad debe prevalecer; e inversamente, "*esto es, cuando pese a la nimiedad de la amenaza penal, el imputado demostrare su escasa o nula predisposición para someterse al proceso, o su intención de ocultar prueba, entre otros supuestos*", es procedente la restricción cautelar de la libertad. Es claro su razonamiento, "*el argumento de la severidad de la sanción penal no puede ser el único a tener en cuenta (...), otorgarle una preeminencia absoluta frente a otros parámetros que confronten con él (...), puede conducir a resultados disfuncionales e incompatibles con el ordenamiento*"²⁸³.

Para Hornos ésta es la única interpretación que permite salvaguardar la constitucionalidad de aquellas normas que presuman el peligro de fuga a partir de la severidad de la pena, las que no podrán erigirse "*como pauta definitiva*" para restringir legítimamente la libertad durante el proceso. Por el contrario deberán indefectiblemente ceder "*frente a la configuración de datos que permitieran concluir en la inexistencia del riesgo procesal*". Si el criterio resultare otro, y se evaluare "*como pauta restrictiva únicamente la penalidad establecida (...) y la eventual punibilidad de un imputado (...) el artículo 319 del C.P.P.N. se convertiría en letra muerta en todos los casos en que la pena prevista en tal sentido fuere severa*". ¿Qué implica ello? Pues nada menos que "*la legitimidad de la detención cautelar sine die de ciertos actos delictivos, y la presunción de culpabilidad de los procesados por delitos con penas severas; aún cuando en realidad aquél peligro no concurra en el caso concreto*"²⁸⁴.

Esto conduce a enfocar el análisis en aquellas pautas que permitirán demostrar la inconveniencia de aplicar en el caso la presunción legal de riesgo de fuga. Al respecto Riggi sostuvo que "*no está de más señalar que tal prueba -la que confronte con la solución legal- debe existir y ser constatable, pues de lo contrario la presunción mantiene todo su valor y efecto*". Es decir que, así como no resulta válida la mera alegación de la seriedad de la pena para tener por configurado el peligro procesal, tampoco resulta suficiente la alegación en sentido contrario, con lo cual "*la ausencia de referencias o pautas*

²⁸³ C.F.Cas. Penal, Sala II, "Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley", Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Eduardo R. Riggi.

²⁸⁴ C.F.Cas. Penal, Sala II, "Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley", Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Gustavo M. Hornos.

*objetivas que demostraran la inconveniencia de utilizar en el caso la regla del referido artículo 316, nos determinaron a inclinarnos por aplicar la presunción*²⁸⁵.

Al respecto la Dra. Angela Ledesma postula que la cuestión no finaliza en reconocer que las previsiones legales como las contenidas en los arts. 316 y 317 del C.P.P.N. resultan presunciones *iuris tantum*, ya que el hecho de que tales admitan prueba en contrario no obsta a la vulneración al estado de inocencia del imputado a partir de la inversión de la carga de la prueba. En este sentido expresó que:

en modo alguno podríamos exigir que sea el imputado quien produzca dicha prueba (aunque podrá aportar aquella que estime necesaria), toda vez que -como dijimos- es el Estado (fiscal, o en el sistema aún vigente en el orden nacional, los jueces) quien debe acreditar que existe riesgo concreto de frustración de los fines del proceso²⁸⁶.

Ledesma argumenta que el *periculum in mora*, junto al *fumus bonis iure*, constituyen los presupuestos habilitantes de la medida cautelar. Por lo tanto “*no basta con alegar, sin consideración de las características del caso, o sin fundamentación alguna que dada determinada circunstancia el imputado evadirá la acción de la justicia*”, es deber órgano jurisdiccional exponer argumentadamente “*las circunstancias objetivas y ciertas que, en concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción*”. Se trata nada, y nada menos, que exponer el juicio de valor efectuado en el caso concreto. Cita en fundamento la Dra. Ledesma jurisprudencia del Alto Tribunal que estima “*arbitraria la resolución en la cual se denegó la excarcelación sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas*”, ya que una mera “*referencia a la pena establecida (...) y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir (...), que el mismo intentará burlar la acción de la justicia no constituye fundamento válido*”²⁸⁷. En ese orden de ideas, Ledesma concluye que: “*La exigencia de motivación constituye un deber insoslayable de los jueces (...) para habilitar cualquier medida de coerción*”²⁸⁸.

Como se aprecia, es mayoritario el criterio que entiende que el indicio de fuga basado en la escala penal, y la modalidad de ejecución de la eventual pena, debe quedar sujeto a prueba en contrario. Pero coincidimos con lo manifestado en su voto por la Dra. Ledesma, y es que planteado el sistema como indica el voto de la mayoría, correría por cuenta del imputado desvirtuar ficciones legales, lo que implica una clara inversión de la carga de la prueba atentatoria del estado de inocencia. Además no puede pasarse por alto que no resultan análogas las acciones de, por un lado, contrarrestar un indicio

²⁸⁵ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Eduardo R. Riggi.

²⁸⁶ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dra. Angela Ledesma.

²⁸⁷ C.S.J.N., “Estévez”, Fallos 320:2105 (1.997).

²⁸⁸ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dra. Angela Ledesma.

legal de naturaleza aritmética -tarea obligatoria del imputado y su defensa-, que por el otro, adunar a tal indicio legal otros de distinta naturaleza que lo refuercen -tarea opcional del fiscal-. Es decir que no solo se trata de una inversión en la carga de la prueba, sino que además siendo las agencias fiscales las que cuentan con los recursos necesarios para recabar prueba, se hace pesar en cabeza del imputado la más compleja, abarcando inclusive el desafío de vencer los prejuicios del juzgador.

Posteriormente los magistrados se expidieron respecto a que otros factores deberán ser tenidos en cuenta, entre ellos especial mención merecen aquellas expresiones relativas a la naturaleza del hecho incriminado. El Dr. Pedro R. David refirió considerar válido el análisis de esta cuestión para inferir la eventual existencia de riesgo procesal, ya que “*no resulta posible realizar esta ponderación acerca de la pena en expectativa, sin tener en cuenta la naturaleza del hecho incriminado*”. En respaldo del temperamento expuesto, hace mención a los Informes nro. 12/96 y 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los que “*se afirma que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son factores a tenerse en cuenta para evaluar el intento de elusión de la acción de la justicia*”, aunque admitiendo que no resultan suficientes por si solos.

En orden al hecho que origina el proceso, el Dr. Fégoli, cita jurisprudencia del Máximo Tribunal de la república, y sostuvo “*en lo que concierne puntualmente a la naturaleza del crimen investigado como pauta indicativa*”, que

la desaparición forzada de personas -y los hechos colaterales- eran considerados ya para la época de su comisión, tanto en el derecho interno como en el internacional, delitos de lesa humanidad, no resultando pues arbitraria la presunción de los tribunales inferiores de que quien está imputado de estos delitos gravísimos, en caso de ser puesto en libertad atentará contra los fines del proceso, conjetura que encuentra su debido fundamento -tal como lo exige el artículo 319 del C.P.P.N.-, en el indicio que si se buscó al cometerse los hechos una modalidad que asegurara la impunidad futura, este mismo afán de sustraerse al juzgamiento podría tener una posterior secuela al otorgarse la libertad al procesado²⁸⁹.

Es correcto el razonamiento, ya que el análisis de riesgo a los fines del procedimiento no se limitó a la escala penal prevista en el tipo, al pronóstico de pena (más próxima al mínimo o al máximo, así como la modalidad de cumplimiento), así como tampoco a la *alarma social, repercusión social de hecho, o posibilidad de comisión de nuevos hechos ilícitos*. Sino que se practicó una “*objetiva y provisional valoración de las características del hecho*”²⁹⁰ y se ponderaron “*las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto*”²⁹¹.

En su voto el Dr. David estima que a los indicadores de riesgo previstos en el art. 319 del C.P.P.N., debe agregarse: “*las condenas anteriores, las causas paralelas, la violación de la libertad condicional, la declaración de rebeldía, la necesidad de extraditar al justiciable, la actitud del*

²⁸⁹ C.S.J.N., “*Nicolaidis, Cristino s/incidente de excarcelación*”, Fallos 327:496 (2.004). Dictamen del Procurador General de la Nación.

²⁹⁰ Artículo 148, párrafo 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

²⁹¹ Artículo 148, párrafo 2do., inciso 1ro., del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

imputado frente al daño causado, la actitud del imputado ante la marcha de la investigación”. En su consideración “*son muchos los factores de riesgo procesal que a mi entender deben ser analizados en forma armónica para verificar si la presunción legal establecida en el art. 316 del C.P.P.N. resulta desvirtuada*”, es decir, no existe un catálogo de cerrado de factores que señalen de antemano cuando debe presumirse que el imputado intentará burlar la justicia, y que por tanto, y en cuanto se respete la letra de la ley, el juez tiene amplia libertad en la valoración de los mismo. Cita en fundamento a la Comisión Interamericana, la que afirma en la Resolución 17/89 -considerando 5to., párrafo 4to.²⁹²- que “*el prudente arbitrio del juez en la apreciación de las condiciones señaladas por la ley, que pueden servir de pautas para la denegación o concesión de una excarcelación es una muestra de la independencia del poder judicial*” lo que la Comisión a su vez interpreta como “*requisito indispensable para una buena administración de justicia*”²⁹³.-

En igual sentido se expidió Fégoli, el que mencionando una serie de precedentes de la Sala II de la Cámara, postula como indicios a considerar en el caso concreto

la historia personal de imputado -particularmente las condenas anteriores que registraba por ofensas similares tanto en calidad como en gravedad así como las rebeldías decretadas a su respecto-, la naturaleza violenta del crimen investigado y la solidez de la imputación en función del peso de la prueba reunida en el legajo.

Riggi y David citaron en este sentido el criterio expuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe nro. 12/96, del cual se desprende -en los párrafos 28 y 29-, 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*”, pero igualmente “*tampoco resultan suficientes*”, por cual tal posibilidad “*debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada*”²⁹⁴. Riggi transcribe el párrafo 30, conforme al cual si los operadores judiciales “*no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada*”²⁹⁵.

Menciona asimismo Riggi la *comisión de nuevos delitos* como riesgo procesal y a la *preservación de orden público* como factores a considerar, a tal fin cita los párrafo 32 y 36 del Informe 12/96²⁹⁶, considerando que la Comisión Interamericana autoriza bajo tales criterios se disponga la prisión preventiva. Expresa el camarista que adhiere a tal criterio, indicando “*que el ‘peligro de reiteración*

²⁹² Comisión I.D.H., caso “Firmenich v. Argentina”, Resolución nro. 17/89, Caso nro. 10.037, del 13 de abril de 1.989.

²⁹³ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Pedro R. David.

²⁹⁴ Del voto del Eduardo R. Riggi.

²⁹⁵ Comisión I.D.H., Informe nro. 12/96 de 1 de marzo de 1996, párrafos nro. 26, 27, 28, 29 y 30.

²⁹⁶ Comisión I.D.H., Informe nro. 12/96 de 1 de marzo de 1996, párrafo nro. 32.

delictual, nos remite a revisar -en definitiva- la *'peligrosidad del agente'*, valorada ésta en orden a la naturaleza del delito imputado, y los motivos que lo condujeron a delinquir". No se detiene allí, y aclara que "en que ciertos delitos, una vez que el autor es descubierto, la posibilidad de que puedan ser vueltos a cometer es ínfima", y para graficar su opinión dice que "quien comete un robo tendrá más posibilidades de reincidir que quien comete un delito tributario, dado que (...) las autoridades -luego de comprobada la primera infracción- suelen ser más estrictas en el control que realizan sobre el contribuyente". En cuanto a la preservación del orden público, "en circunstancias muy excepcionales", y por la gravedad especial de un crimen, se podrá justificar la prisión preventiva por un cierto período, como medio para evitar posibles "disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar"²⁹⁷.

A lo expuesto por David y Riggi en este aspecto, he de señalar que tomando en consideración la fecha del plenario "Díaz Bessone" y la fecha del Informe nro. 35/07, creo que la Comisión I.D.H. ha sido mal citada. Ya que la Comisión en el "Informe Peirano Basso" ha expresado con suficiente contundencia su rechazo a la utilización de parámetros como *alarma* o *repercusión social del hecho*, así como a la *eventual comisión de nuevos delitos por el imputado* -reincidencia-. Respecto a la alarma o repercusión social del hecho, porque ambas resultan cuestiones ajenas al proceso y su finalidad (averiguación de la verdad procesal), el encierro por preservación del orden público es, antes que una restricción a la libertad personal, una medida de protección a la integridad física del imputado; y sobre la eventual comisión de nuevos hechos delictuales -o peligrosidad del agente-, porque el empleo de medidas de encierro cautelar con tales propósitos, no es más que una expresión del derecho procesal penal de autor, ajeno a nuestra matriz constitucional.

Tampoco he de coincidir con el ejemplo brindado por Riggi, ya que la realidad confirma lo opuesto. Los delitos económicos resultan sofisticados, demandando un complejo análisis y rastreo -son el opuesto conceptual a la *opera tosca*-, se trata actividades desarrolladas por personas -o sus autores asesorados por personas- con formación universitaria o técnica, lo que les permite burlar las restricciones y defensas del sistema, incluso en aquellos casos en que las personas son fuertemente sometidas a auditorías. Descubierto un caso singular de evasión fiscal, ello no significará, de ninguna manera, que la posible comisión de otros hechos de la misma índole no continúen siendo cometidos. A ello se debe adunar que este tipo de delitos trae aparejado -potencialmente- un mayor riesgo de entorpecimiento de la investigación, y es cometido por personas cuyas "*facilidades para abandonar el país o permanecer oculto*" resultan abismalmente mayores a las de un autor de hurtos, robos, violaciones de domicilio, daños, etc.. Por estos motivos creemos que el voto de Riggi resulta -al menos en este tramo- cuestionable.

²⁹⁷ C.F.Cas. Penal, Sala II, "Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley", Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Eduardo R. Riggi.

Sobre el final de su voto, expone -en forma meramente enunciativa-, una serie de circunstancias que deberán ser ponderadas al estudiar en el caso concreto “*la posible intención del imputado de evadir la acción de la justicia*”. En al sentido, y sin perjuicio de aquellas consideraciones relativas a la *severidad de la pena, la naturaleza y gravedad de los hechos, el grado de culpabilidad* del imputado; postula Riggi que deberá estarse a

la peligrosidad evidenciada en su accionar y su actitud frente al daño causado; las circunstancias personales del encartado (individuales, morales, familiares y patrimoniales, si tiene arraigo, familia constituida, medios de vida lícitos, antecedentes penales o contravencionales, rebeldías o violaciones a la libertad condicional anteriores, procesos paralelos en trámite, entre otros) que pudieran influir u orientar su vida, el cumplimiento de futuras obligaciones procesales y aumentar o disminuir el riesgo de fuga; la posibilidad de reiteración de la conducta delictual; la complejidad de la causa y la necesidad de producir pruebas que requieran su comparecencia, (...); la necesidad de proceder a la extradición del justiciable; la conducta observada luego del delito; su voluntario sometimiento al proceso, y en definitiva, todos los demás criterios que pudieran racionalmente ser de utilidad para tal fin, como los que antes desarrolláramos²⁹⁸.

Pese a los matices que pueden percibirse entre los votos de los jueces camaristas que participaron de la convocatoria a plenario, la conclusión fue clara. Implicó sin dudas unos de los avances jurisprudenciales más importantes del nuevo siglo, y cerró una discusión que se encontraba sujeta a los avatares de la realidad socio económico del país. El encierro preventivo no es la regla, sino que por el contrario, como excepción que resulta ser, los operadores deberán acreditar en el caso concreto la existencia o falta de riesgo a la actuación de la ley. Es decir que el peligro de fuga -en especial-, no podrá ser presumido mediante una ficción legal, sino que la ley solamente puede señalar indicios que podrán ser tomados en consideración -o no-, pero siempre con una debida argumentación.

Sostuvo el Dr. Guillermo J. Tragant que ya con anterioridad se pronunció a favor del criterio que considera “*que las reglas en materia de encarcelamiento preventivo no constituyen una presunción iure et de iure, sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de tal modo sólo constituyen un elemento más para valorar*”, por cuanto el magistrado “*debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de peligro (...)*”²⁹⁹. Para Fégoli “*la presunción legal establecida por el artículo 316 del catálogo instrumental puede resultar desvirtuada por prueba en contrario*”³⁰⁰; es decir -según Hornos- que el indicio basado en la amenaza de una pena superior a ocho años, y la modalidad de ejecución, deberá ceder “*cuando en el caso concreto pueda*

²⁹⁸ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Eduardo R. Riggi.

²⁹⁹ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Guillermo J. Tragant.

³⁰⁰ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Diaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Juan E. Fégoli.

*considerarse comprobada la inexistencia de riesgo procesal (...) en base a otros parámetros, como los establecidos en el artículo 319 del C.P.P.N.*³⁰¹³⁰².

En ese orden de ideas postula David en su voto que

“No basta (...) 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”³⁰³.

2.3. Jurisprudencia del Tribunal de Casación en lo Penal de la Provincia de Buenos Aires.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires haré referencia a una serie de fallos en los que puede apreciarse el criterio mayoritario de los integrantes del T.C.P.-P.B.A.. Comenzaré por citar los autos caratulados “*P., O.R., S/ Recurso de Casación*”, causa nro. 10.692, en la que el referido órgano jurisdiccional, frente a un fallo de la Cámara de Apelaciones de San Martín, que rechazó una solicitud de morigeración a la prisión preventiva oportunamente dispuesta, bajo el único argumento de que “... *sumado a la condena dictada en otro proceso por ilícito similar (...) a los fines de la atenuación de la prisión preventiva, habrá de considerarse la magnitud de la pena en expectativa...*”, sostuvo que:

la sola invocación del antecedente condenatorio y el delito por el que P. se encuentra sometido a proceso (...) no constituye un argumento eficiente para ratificar el pronunciamiento denegatorio. El antecedente penal al que se alude no permite per se presumir directa, determinada y necesariamente que, (...) habrá de eludir la acción de la justicia (...). Apoyar el fundamento del rechazo exclusivamente en la pena en expectativa, incluso en el supuesto que, en caso de condena, será de cumplimiento efectivo, integra una visión que en el encierro preventivo una sanción provisional de un delito ‘probable’.

A continuación, y en cuanto a los presupuestos habilitantes de las medidas cautelares, manifestó que “*las presunciones iuris tantum no proporcionan información empírica a través de elementos de prueba, sino que son tan solo normas jurídicas que, (...) permiten que la verdad se haga valer mediante prueba en contrario*”.

Como puede apreciarse, el máximo tribunal penal de la provincia de Buenos Aires, adhiere al criterio emergente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que, como fuera expuesto en

³⁰¹ C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008. Voto del Dr. Gustavo M. Hornos.

³⁰² En igual sentido se expide Riggi, para quien pese a la severidad de la pena “*cuando las particulares circunstancias de la causa demuestren en forma inequívoca el desacierto en el caso de la presunción legal, corresponderá acordar la excarcelación o la eximición de prisión al incuso*”; también el Dr. González Palazzo, el que concluye en forma similar que, “*de comprobarse en el caso concreto la inexistencia de riesgo procesal, puede otorgarse la excarcelación o la eximición de prisión en su caso*”. Optamos por dejarlos como notas al pie, ya que coincidimos con el criterio expuesto por la Dra. Ledesma. Tanto Riggi como González Palazzo parten de considerar acertada la pregunta del plenario, con lo cual sus conclusiones comienzan por legitimar indirectamente el encierro como regla y la libertad como excepción que deberá analizarse en cada caso. Entendemos que resulta justamente lo contrario.

³⁰³

el apartado anterior, es la conclusión arribada por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario “*Díaz Bessone*”.

Con mayor claridad y síntesis, tiene dicho la misma Sala III que “*Las medidas cautelares (...) que confinen preventivamente la libertad, deben decretarse ante la existencia de indicios vehementes (...), no siendo la pena en expectativa -con exclusividad- motivo plausible para denotar la mentada presencia de riesgos procesales*”³⁰⁴, y en otra oportunidad señalando que “*Si bien la gravedad del delito y el monto de pena en expectativa resultan criterios pertinentes para evaluar la existencia de eventuales peligros procesales, por sí solos no resultan suficientes para fundar una denegatoria de la morigeración perseguida*”³⁰⁵. En igual sentido la Sala I del mencionado Tribunal sostuvo que el cálculo del monto de pena en expectativa no cumple por sí solo, la exigencia legal y constitucional de fundar las resoluciones judiciales³⁰⁶.

Podemos también citar la causa nro. 54.927, “*G., S. M. s/ Recurso de casación*”³⁰⁷ de fecha 6 de diciembre de 2.012, en la que la defensa fundó sus agravios en que el *a quo* resolvió la denegatoria de la eximición de prisión “*atendiendo únicamente a parámetros objetivos, como la pena en expectativa, evitando merituar las circunstancias del caso y realizando una interpretación claramente arbitraria y errónea de la normativa provincial y constitucional aplicable*”, y que tal temperamento no muestra apego a lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal en el plenario “*Díaz Bessone*”.

En el fallo la Sala VI del T.C.P.-P.B.A. sostuvo en relación a la fundamentación esgrimida por la Cámara de Apelación y Garantías del departamento judicial de Trenque Lauquen, que “*la resolución cuestionada ha denegado lo solicitado atendiendo únicamente a la calificación legal pretendida por la acusación y sin explicitar en que medida concurren en el caso elementos que permitan verificar estos extremos*”. Entiende el Tribunal que una resolución se hace merecedora de “*la tacha de arbitrariedad toda vez que no basta que un fallo tenga fundamentos, sino que es necesario que estos estén a su vez fundados, pues de lo contrario sólo habría apariencia de fundamentación*”. En cita a Bovino, agregó “*que conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana, este juicio requiere la comprobación efectiva de las circunstancias concretas, objetivas y ciertas, en un caso particular y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable del peligro procesal*” (Bovino, 1.998, p. 146).

Y es que la simple suma aritmética de las escalas penales contenidas en los tipos legales, no pueden de por sí configurar la acreditación racional del peligro procesal de fuga, sino que corresponde asimismo el análisis de las circunstancias personales del individuo, a través de un criterio objetivo. La

³⁰⁴ T.C.P.-P.B.A., Sala III, “*V., J. S/ Recurso de queja*”, Causa nro. 47.223, Registro Interno nro. RSD-844-11, 6 de Julio de 2.011.

³⁰⁵ T.C.P.-P.B.A., Sala III, “*P., R. O. S/ Habeas Corpus*”, Causa nro. 39.375, Registro Interno nro. RSD-1037-9, 22 de Diciembre de 2.009.

³⁰⁶ T.C.P.-P.B.A., Sala I, “*P., H. A. S/ Recurso de Queja*”, Causa nro. 44.511, Registro Interno nro. RSD-684-11, 14 de Julio de 2.011.

³⁰⁷ T.C.P.-P.B.A., Sala VI, “*G., S. M. s/ Recurso de casación*”, Causa nro. 54.927.

sencilla citación de antecedentes en cabeza del encartado, no puede en el caso concreto, devenir en la fundamentación racional de que el imputado pretenderá eludir el accionar de la justicia. En igual sentido, el cálculo sin más de la pena en expectativa no puede acreditar, razonable y exclusivamente, la posibilidad de fuga. Son las circunstancias tales como: a) el arraigo, valorado en orden a su residencia habitual, el asiento de su familia, negocios o trabajo, b) las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, y c) el comportamiento del sujeto en el mismo, u otro, procedimiento, las que perfilan con mayor precisión el peligro de verse frustrados los fines del proceso iniciado.

Sostuvo al respecto el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, en la causa nro. 38.702, caratulada “*Prieto, Edgardo Raúl, S/ Recurso de Casación*”³⁰⁸, que resulta “*escasa la peligrosidad procesal que muestra un sujeto que exhibe un núcleo familiar regularmente formado, ausencia de antecedentes y trabajo fijo con el cual sustenta las necesidades de su hogar*”, es decir que la pena en expectativa, o los informes de antecedentes condenatorios, no pueden restarle importancia al análisis de la persona del imputado y su circunstancia de vida. Un argumento que se desentienda de tales circunstancias afecta la razonabilidad de pronunciamiento, y afecta en consecuencia su validez.

2.4. Jurisprudencia de primera instancia.

Finalmente haré referencia a una resolución de primera instancia, correspondiente al Juzgado de Garantías nro. 1 del Departamento Judicial de Trenque Lauquen, en el marco de un Incidente de Excarcelación Extraordinaria, originado en la causa nro. 6843 conocida “mediáticamente” como “*Caso Galliano*”. Corresponde exponer los motivos por los cuales se ha elegido una resolución jurisdiccional de primera instancia, y en tal sentido he de señalar que: **a)** como se ha reiterado a lo largo del presente trabajo, no está en discusión la legitimidad de normas procesales que contemplen el encarcelamiento preventivo, sino que se propone analizar el empleo de tales recursos; **b)** siendo los Juzgados de Garantías los órganos jurisdiccionales que mayor número de resoluciones relativas a la situación procesal de los encartados dictan, el estudio de la actividad que despliegan en lo cotidiano nos permite vislumbrar la dinámica judicial imperante; y **c)** los criterios emergentes de la actividad cumplida por los superiores constituyen un parámetro que ordena la propia de los tribunales inferiores, y pese que no se trata de un imperativo legal es si una compromiso moral de los jueces seguir tales precedentes. En otras palabras, es siempre pertinente analizar como se han aplicado en primera instancias los criterios antes analizados.

En la resolución seleccionada para estudio, la cual se originó en la solicitud de excarcelación extraordinaria formulada por el imputado, acusado del delito de “homicidio calificado por el vínculo” (art. 80, incs. 1ro. y 6to. del C.P.), ocurrido en el año 2.008. En la misma se advierte una aplicación de las normas del código de procedimiento bonaerense en plena armonía con los artículos 14 y 18 de la

³⁰⁸ T.C.P.-P.B.A., Sala I, “Prieto, Edgardo Raúl, S/ Recurso de Casación”, Causa nro. 38.702, Registro de Presidencia nro. 1.345, 22 de diciembre de 2.009.

Constitución Nacional, y con los postulados emergentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La petición de la defensa se fundó en que la madre del imputado

E. T. A., se encuentra a cargo de sus dos hijos menores y que, si bien los cuida muy bien, ello se le dificulta como consecuencia de su edad avanzada, dado que cuenta con casi ochenta años. Que ello le impide acompañarlos debidamente en sus actividades escolares a lo que agrega el relato de un hecho de robo del que resultó víctima la Sra. A, muy recientemente, que ocurrió en su domicilio, de violentas connotaciones, en momentos en que los niños se encontraban en la escuela, hecho que podría haberse, quizás, evitado de encontrarse él presente en el domicilio.

Tras anticipar que correspondía hacer lugar a la petición formulada, la magistrada interviene, Dra. Graciela Cione, desarrolló los fundamentos que la llevaron a tal resolución. Señaló que en consideración a la calificación legal del hecho que se le enrostraba, la excarcelación del imputado solo resultaba procedente en su forma extraordinaria (art. 170 del C.P.P.B.A.), siendo éste “*un instituto de carácter excepcional que requiere un análisis personalizado y reservado*”. La norma consideró la juez, tiene como presupuesto de procedencia “*que de la valoración de las circunstancias personales del imputado se pueda presumir que el mismo no intentará eludir u obstaculizar el accionar de la justicia*”.

En materia probatoria se dejó constancia que el imputado acreditó debidamente sus dichos a través de las diligencias que fueran ordenadas a tales menesteres. Así, resultó debidamente corroborado que

sus pequeños hijos se encuentran a cargo de su madre, quien cuenta a la fecha con 79 años, edad que, probablemente, le impida acompañarlos debidamente en la mayoría de las actividades que éstos deben desarrollar y/o asistirlos, todo ello en un marco de contención acorde a sus cortas edades. También se desprendería del responde de los oficios que se han librado, que la familia materna se encontraría tramitando un régimen de visitas, lo que confirma que los menores se encuentran a cargo de la abuela paterna -E.T.A.- tal lo corroborado asimismo por el personal policial en las actuaciones que preceden.

Al análisis de las condiciones personales -familiares- del imputado, la magistrada agregó que “*el prevenido A. no registra antecedentes penales*”. Seguidamente efectuó una breve exposición de los avatares del proceso, refiriendo que: a) la detención del imputado se produjo el 21 de abril de 2.009; b) que en fecha 18 de diciembre del mismo año se resolvió la elevación de la actuaciones a juicio; y c) que la causa fue remitida al T.C.P.-P.B.A. el 30 de diciembre de 2.009, donde aún se encontraba tramitando un incidente de nulidad. Entendió que atento las “*contingencias procesales de los autos principales*”, y atento haber transcurrido once meses desde la resolución que dispuso la elevación del expediente a juicio oral y público, era posible concluir que

se desconoce si los obrados continuarán su trámite ante un Tribunal Criminal para la celebración del juicio o si A. resultará sobreseído -tal el postulado de la Defensa al formular su oposición al

requerimiento fiscal de citación a juicio- ello sin olvidar que se encuentra pendiente, como dijera, la resolución de un recurso de casación que impediría, en todo caso hoy, remitir los obrados a juicio.

Prosiguió su análisis, y afirmó que

En el caso, y más allá de la gravedad de los sucesos que se le enrostran a A., con la consecuente grave expectativa de pena, a los fines de valorar la existencia o no de los peligros procesales a que alude el art. 148 del rito penal -obstaculizar o eludir el accionar judicial- tengo en especial consideración que el nombrado ha de hacerse cargo del cuidado de sus pequeños hijos -tal lo reiteradamente expresado por el mismo en las diversas audiencias mantenidas con la suscripta- ocasiones en las que manifestara su profunda preocupación por no poder cuidarlos personalmente, asistirlos en sus actividades escolares y lúdicas y en sus contingencias de salud, obligaciones todas éstas que su anciana madre las cumple con las limitaciones que le imponen sus casi ochenta años. Esta necesidad, expresada repetidamente por el prevenido, de cumplir con sus obligaciones paternales, de querer permanecer en contacto permanente con sus pequeños hijos, expresiones que me resultaron siempre sinceras, me hacen presumir que no se podrá concretar, en consecuencia, el peligro de fuga pues el vínculo que mantendría con sus pequeños hijos le impediría abandonarlos con el propósito de asegurar su impunidad.

La magistrada a cargo del Juzgado de Garantías nro. 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana destacó en su resolutorio, como una de las razones por las cuales descartó la existencia de peligro procesal, que

previo a disponerse su detención, ya hubo evidenciado A. su voluntad de no entorpecer el accionar de la justicia, evadiendo el mismo pues, habiendo tomado conocimiento, por medios ajenos a los judiciales, que se habría ordenado la referida medida cautelar a su respecto, permaneció en su domicilio -lugar donde finalmente se concretara tal medida- a la espera del personal policial que la efectivizó, tal como de ello dieron cuenta en su oportunidad los medios televisivos nacionales. Esta actitud por él asumida en aquella ocasión adquiere importancia al momento de adoptar esta decisión y me lleva, junto a otras, al convencimiento que el prevenido, en libertad, y sometido a estrictas reglas de conducta, se someterá debidamente al proceso.

En el resolutorio se aprecia la correcta aplicación de las normas contenidas en los arts. 146, inc. 2do., y 147 del C.P.P.B.A., de cuales se desprende que las medidas cautelares restrictivas de la libertad personal resultan de carácter estrictamente *provisorio*, motivo por el cual deberán quedar bajo permanente *control judicial*, en este caso, la concurrencia de riesgo de fuga.

Otro de los caracteres que se aprecia correctamente interpretado, e instrumentado en el caso, es la noción de proporcionalidad como *inequivalencia*, ya que no se volvió a analizar la restricción de la medida -o su extensión-, en relación al la gravedad del hecho y la severidad de la eventual condena; sino que se analizó en concreto el peligro que se pretendía neutralizar y se dispuso la medida acorde a tal propósito. Transcribimos este fragmento:

Por otra parte, corresponde también evitar que, con su soltura, se produzca algún tipo de obstaculización en la investigación, lo que se podrá lograr imponiendo severas reglas de conducta que le impidan mantener todo tipo de contacto -personal, telefónico, directo o indirecto- con las restantes personas vinculadas a esta causa, en su carácter de testigos o imputados, a excepción, obviamente, de la Sra. E.T.A., como así abstenerse de realizar declaraciones referidas a la causa, en caso de mantener contacto con la prensa.

En ese orden de ideas, efectuado el cálculo del riesgo que concurría en la especie, la magistrada consideró suficiente disponer de un estricto régimen de conducta. El mismo consistió en las obligaciones generales emergentes del instituto de la excarcelación bajo caución juratoria, así como de la imposición de reglas especiales (arts. 179 y 180 del C.P.P.B.A.): a) Fijar domicilio en el ámbito de esta provincia, sin poder ausentarse del mismo por un periodo de tiempo mayor a 24 hs., ni modificarlo sin previa autorización judicial, y consecuentemente, no abandonar el país; b) Comparecer todos los días lunes a la Comisaría que por jurisdicción domiciliaria corresponda, y al órgano jurisdiccional interviniente, una vez al mesa hasta su resolución definitiva de la causa; y c) La prohibición de mantener contacto personal, o telefónico -directo o indirecto-, con otras personas vinculadas a la causa, ya sea como testigos o imputados, así como abstenerse de mantener contacto con la prensa; y d) Comparecer en cada oportunidad en que las autoridades judiciales o policiales lo citen.

Es decir que se resolvió el caso concreto haciendo estricta aplicación de las pautas emergentes del art. 144 del C.P.P.B.A., conforme el cual la regla general es la libertad del imputado, y en caso de concurrir los supuestos de excepción contemplados en la ley de forma, “*La libertad personal y los demás derechos (...) sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley*”. De la norma citada se colige, que la restricción de derechos será la estrictamente necesaria a fin de salvaguardar la averiguación de la verdad procesal; y que ello exige aplicar las previsiones del art. 146, inc. 3ro., del C.P.P.B.A., procurando la adopción de la medida que implique la menor afectación de derechos de imputado.

Concluye así el repaso de la jurisprudencia mayoritaria en la materia, advirtiendo los criterios que se imponen a la hora de considerar la concurrencia de peligro procesal en el caso concreto. Me encuentro por tanto en condiciones de formular las conclusiones finales.

Conclusiones.

Partiendo de la finalidad cautelar del encierro preventivo, así como del genérico deber republicano de fundar los actos de gobierno -concepto que abarca las resoluciones judiciales-, la acreditación del peligro de fuga deviene el punto de inflexión de una de las actividades judiciales más complejas. Y es que, como claramente expone Maier (2004), la organización del poder punitivo no es más que un fiel reflejo de la organización social. En ese orden de ideas, el grado de respeto por el estado de inocencia constituye uno de los parámetros que permiten corroborar -en lo material- la vigencia de Estado de Derecho, así como la subsistencia y filtración de su contra cara, el Estado de Policía latente. En el recelo con que se analicen y dispongan restricciones cautelares de la libertad, se deposita el avance y retroceso de uno u otro.

Del repaso normativo de nivel provincial, nacional, y supranacional, surge que solo la necesidad de neutralizar un peligro procesal habilita la procedencia de una medida de coerción, y a su vez, la magnitud del peligro efectivamente acreditado, determina que derechos, y en que grado, podrán ser legítimamente restringidos.

Como corolario del estado de inocencia, surge el principio que coloca en cabeza del Ministerio Público Fiscal el *onus probandi*, en virtud del cual corresponderá al Agente Fiscal acreditar en el caso la concurrencia del peligro procesal de fuga. A tal fin deberá recabar aquellos datos que permitan fundar razonadamente, que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia. El *quid* de la cuestión deviene por tanto, comprender cuándo en el caso concreto se ha *fundamentado racionalmente* la existencia del peligro de fuga.

Bajo un modelo procesal de tipo autoritario e inquisitivo, no interesa tanto la conducta delictual, como el contenido inmoral y antisocial de la misma. El objeto de conocimiento recae -no sobre el acto-, sino sobre la persona del delincuente, considerado éste como portador de maldad. El sustancialismo penal, requerido de un instrumento de realización que responda a esta particular tipología, no encierra tanto por mandato legal, como por decisiones potestativas basadas más en la autoridad del juez que en la verificación empírica. En un plano diametralmente opuesto se halla el proceso de tipo cognoscitivo, en el que las conclusiones son fruto de un juicio -no de valor- sino de premisas de hecho y derecho verificables y refutables. Como afirma Ferrajoli (1995), la verdad procesal o formal que se obtiene finalizado el curso del procedimiento resulta más controlada en cuanto a su modo de adquisición, y más reducida en cuanto a su contenido informativo, ello en comparación con la denominada verdad sustancial o material. Este es el precio de la libertad. El legítimo interés colectivo de perseguir el delito no puede legitimar actos que atenten contra la dignidad del ser humano, ello aun a riesgo de perder eficacia en la actividad judicial persecutoria.

Iguales conclusiones caben respecto a la acreditación del peligro procesal de fuga en el marco de un proceso penal de tipo cognocitivist, debiendo asimismo destacarse, que tal acreditación presenta enormes particularidades en relación con el resto de la actividad procesal. Mientras que la finalidad del proceso penal resulta ser la averiguación de la verdad procesal, haciendo aquí especial énfasis en la verdad fáctica o histórica, al momento de resolverse la situación procesal del imputado se indaga acerca de un eventual hecho futuro. Son cuestiones, como se aprecia a simple vista, diametralmente opuestas. Al indagar en hechos del pasado, se buscan en el presente huellas de los mismos, y al indagarse la concurrencia en el caso particular de peligro de fuga, bien podrán tomarse datos del pasado (antecedentes condenatorios, rebeldías, etc.) pero tal información no funciona como prueba en idéntico sentido.

Se debe partir de tal limitación, ya que la misma resulta inexpugnable, y por sobretodo, condicionante de toda la actividad judicial que se despliegue en la materia. Nadie puede hacer *futurología* de la conducta humana con pretensión de acierto -dejando a salvo la casualidad-. Por tanto, la acreditación de peligro procesal de fuga no puede pretenderse con los mismos alcances que se le reclaman a la acreditación del hecho que origina un proceso. Pese a ello, tal particularidad no puede bajo ninguna circunstancia aparejar un renunciamiento a la fundamentación razonada del peligro procesal, sino que deberá ser tomada en consideración a fin de determinar los parámetros dentro de los cuales se debe cumplir la tarea.

En el artículo 169 del código adjetivo bonaerense, y en forma análoga a las previsiones del C.P.P.N., se prevén una serie de supuestos en los que la ley presume en abstracto, en consideración a la pena que se espera del procedimiento, que no concurre peligro de fuga. Consecuentemente, de no ser subsumible la situación procesal del imputado en alguno de ellos, se presume que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia. No obstante ello, y pese encontrarse el encausado dentro de alguna de las previsiones de la citada norma, conforme los términos del artículo 171 del mismo cuerpo legal, no se concederá la eximición o excarcelación de prisión cuando existan indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia. De ello se colige que las presunciones del artículo 169 del C.P.P.B.A. resultan conmovibles por prueba en contrario, y que por tanto no revisten carácter *iure et de iure*.

En el artículo 171 *-in fine-* del C.P.P.B.A., se remite a las previsiones del artículo 148, norma en la cual el legislador fijó una serie de circunstancias, las que meritadas y debidamente acreditadas en el caso particular, permitirán concluir la concurrencia de peligro procesal de fuga. Es decir que la ley procesal, pese reconocer como parámetro de valoración del peligro de fuga a la pena en abstracto y la pena en expectativa, igualmente exige del juzgador la consideración de indicios de otra naturaleza, prescribiendo respecto algunos de ellos su obligatorio análisis -art. 148, párrafo 2do., incs. 1 a 4-.

Del repaso jurisprudencial efectuado, se advierte que según el criterio mayoritario no constituye debida fundamentación la mera referencia a la pena con que el tipo legal conmina el delito imputado,

así como tampoco la pena que se espera como resultado del procedimiento; sea ya por la alusión a antecedentes en cabeza del imputado, como a la escala penal. Si se acepta, pero como un indicio más de entre otros que deberán analizarse, y en ningún caso podrá constituir el fundamento exclusivo del peligro procesal. Si esto así fuera, la privación cautelar de la libertad se dispondría en exclusiva atención a la pena, materia reservada a la sentencia, lo que acarrearía asimismo un desdibujamiento de los límites entre la *coerción procesal* y la *coerción sustantiva*. Esto último no resulta más que la instauración de penas anticipadas por intermedio de un instituto procesal de finalidad cautelar. Tales encierros resultan ilegítimos, y por tanto ilegales.

En un proceso penal acusatorio y de tipo cognoscitivo -único ajustado a la forma republicana de gobierno-, corresponde al Agente Fiscal formular el requerimiento de encierro cautelar, basado en premisas de hecho y de derecho. El razonamiento empleado deberá ser exteriorizado al formular el pedido al órgano jurisdiccional, siendo la no expresión de los mismos contraria a las disposiciones del art. 56, párrafo 2do., del C.P.P.B.A., por lo cual, deberá ser rechazada. Esta es la única interpretación correcta, ya que al encontrarse separada la acusación del juzgamiento, no puede el Juez cubrir los espacios vacíos que la *vindicta pública* deje en su actuación, debiendo asimismo abstenerse de efectuar de oficio un juicio al respecto (*ne procedat iudex ex officio*). Tampoco se podrá -a riesgo de poner en jaque la lógica del sistema acusatorio- invertir la carga de la prueba y exigirse al imputado que, atento la severidad de la pena, produzca prueba de descargo -basada en las circunstancias contempladas en el art. 148 del C.P.P.B.A.-. Pero no sólo por la imposibilidad de actuar de oficio o invertir la carga de la prueba corresponderá el rechazo del requerimiento fiscal, sino que también de la efectiva vigencia del derecho de defensa en sentido estricto, ya que al no expresar el razonamiento empleado el M.P.F., se impide al imputado refutar los argumentos.

Como fuera ya señalado, el planteo fiscal deberá ser jurídico, citando las previsiones legales pertinentes, y fáctico, relativos al arraigo, determinado éste por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; a la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual; y al comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

El peligro de fuga no es más que la voluntad del imputado de eludir la actuación de los órganos de la administración de justicia, y la determinación de esta voluntad deberá indagarse a través de datos que, más allá de la severidad de la pena, describan las circunstancias personales del imputado. Esta voluntad contraria al derecho deberá rastrearse, antes que en criterios abstractos planteados en forma genérica, a través de criterios objetivos que reflejen la circunstancia vital del imputado. Las conclusiones acerca de la concurrencia de peligro de fuga deberán contemplar todas estas variables, y solo así se podrán calificar las medidas de coerción dispuestas como razonadamente fundadas.

Finalmente cabe destacar que la sola acreditación de peligro de fuga no habilita la privación de la libertad durante el trámite del procedimiento, sino que resultará habilitante de una medida cautelar. Queda expedita la vía del encierro preventivo si en el caso, si en atención a la regla de proporcionalidad, no existe otro método de menor gravedad. En este sentido, el C.P.P. bonaerense, cuando establece como presupuesto de procedencia la “*Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela*”, ordena que la medida cautelar deberá ser la estrictamente necesaria al peligro procesal que en autos se hubiere acreditado, y no proporcional al pronóstico de pena. Es decir que habrá una razonable fundamentación -tanto del requerimiento fiscal, como de la resolución jurisdiccional-, en la medida que se practique ajustadamente la ecuación de proporcionalidad entre el medio y el fin. En otras palabras, que confrontada la severidad de la medida cautelar dispuesta al grado de peligro procesal efectivamente acreditado en autos, resulte que la primera es la estrictamente necesaria a los fines de neutralizar el segundo. Tal omisión es merecedora de las mismas conclusiones vertidas respecto a la acreditación del peligro de fuga, a riesgo de lesionar el derecho de defensa del imputado.

Finalizada la investigación, la hipótesis de trabajo ha quedado confirmada.

Referencias bibliográficas.

Doctrina.

1. Libros.

- Baeza, C. R. (2.006). “Derecho Constitucional” (1ra. ed.). Buenos Aires: Ed. Ábaco.
- Baumann, J. (1.986). “Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires: De Palma.
- Bigliani, P., y Bovino, A. (2.008). “Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano” (1ra. ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. del Puerto.
- Bovino, A. (1998). “Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo” (1ra. ed.). Buenos Aires: Ed. del Puerto.
- Cafferata Nores, J. I. (1.998). “La prueba en el proceso penal” (3ra. ed.). Buenos Aires: Ed. Depalma.
- Cafferata Nores, J. I., Montero, J., Velez, V. M., Ferrer, C. F., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., Hairabedián, M., Frascaroli, Ma. S., Arocena, G. A. (2.004). “Manual de Derecho Procesal Penal” (2da. ed.). Córdoba, Argentina: Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad.
- Carrió, A. D. (1984). “Garantías constitucionales en el proceso penal” (5ta. ed.). Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Clariá Olmedo, J. A. (1998). “Derecho Procesal Penal. Tomos I a III. Actualizado por Vázquez Rossi, J. E., Chiara Díaz, C. A., y Montero, J. R.” (1ra. ed.). Santa Fé: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Ferrajoli, F. (1995). “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” (9na. ed.). Madrid: Ed. Trotta.
- Fleming, A., y Viñals, P. L. (2.008). “Garantías del imputado” (...). Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Goldschmidt, J. (1935). “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935”. Barcelona: Bosch.
- Gonzalez, J.V. (1.980). “Manual de la Constitución Nacional”. Buenos Aires: Ed. Estrada.
- Granillo Fernández, H., y Herbel, G. (2.009). “Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires: Comentado y anotado. Tomos I y II” (2da. ed.). Buenos Aires: ed. La Ley.
- Jauchen, E. (2.012). “Tratado de Derecho Procesal Penal – Tomo I” (1ra. ed.). Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni.

Maier, J. B. J. (2.004). “Derecho procesal penal – Tomo I - Fundamentos” (2da. ed., 3ra. reimp.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Palacio, L. E. (2003). “Manual de Derecho Procesal Civil” (17ma. ed.). Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

Roxin, C. (2.003) “Derecho procesal penal” (25ma. ed.). Buenos Aires: del Puerto.

Schiavo, N. (2.011). “Las medidas de coerción en el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires” (1ra. ed.). Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Vélez Mariconde, A. (1.986). “Derecho Procesal Penal - Tomo II” (3ra. ed., 2º reimp.). Córdoba: Ed. Marcos Lerner.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2002). “Derecho Penal. Parte General” (2da. ed.). Buenos Aires: Ed Ediar.

2. Revistas.

Folgueiro, H. L. (2.001). “La necesidad de fundamentación de los requerimientos del Ministerio Público Fiscal”, La Ley 2.001-E, 804-Sup. Penal.

Legislación.

1. Internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano

Carta Magna. Artículos 39 y 40.

Habeas Corpus Act.

Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución nro. 43/173, del 9 de diciembre de 1988.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad -Reglas de Tokio-, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución nro. 45/110, del 14 de diciembre de 1990.

2. Nacional.

Constitución Nacional. Artículos.

Código Procesal Penal de la Nación.

Código de Procedimientos en Materia Penal. Ley Nacional nro. 2.372, sancionada en fecha 4 de Octubre de 1.888, actualmente derogada (Id Infojus: LNS0002740). Recuperado el 30 de Enero de 2.016 de: http://www.infojus.gob.ar/legislacion/ley-nacional-2372-codigo_procesal_penal.htm

3. Provincial.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Código Procesal Penal de la Pcia. de Buenos Aires.

Código Jofré. Ley Provincial nro. 3.589.

Código Procesal Civil de la Provincia de Buenos Aires.

Constitución de la Provincia de Salta.

Constitución de la Provincia de San Luis.

Constitución de la Provincia de San Juan.

Constitución de la Provincia de Catamarca.

Constitución de la Provincia de Santa Cruz.

Código Procesal Penal de la Pcia. de Córdoba.

Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Ley Provincial nro. 14.442.

Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano

Jurisprudencia.

1. Internacional.

Corte I.D.H., Sentencia “Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 13 de Octubre de 2.011. Serie C, No. 234. Recuperado el 4 de Junio de 2.015 de: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf

Corte I.D.H., Sentencia “López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas”, del 1 de Febrero de 2.006, Serie C, No. 141. Recuperado el 4 de Junio de 2.015 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

Corte I.D.H., Sentencia “Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, del 7 de septiembre de 2.004. Serie C, No. 114. Recuperado el 23 de mayo de 2.016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Corte I.D.H., sentencia “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, del 26 de septiembre de 2006. Serie C, Nro. 154. Recuperado el 2 de junio de 2.016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte I.D.H., sentencia “Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo”, del 12 de noviembre de 1.997, Serie C Nro. 35. Recuperado el 5 de junio de 2.016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

Comisión I.D.H., caso “Jorge, José, y Dante, Peirano Basso vs. República Oriental de Uruguay”, Informe nro. 86/09, del 6 de Agosto de 2.009. Recuperado el 4 de Junio de 2.015 de: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

Comisión I.D.H., caso “Jorge A. Giménez v. Argentina”, Informe No. 12/96, de 1 de marzo de 1.996. Recuperado el 29 de mayo de 2.016 de: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/95span/cap.III.argentina11.245.htm>

Comisión I.D.H., caso “Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, serie C nro. 111, de 31 de agosto de 2004. Recuperado 26 de Junio de 2.016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

Comisión I.D.H., caso “Firmenich v. Argentina”, Resolución nro. 17/89, Caso nro. 10.037, del 13 de abril de 1.989. Recuperado el 27 de junio de 2.016 de <http://www.cidh.oas.org/annualrep/88.89span/capitulo3.htm#RESOLUCION%20N%BA17/89>

2. Nacional

C.S.J.N., “Todres”, Fallos 280:297 (1.971).

C.S.J.N., “Cacciatore”, Fallos 307:549 (1.985).

C.S.J.N., “Pereyra, Justiniano Luis”, Fallos 250:232 (1.960)

C.S.J.N., “Romano, Felix Norberto, y Otros”, Fallos 264:301 (1.966).

C.S.J.N., “Hipólito Gangoso”, Fallos 242:227 (1.958).

C.S.J.N., “Carlos Enrique Grandia”, Fallos 247:202 (1.960).

C.S.J.N., “Elide Josefina Laura Celso de Stoll”, Fallos 304:319 (1.982).

C.S.J.N., “Empresa Plaza de toros c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 7:150 (1.869).

C.S.J.N., “Napoli”, Fallos 321:3630 (1.998).

C.S.J.N., “Gundín, Jorge Omar s/ robo de automotor”, Fallos 314:451 (1.991).

C.S.J.N., “Bramajo, Hernán Javier S/ Incidente de Excarcelación”, Causa B. 851. XXXI, de 12 de septiembre de 1.996.

C.S.J.N., “Giroldi”, Fallos 318:514 (1.995).

C.S.J.N., “Miguel Ángel Espósito”, Fallos 327:5668 (2004). L.L., 2005-C-1.

C.S.J.N., “Sánchez Reisse”, Fallos 321:1328 (1.998).

C.S.J.N., “Tristán Brocate”, Fallos 10:338 (1.871).

C.S.J.N., “Trusso”, Fallos: 326:4604 (2.003).

C.S.J.N., “Estévez”, Fallos 320:2105 (1.997).

C.S.J.N., “Fiscal c. Vila, Nicolás y otros”, F. 329.XXIX, (1.996).

C.S.J.N., “Aidée Parada v. Luis Elías Norambuena”, Fallos 315 :727 (1.992). LL 1992-D, 30.

C.S.J.N., “Nicolaidés, Cristino s/incidente de excarcelación”, Fallos 327:496 (2.004).

C.S.J.N., “Arancibia Clavel”, Fallos 302:973 (1.980).

C.F.Cas. Penal, Sala III, “Macchieraldo”, L.L. 2005-B-206.

C.F.Cas. Penal, Sala II, “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, Acuerdo nro. 1/2.008. en Plenario nro. 13, 30 de octubre de 2.008.

C.F.Cas. Penal, Sala II, “Aparicio, Patricia Aurelia y otros s/ recurso de casación”, causa nro. 15.792, abril de 2.013.

C.F.Cas. Penal, Sala II, “Aranda, María Inés s/ recurso de casación”, causa nro. 4039, registro nro. 5346, 28 de noviembre de 2.002.

C.F.Cas. Penal, Sala III, “Minervini, José Horacio s/rec. de casación”, Reg. nro. 856/05, del 11 de octubre de 2.005.

C.F.Cas. Penal, Sala III, “Chabán, Omar Emir s/rec. de casación”, Reg. nro. 1047/05 del 24 de noviembre 2.005.

C.F.Cas. Penal, Sala III, “Rivero, Jorge Horacio s/ recurso de casación”, Reg. nro. 269/05, del 14 de abril de 2.005.

3. Provincial.

T.C.P.-P.B.A., Sala I, “P., H. A. S/ Recurso de Queja”, Causa nro. 44.511, Registro Interno nro. RSD-684-11, 14 de Julio de 2.011. Recuperado el 14 de Junio de 2.015 de: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=43694>

T.C.P.-P.B.A., Sala I, “Prieto, Edgardo Raúl, S/ Recurso de Casación”, Causa nro. 38.702, Registro de Presidencia nro. 1.345, 22 de diciembre de 2.009.

T.C.P.-P.B.A., Sala III, “P., O. R., S/ Recurso de Casación”, Causa nro. 10.692, Registro de Presidencia nro. 38.180, 15 de septiembre de 2.009.

T.C.P.-P.B.A., Sala III, “P., R. O. S/ Habeas Corpus”, Causa nro. 39.375, Registro Interno nro. RSD-1037-9, 22 de Diciembre de 2.009. Recuperado el 14 de Junio de 2.015 de: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=45341>

T.C.P.-P.B.A., Sala III, “V., J. S/ Recurso de queja”, Causa nro. 47.223, Registro Interno nro. RSD-844-11, 6 de Julio de 2.011. Recuperado el 14 de Junio de 2.015 de: <http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=104123>

T.C.P.-P.B.A., Sala VI, “G., S. M. s/ Recurso de casación”, Causa nro. 54.927. Recuperado el 7 de junio de 2.016 de: www.casi.com.ar/sites/default/files/54927.doc

J.G. nro. 1, Departamento Judicial Zárate-Campana, Provincia de Buenos Aires, “Inc. de Excarcelación Extraordinaria de José Jacinto Arce”, causa nro. 6.843, resolución de noviembre de 2.010. Recuperado el 22 de mayo de 2.016 de: <http://www.cij.gov.ar/nota-5626-Caso-Galliano--concedieron-la-excarcelaci-n-extraordinaria-a-Arce.html>