

RODRIGUEZ LUCIANO MARTIN



TRABAJO FINAL DE GRADO

"CRITERIOS DE APLICACION DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA.

*"La razonabilidad del plazo de detención y
el peligro procesal"*

Trabajo Final de Graduación

Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera de Abogacía

Año 2017

AGRADECIMIENTOS

Simplemente a mi mamá por su lucha interminable.

"Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar"

Michel Foucault, *vigilar y castigar* (1926-1984).

RESUMEN

La cantidad de detenidos sin condena que se encuentran a la espera de una resolución que ponga fin a la incertidumbre ha sido, y sigue siendo una cuestión pendiente por parte de la justicia. El derecho a la libertad como derecho fundamental de toda persona muchas veces puede ser vulnerado por situaciones admitidas por el ordenamiento jurídico. Que puede llevar al dictado de prisión preventiva amparado en el peligro procesal de una persona. Esto puede generar un uso indiscriminado de la prisión preventiva por parte de jueces y fiscales.

Por ello se plantea la necesidad de contar con un plazo de detención razonable que perjudique lo menos posible a la persona, que de acuerdo a nuestra Constitución Nacional es considerada inocentes hasta que se demuestre lo contrario y es en este punto donde se genera la problemática que gira en torno al encarcelamiento, aunque sea preventivo de una persona inocente.

Palabras claves: prisión preventiva - proporcionalidad - excepcionalidad - razonabilidad - principio de inocencia.- peligro procesal.

ABSTRACT

The number of undocumented detainees awaiting resolution ending the uncertainty has been, and remains, a pending issue on the part of justice. The right to freedom as a fundamental right of every person can often be violated by situations admitted by the legal system. That can lead to the dictation of preventive custody protected in the procedural danger of a person. This can generate an indiscriminate use of pretrial detention by judges and prosecutors.

For this reason, it is necessary to have a reasonable period of detention that damages as little as possible the person, who according to our National Constitution is considered innocent until proven otherwise and it is at this point that the problem arises that Revolves around imprisonment, even if it is preventive of an innocent person.

Key words: Preventive detention - proportionality - exceptionality - reasonableness - principle of innocence .- procedural danger

ÍNDICE

Introducción.....	9
Capítulo I: LA COERCIÓN PROCESAL. IMPLICANCIAS CONCEPTUALES.....	12
1. Concepto y fundamentos.....	13
2. El cambio de paradigma de la represión.....	16
3.El sistema procesal en la provincia de Córdoba.....	16
4.La prisión preventiva: Concepto y generalidades.....	16
4.1. Presupuestos para su procedencia.....	17
4.2. Forma y trámite.....	19
4.3.Principios que rodean la prisión preventiva.....	20
4.3.1. Provisionalidad.....	20
4.3.2. excepcionalidad.....	21
4.3.3 Proporcionalidad.....	22
4.3.4.Principio " <i>favor libertatis</i> ".....	22
4.3.5.Principio " <i>Pro Homine</i> ".....	23
5.Introducción al plazo razonable.....	23
6.Cómputo de la prisión preventiva.....	29
7.Finalización de la prisión preventiva.....	30
Capítulo II. MARCO REGULATORIO Y LAS GARANTIAS QUE PONEN UN LÍMITE A LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	32
1. Marco regulatorio en nuestra Constitución Nacional y provincial.....	33
2.Regulación en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.....	38
3.La relación entre la prisión preventiva y el Código Penal.....	40
4. La libertad en el ámbito internacional.....	41
5.La Convención Americana de Derechos Humanos.....	41

6.El informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	44
7.El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	47
8.La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	47

CAPITULO III. EL PELIGRO PROCESAL COMO FUNDAMENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA NECESIDAD DEL PLAZO RAZONABLE.

1.El peligro procesal.....	51
1.1 El peligro de fuga.....	54
1.2 El entorpecimiento en la investigación.....	55
1.3.El comportamiento del imputado durante el proceso.....	55
1.4 La obstaculización de la actividad probatoria.....	55
1.5 La gravedad de la pena que se espera.....	56
1.6 Presunción de que el acusado ha cometido un delito.....	57
2.La razonabilidad del plazo y el peligro procesal.....	58
3. El control Judicial.....	59
4. El computo de la prisión preventiva y su relación con los condenados con sentencia firme.....	60
5.La duración de la detención mientras se resuelve la prisión preventiva.....	61
6. Cuando el plazo se vuelve irrazonable.....	62

CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....65

1. CSJN. Verbitsky Horacio/ Habeas Corpus. mayo de 2005.....	67
2..CNCP, Díaz Bessone, Ramón s/recurso de casación. octubre de 2008.....	70
3.CSJN; Loyo Frayre, Gabriel Eduardo s/ p.s.a estafa reiterada, marzo de 2014.....	73
4.CIDH; López Álvarez Vs Honduras. febrero de 2006.....	76
5.CIDH; Asto y Ramírez Rojas Vs Perú. 2005.....	77
6.CIDH; Tibi Vs Ecuador, septiembre de 2004.....	77

2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.....	78
2.1. TSJPC; Abuso sexual calificado con acceso carnal, recurso de Casación, 2014.....	79
2.2.TSJPC;BSD: p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal, Casación. 2014.....	80
2.3.TSJPC; Corbalán, Marcelo Eduardo, p.s.a. violación de domicilio, recurso de Casación. 2014.....	81
CAPÍTULO V: MEDIOS ALTERATIVOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA, EN BUSQUEDA DE DESALENTAR SU EXCESIVO USO.....	83
1.En búsqueda de la extinción de la prisión preventiva.....	84
2.Lugar adecuado de detención.....	87
3.Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre medidas privativas de libertad.....	89
4.Medidas alternativas a la prisión preventiva.....	89
4.1Regulación legal.....	92
4.2 Probation.....	93
4.2.1 Requisitos para solicitarla.....	93
4.3 Detención domiciliaria.....	94
4.4 Control electrónico.....	95
5.La prisión preventiva y la influencia de los medios de comunicación.....	95
6.La responsabilidad de los jueces en la prisión preventiva.....	95
Conclusiones.....	98
Bibliografía.....	102

Introducción

A diario vemos en los medios de comunicación la cantidad de detenidos sin condena que se encuentran alojados en establecimientos carcelarios no preparados para recibir a personas en dicha situación, y que quedan expuestos a riesgos de lo que significa la vida intramuros (enfermedades, vejaciones, golpes etc.). Todo esto mientras se define su situación procesal, lo cual deviene en una superpoblación carcelaria, hacinamiento, agravamiento del sistema penitenciario y sobre todo la incertidumbre y el miedo que le genera a la persona, la posibilidad de ser condenado.

Una vez que es detenida su vida cambia de forma radical, desde una simple rutina de trabajo, hasta su situación familiar que se ve estigmatizada por algo del cual aun no ha sido condenado.

En una interesante entrevista que se le realizó al por entonces juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el Dr. Eugenio Zaffaroni quien planteaba, a nuestro entender acertadamente que:

El juez penal no debe hacer política criminal y no es el encargado de bajar los índices delictuales, solo investiga y eventualmente aplica una pena a un hecho disvalioso; no previene delitos, solo reprime conductas. Por lo cual no se puede pretender que mediante el aislamiento lograr una paz social que claramente corresponde al Estado¹ (Zaffaroni, 2007).

Como lo explica Maier, la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en la materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena. (Maier, 2003).

El problema de investigación que se aborda en este trabajo consiste en el siguiente interrogante: ¿Cuáles son los criterios estrictos de procedencia de la prisión preventiva? y ¿A que se considera como plazo razonable de detención?

¹ , Entrevista, Zaffaroni, diario de Chubut, miércoles 21 de febrero de 2007. Recuperado: <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2048>

Además, por un lado se plantea un objetivo general: Examinar los criterios de aplicación de la prisión preventiva, haciendo foco en aquellos puntos que a nuestro entender muestran gran controversia como lo es el peligro procesal y la razonabilidad del plazo de detención. ¿Cuál es el criterio para establecer que un plazo es razonable?, ya que la persona en ese intervalo se encuentra privada de su libertad siendo inocente.

Por otro lado, se plantean objetivos específicos que son, Examinar el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los criterios de aplicación de la prisión preventiva, analizar doctrina y jurisprudencia nacional y provincial referida a la pena privativa de libertad, enunciar la relación de la prisión preventiva y su relación con el código penal, conocer las limitaciones que la ley penal le pone al código procesal penal y por último, describir las medidas alternativas no privativas de libertad.

Para poder responder a los interrogantes que se van planteando a lo largo del presente trabajo, como por ejemplo ¿existe un excesivo uso por parte de los jueces y fiscales de la prisión preventiva?.¿Cuáles son los criterios jurídicos específicos para dictar el peligro procesal, y por ultimo nos gustaría en este camino, aclarar conceptos, profundizar conocimientos, poder llegar a concluir si realmente hoy en día con los avances tecnológicos, las mejoras de las comunicaciones, la apertura mental a nuevas doctrinas se podría prescindir de la prisión preventiva y si no es así relegarla solo a excepcionalísimos casos.

La importancia de la temática elegida, responde a la búsqueda de profundizar conocimientos en la problemática referida a la aplicación de la prisión preventiva en primer lugar, ya que todos estamos seguros de que no tenemos la intención de cometer un delito, asimismo no estamos exentos de ser sospechosos en algún momento de nuestras vidas de haber cometido algún ilícito. Es por ello de debemos tener normas claras que permitan a quien sea investigado contar con medidas alternativas que permitan evitar un encierro preventivo con las consecuencias que la misma acarrea, desde tener contacto con cárceles y presos condenados con sentencia firme, hasta ser víctima de vejaciones y contraer enfermedades.

En el desarrollo del presente trabajo se expondrán cinco capítulos tendientes a orientar al lector respecto de la problemática planteada, dando lugar a la conclusión.

El desarrollo del capítulo I , refleja aquellos aspectos referidos a las medidas de coerción dentro del cual aparece la prisión preventiva, presupuestos de la prisión preventiva, procedencia de la prisión preventiva , el peligro procesal, la razonabilidad del plazo y lo cambios de paradigmas.

El capítulo II aborda la cuestión referida al marco regulatorio tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional a través de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a aquellas medidas que ponen un límite a la aplicación de la prisión preventiva, tanto en el Código Penal como el Código Procesal Penal de la Nación.

El capítulo III se abordarán los fundamentos que hacen a la prisión preventiva, el desarrollo detenido del peligro procesal y sus formas, como así también la necesidad de un plazo razonable de detención que no colisione con los derechos y garantías constitucionales y la problemática que gira en torno al cómputo de la misma.

En el capítulo IV el lector se va a encontrar con aquellos fallos jurisprudenciales que abrieron el camino a un nuevo paradigma a la hora de la aplicación de la prisión preventiva como medida de coerción y pusieron un freno al excesivo uso.

El capítulo V se desarrolla en conceptos tendientes a desalentar el uso de la prisión preventiva ofreciendo desde nuestro lugar medios y herramientas alternativas que, con el correr del tiempo, el avance de la sociedad y las tecnologías logren correr del centro de atención a este medio de coerción que tanto mal ha hecho y aun sigue haciendo.

Capítulo I

La Coerción Procesal

"Implicancias conceptuales"

1. Concepto y Fundamentos.

El poder de coerción es el poder de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de de administración de justicia. Es la presión que se ejercita sobre el libre albedrío.²

Lo que caracteriza a la coerción procesal es la posibilidad con la que cuenta el estado de ejercer la fuerza pública, en palabras del doctor Cafferata Nores:

"Esta idea comprende tanto su utilización directa (detención del imputado) como la amenaza de aplicarla (citación bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública en caso de no comparecer..". (Cafferata Nores, 2004, pág. 354).

Y para garantizar los fines del proceso, es que el Estado a través de los órganos judiciales competente busca el descubrimiento de la verdad y para ello, cuenta con diversos medios, desde el allanamiento, la apertura de la correspondencia, embargo de bienes en caso de una coerción patrimonial, pero sobre todo puede restringir, privándolo de su libertad.

Es necesario entender varios términos que se van a mencionados a lo largo del desarrollo del presente trabajo y el cual se pretende, que el lector se familiarice con los mismos. Uno de ellos es el carácter excepcional de las medida restrictiva de libertad; Ya que constitucionalmente el hombre es un ser que goza de libertad antes, durante y hasta el momento en que una sentencia declare su culpabilidad.

Ratificando lo plantado por el Dr. Vivas Ussher, que:

"Existe un escalonamiento coercitivo compuesto por medidas de diversa intensidad, que pone de manifiesto el derecho del imputado, a la coerción menos grave, que prohíbe al "reo" restricciones a su libertad, que so pretexto de precaución exceden los límites de la necesidad".(Vivas Ussher, 1999, p. 123).

Así el art, 269 del CPP. de la provincia de Córdoba, establece que la restricción de la libertad sólo se impondrá en los limites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Ratificando que, mientras más grave sea la restricción que la medida de coerción importe, mayor deberá ser lo que se deberá probar de

² Ver enciclopedia jurídica

su participación, cuestión que ratificamos , ya que, para detener a un imputado es suficiente que las pruebas existentes hasta ese momento suministren motivo bastante para sospechar su participación punible en un delito (CPP, 272); para la incomunicación (que es una forma agravada de detener) se "exigen motivos bastantes para temer que el imputado entorpezca la investigación". (CPP, 273); en cambio para sostenerlo a prisión preventiva se requieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable, (CPP, 281); para la aprehensión policial o particular, "flagrancia" (CPP, 275, 276 y 279).

Parafraseando al autor, esto demuestra que las medidas de coerción para neutralizar la peligrosidad procesal se "clasifican" teniendo en cuenta la intensidad con la cual se ataca dicho peligro ya sea baja, media o alta intensidad, produciendo gradualmente una restricción a su libertad ambulatoria y respetando la indispensabilidad de su aplicación (CPP, 269) buscando el menor perjuicio a la persona.(Vivas Ussher, 1999, p 123)

Asimismo con razón ha sostenido el autor:

"Que todas las medidas de coerción comparten una finalidad común de neutralizar el peligro procesal, para de ese modo llegar a la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva en el juicio previo..". (Vivas Ussher, 1999, p. 124).

lo que debemos fundamentar, es si realmente para la averiguación de la verdad, se puede avasallar derechos reconocidos constitucionalmente y por organismos internacionales, justificando los medios abusivos, aunque la ley claramente prescriba en el último párrafo del art. 269 de nuestra Constitución Provincial(...)" que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados". Reputación que en muchos casos se arrebatada del seno de una familia a una persona sin manchas, que por alguna razón, valedera según la frialdad del articulado crean sospecha de delincuencia, aun en casos leves y que al final del proceso puede ser declarado inocente.

Otro tema no menos importante es aquel que se desarrolla en el art. 270 del CPP. que establece la posibilidad a la persona de comenzar a intervenir en el proceso y ejercer su derecho de defensa, evitando así tener que soportar medidas de coerción, es lo que comúnmente conocemos como " estar a derecho", igualmente nada impide que luego de la presentación por disposición de la autoridad judicial resulte detenido basado en elementos de

convicción suficiente para sostener como probable la participación de imputado en el hecho investigado ,como veremos a continuación tratando detalladamente este instituto tan cuestionado y muchas veces mal usado llamado prisión preventiva.

2. El cambio de paradigma de la represión.

De acuerdo a lo que plantean la mayoría de los autores hoy estamos en presencia de un cambio de paradigma, un sistema de carácter "mitigado". Para poder entender debemos comenzar este trabajo obligadamente desarrollando el concepto del sistema inquisitivo es decir cuando las facultades de acusar, de defensa y de decisión recaen en manos de una misma persona, el juez no es neutral y justifica su actuación en el "triunfo de la verdad" .El imputado es considerado culpable hasta que demuestre su inocencia, situación que lo coloca en un estado de indefensión ante al juez por el poder que este acumula.

Existe un presunción de culpabilidad, que hace que el proceso en si sea un castigo anticipado. La prisión preventiva es una regla y no una excepcionalidad. Es un proceso estigmatizante, como describe el Dr. Cafferata Nores ,que la coerción procesal, será utilizada como pena anticipada respecto del imputado, castigando así la mera sospecha. (Cafferata Nores 2004)

Por otro lado en el sistema acusatorio, el acusado goza de la presunción de inocencia y la única forma para acreditar la culpabilidad es la prueba. En este sistema claramente adversarial, tanto fiscalía como la defensa se encuentran en igualdad de condiciones frente al juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve.

Este sistema surgió para poner un límite al poder del estado y evitar abusos y arbitrariedades las funciones de acusar, defender y juzgar se encomiendan a sujetos diferenciados e independientes entre sí; el imputado es considerado sujeto del proceso, garantizando su derecho de defensa. (Cafferata Nores, et al., 2004).

Como Síntesis de sistemas antes mencionados es que surge el "sistema mixto" o como muchos lo llaman " inquisitivo mitigado", sistema que rige en Argentina, salvo excepciones parciales, como los CPP de las provincias de Buenos Aires, Tucumán y Córdoba. (Cafferata Nores, et al., 2004).

Tal como lo desarrolla el autor, y a nuestro entender correctamente, que este nuevo paradigma esté, "diseñado" sobre la base del equilibrio sobre el monopolio del uso del poder

penal y la fuerza por parte del Estado, y las herramientas acordadas al ciudadano para requerir la intervención estatal en protección o restauración de sus derechos vulnerados por el delito, para limitar aquel poder, prevenirse o defenderse de sus excesos. (Cafferatta Nores, et al., 2004).

3. El sistema procesal en la provincia de Córdoba.

Siguiendo al Dr. Corbalán quien explica claramente que:

En la regulación de los códigos procesales argentinos podríamos distinguir tres etapas: la anterior a la reforma "cordobesa" del 39 donde se entendía que toda persona imputada estaría por regla en "prisión preventiva"; una segunda que comienza con la aparición del "Código de Córdoba", donde esta situación se modifica admitiendo el encierro preventivo para los casos donde la imputación traía aparejada pena privativa de libertad no alternativa con multa. En aquellos delitos donde procedía el encierro, se los distinguía entre delitos "graves", inexcusables, y delitos "leves" excusables. Los códigos modernos aceptan la lógica de la medida cautelar detallando cuales son las causas por las que se puede imponer prisión preventiva.(Corbalán, 2010).

En la provincia de Córdoba para decidir si se llega a juicio plenario o no, existe una fase procesal previa en la que se realiza una serie de diligencias y actos procesales destinados a discriminar cuales causas reúnen los requisitos de ley para llegar a una acusación y cuáles no. Esta fase es ocupada en nuestra provincia por la investigación penal preparatoria.

En el modelo cordobés la investigación penal preparatoria, en cuanto a etapa del proceso no es esencial pero si fundamental, ya que tiene como finalidad dar una base a la acusación o al sobreseimiento es decir obtener elementos de convicción suficientes para enjuiciar al imputado o evitar su enjuiciamiento. (Vivas Ussher, 1999).

4 .La prisión preventiva. Concepto y generalidades.

La prisión preventiva es una medida de carácter excepcional dispuesta por el órgano judicial posterior a la declaración del imputado y solo cuando haya cierta probabilidad de autoría con el hecho atribuido y existan sospecha de el sindicado culpable pudiere evadir el

proceso o entorpecer la investigación. Configura un "estado" privativo de la libertad ambulatoria. (Cafferata Nores, et al., 2004).

En palabras del Dr. Vivas Ussher:

Es el encarcelamiento que se impone al imputado de un delito reprimido con pena privativa de libertad antes de la sentencia firme, por no poderse neutralizar su peligrosidad procesal con otro tipo coercitivo menos lesivo, y al solo efecto de cautelar el correcto descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto. Lo que produce es la privación de la libertad ambulatoria al imputado y que en principio durará hasta la finalización de la causa penal, hasta que se haya dictado sentencia (de sobreseimiento, absolutoria o condenatoria) de fondo.(Vivas Ussher. 1999, pág. 147)

Algo que debe quedar en claro es, que debe existir una sospecha sustantiva acerca de la participación del imputado en el hecho punible. Si no se determina que existe una probabilidad de participación personal del imputado en un acto delictivo, la medida de coerción procesal pierde todo sustento.

En consecuencia para poder privar anticipadamente la libertad del imputado, el órgano acusador estatal debe contar con elementos de prueba que indiquen una gran probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible (Bigliani, Bovino, 2008).

4.1. Presupuestos para su procedencia.

Para comenzar a comprender este instituto debemos partir de aquellos requisitos para su procedencia.

a) *Fumus bonis iuris*: probabilidad del imputado de haber participado en la comisión de un delito.

b) *Periculum in mora*: traducido en la sospecha de fuga o evasión del imputado ya sea para eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación penal preparatoria (Cafferata Nores, et al., 2004).

Se atiende a la necesidad procesal (garantizar los fines del proceso) , que surge frente a la factibilidad objetiva de la presunta existencia de uno o más delitos de acción penal pública conminados con pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo.

El CPP. establece que la privación de la libertad (por aplicación de la prisión preventiva) requiere como elementos de tipo coercitivo:

- Elementos de convicción suficiente, esto quiere decir que debe haber evidencia de carácter suficiente, a nuestro entender deben ser de carácter suficiente y no una simple sospecha.
- Un estándar convictivo de probabilidad (para sostener como probable) sobre todos los elementos del delito (la participación punible del imputado en el hecho investigado).
- Un requisito más que importante es el que determina que el delito por el cual la persona es perseguida deba tener una pena privativa de libertad.
- Que exista peligro procesal, tema que se desarrollará con más profundidad en capítulos siguientes.
- La persona debe poder ejercer su derecho de defensa.

Y queremos quedarnos con una frase del Dr. Vivas Ussher quien ha entendido que:

Todas estas son condiciones necesarias pero no suficientes para el dictado de la prisión preventiva; de manera tal que si alguna de ellas no concurre en la causa no se prosigue a analizar la o las siguientes, pero concurriendo todas no necesariamente corresponde dictar la prisión preventiva.(Vivas Ussher, 1999).

Es por ello que uno de los puntos principales de este trabajo es el que se refiere al peligro procesal, ahora bien, ¿cómo sabemos si un sujeto va a entorpecer el accionar de la justicia?. Existen determinadas pautas o indicadores que pueden ser indiciarios de que el imputado va a eludir el accionar de la justicia o entorpecer sus investigaciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en diversos fallos que en caso, ya sea que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o que intente obstaculizar la investigación, autoriza la imposición del encarcelamiento preventivo. Ningún otro fundamento puede legitimar esta medida. Se descarta expresamente la posibilidad de fundar

la prisión preventiva en criterios tales como la "alarma social" o la "persecución social del hecho", la peligrosidad del imputado o el peligro de reincidencia.

Nuestro sistema normativo describe claramente, la presunción de inocencia y la existencia de un juicio previo y solo reconoce la restricción de la libertad personal tal como ha sido desarrollado. Solo se restringe para salvaguardar la llegada al juicio en el que, por sentencia se declara la obtención jurisdiccional de los fines procesales de la averiguación objetiva de la verdad y la actuación de la ley sustantiva. (Vivas Ussher, 1999).

Queda claro también que se rechaza el "derecho penal de autor" (considerar las características personales del imputado) para fundar la medida cautelar y la gravedad del delito.

Otro de los puntos a tener en cuenta es, lo que puede ocurrir en caso de que la persona tenga una condena anterior que no esté prescripta, en este caso el fiscal o el juez en su caso, y luego de haber analizado el caso concreto, podrá determinar la prisión preventiva. Puede considerar que se producirá un peligro de fuga o un entorpecimiento basándose en una posible condena. Esto mismo fue planteado por la Corte Europea quien estableció, que el riesgo de fuga no puede ser establecido únicamente con base en la severidad de la eventual sentencia, sino que debe considerarse en conjunto con otra serie de factores relevantes. La expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevantes, mas no decisivos en sí mismos, en ausencia de otros elementos el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías. La sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga. (CrEDH, Piruzyan Vs Armenia, n° 33376/07,junio de 2012)³.

4.2. Forma y trámite.

En los casos de la investigación penal preparatoria, la prisión preventiva podrá ser ordenada por el fiscal de instrucción mediante decreto fundado conteniendo, bajo pena de nulidad:

- Los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo.
- Una sucinta enunciación de los hechos.

³ Ver fallo CrEDH, Piruzyan Vs Armenia, n° 33376/07,junio de 2012

- Los fundamentos de la decisión.
- La calificación legal del delito, con cita de las disposiciones aplicables.
- La parte resolutive.

En el término de diez días, contados desde la declaración del imputado, el fiscal decretará la prisión preventiva cuando concurren las causales del art. 281 del CPP. El imputado y su defensor podrán oponerse a la medida (CPP,338) ocurriendo al juez de instrucción para que controle la medida cautelar, lo que hará en el término máximo de tres días mediante auto, el que será apelable.

En el caso de la investigación jurisdiccional, bajo los mismos requisitos pero mediante auto, el juez de instrucción podrá dictar la prisión preventiva si se tratara de persona con privilegio constitucional, el juez solo puede dictarla previo allanamiento de la inmunidad. (art. 16).La resolución se dicta en el término de diez días contados desde la declaración del imputado o de la comunicación de remoción de la inmunidad (art. 336 y 345). El juez la dicta por auto, mientras que el fiscal de instrucción por decreto fundado. (Cafferatta Nores, ed., et. la. 2004).

4.3. Principios que rodean la prisión preventiva

4.3.1.Provisionalidad.

Existen una serie de principios dedicados a limitar las medidas de coerción y una de ellas está en el carácter de provisionalidad. Se refiere a aquellas exigencias y deberes que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento preventivo, estos deben subsistir durante el encarcelamiento.

Lo que se quiere expresar es que deben subsistir todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad de ordenar la privación de la libertad, por lo cual si una de ellas desaparece la detención se vuelve ilegítima. Este concepto debe ser claramente identificado por el lector, ya que es un punto de inflexión para poder conocer y comprender, cuando se transgrede los límites de la legalidad de detención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo a nuestro entender ejemplar y paradigmático entendió:

La prisión no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia. Lo cual contradice principios generales del derecho universal. (CIDDDH, Instituto de reducción de menores Vs Paraguay, 2 de septiembre de 2004).⁴

4.3.2.Excepcionalidad

El principio fundamental que regula el encarcelamiento preventivo durante el proceso es el de excepcionalidad. coincidiendo con razón con lo planteado por el Dr. Bovino:

"este carácter excepcional surge de la combinación entre el principio de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria...". (Bovino, 2004).

Este principio lo que busca es evitar que la detención sin sentencia sea usada como castigo y prevenir su aplicación en caso de infracciones leves, con base en meras sospechas. Adelantando una pequeña conclusión de los principios que rodean a la prisión preventiva hay que recordar que nuestro Código no acepta la aplicación de esta medida cautelar para hechos que no sean sancionados con pena privativa de libertad esto quiere decir aquellas que recaen en una multa o inhabilitación. Como así también delitos en los que proceda la condenación condicional.

El carácter excepcional de la detención procesal está establecido en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, en su art. 9, n°3 que dispone:

La prisión preventiva no debe ser la regla genera. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención".

En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, por lo cual la persona tendrá derecho a la espera del juicio en libertad.

⁴ Ver fallo CIDDDH, Instituto de reducción de menores Vs Paraguay, 2 de septiembre de 2004

4.3.3 Proporcionalidad.

Este a nuestro entender es el principio más importante en orden a la prisión preventiva. Cuando nos referimos a proporcionalidad quiere decir, la relación que debe existir entre la pena amenazada y la coerción procesal aplicada, en este sentido el art. 270 del CP.:

Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.⁵

Este principio demuestra que debe existir un equilibrio entre la coerción aplicada a la persona, con respecto al delito por el cual es perseguido. Existen muchos medios menos lesivos que pueden y obviamente deberían aplicarse en lugar de la prisión preventiva buscando evitar lesionar lo menos posible, aunque debería decir, no lesionar derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución Nacional.

4.3.4 El principio " *Favor Libertatis* "

Es aquel por la cual todos los institutos procesales deben tender a la declaración de certeza de la no responsabilidad del imputado; y concierne, no ya al estado de libertad personal, sino a la declaración de certeza de una posición de mérito con relación a la *notitia criminis*.⁶

Este principio es considerado un aspecto más del principio *in dubio pro reo*, que establece que en caso de duda llevará siempre una decisión a favor del imputado.

⁵ Ver Código penal de la Nación.

⁶ Virgolini Julio, " El derecho a la libertad en el proceso penal", editorial Némesis 1984 pág. 52.

4.3.5 El principio " *Pro Homine* "

Este principio ampliamente reconocido y desarrollado, considerado un estandarte a la hora de la defensa del individuo, se refiere a, que en caso de interpretación, será aquella que resulte más favorable al individuo, en caso de disposiciones que le reconozcan o acuerden derechos. En el mismo ámbito se refiere a la aplicación de la ley más favorable al imputado, siempre se tendrá en cuenta la que sea mejor o en todo caso menos lesiva si nos referimos por ejemplo a la prisión preventiva como última y más gravosa medida de coerción

De esta forma, si una norma interna nacional asegura uno de los requisitos del debido proceso legal de una manera más beneficiosa para él peticionario que una internacional o provincial debe prevalecer su aplicación, pues no se trata de enfrentar el derecho interno con el internacional ni la legislación provincial con la nacional o segregar la naturaleza de las normas, sino receptor el principio que se encuentra arraigado en de derecho de todos los tiempos.⁷

5. Introducción al plazo razonable

La duración excesiva de un proceso no solo lesiona el derecho del imputado a ser juzgado rápidamente , sino que también afecta a todos y cada uno de sus derechos fundamentales y las garantías procesales reconocidas en la Constitución.

El artículo 7.5 de la convención Americana sobre derechos Humanos establece que toda persona " tendrá" derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que toda persona que es detenida debe ser llevada sin demora ante un juez para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

"El límite temporal del encarcelamiento preventivo, reconoce el derecho del imputado a ser puesto en libertad si no es juzgado y condenado por sentencia firme en un plazo razonable" (Bigliani, Bovino, 2008).

⁷ Albanese Susana, "la prisión preventiva, el plazo razonable, las vías ordinarias y extraordinarias y el principio "Pro Homine".(2004)

Es decir que el imputado sea llevado a juicio en un "plazo razonable" y en caso contrario, a recuperar su libertad ya que el principio de inocencia exige que se respete el derecho del imputado durante el procedimiento penal hasta que se le imponga una sentencia firme.

Con mucho criterio han sostenido Bigliani y Bovino:

El estado cuenta con un periodo limitado para proteger los fines del proceso mediante la coerción cautelar. Si el estado en ese plazo no puede obtener una sentencia condenatoria firme, se extingue la facultad de restringir la libertad ambulatoria del imputado y debe dejarlo en libertad. (Bigliani, Bovino. 2008).

Ahora bien uno de los temas más importantes a nuestro criterio y el cual genera un mayor foco de atención gira en torno al plazo razonable y lo más complicado es determinar ¿Cuándo el plazo es razonable?. La Comisión señaló que el principio de proporcionalidad impone a los estados la obligación de establecer un límite temporal a la duración del encarcelamiento preventivo, superado este límite temporal, el encarcelamiento preventivo debe cesar, es decir debe disponer la libertad del imputado, pero no se limita solo a este punto en particular sino que, plantea la posibilidad de sustituirla por medios menos lesivos.

Puede existir al momento de solicitar la libertad por agotamiento del "plazo razonable" si continúa el peligro procesal, porque en caso contrario la medida deja de ser legítima por el simple hecho de que uno de los presupuestos por el cual se dicta la prisión preventiva (peligro procesal, peligro de fuga) deja de subsistir.

Siguiendo el pensamiento de los autores:

Una vez concedida la libertad, no resulta posible ordenar nuevamente la detención del imputado, pues el Estado ya ha agotado íntegramente su facultad de encarcelar a esa persona, jurídicamente inocente sin haber obtenido una sentencia condenatoria firme en su contra. (Bigliani, Bovino. 2008).

Si el peligro de entorpecimiento de la investigación o de fuga serían argumento para poder mantener el encarcelamiento procesal, a cuya duración la ley impone un plazo máximo no puede volver a reinvocarse.

De todo lo anterior expuesto nos queda claro que una vez vencido el plazo considerado razonable, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la prisión preventiva, deberá ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas, pero en todo caso deberá disponer la libertad. (Bigliani, Bovino. 2008).

Como vimos el objetivo principal de establecer un límite temporal para que el Estado prive de su libertad a personas inocentes además, de garantizar los fines del proceso y la búsqueda de la verdad, es que este plazo sirva como tope ya que no puede extenderse indefinidamente lo que produciría un roce muy grande con el principio de inocencia y de libertad ambulatoria.

Otro de los temas importantes es determinar cuando un plazo de duración del encarcelamiento preventivo deja de ser razonable. Debemos tener en claro que hay países que no han regulado en su derecho interno el concepto de "plazo razonable" de la detención preventiva, que aquellos que, en cambio, sí han adoptado normas jurídicas que regulan expresamente este instituto.

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 7, inc.5), la CN (art. 75 inc. 22), la ley nacional 24.390 y la constitución provincial (art.39 y 42) hacen referencia al plazo razonable. Tanto la ley nacional como el art. 1 del CPP se ha cuantificado en dos años dicho plazo y, considerando como plazo máximo de la medida cautelar. Este plazo máximo del cual veníamos manifestando se computa luego de muchas contradicciones con respecto al momento en el cual comienza a correr dicho periodo corresponde desde el primer acto del procedimiento hasta que la sentencia adquiera firmeza.

No es posible extender la prisión preventiva mas allá de los plazos máximos de duración previstos por el sistema constitucional so pretexto de que el imputado, en el caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia.

En palabras del informe 35/07⁸⁸ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Si bien la existencia de un plazo no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por

⁸⁸ Informe n° 35/07, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.553, Peirano Basso, República Oriental del Uruguay.

encima de ese término, la detención es ilegítima siempre. Debajo de él habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es ilegítima (CIDH. 2007).

La Comisión estableció en dicho informe, un criterio guía para la determinación del plazo razonable cuando éste no ha sido regulado legalmente. Cabe aclarar que el hecho que exista un plazo máximo de tiempo que el Estado puede detener a un inocente, esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable.

Como conclusión podemos expresar que aquel proceso cuya tramitación supere el plazo razonable, es decir su duración se vuelva excesiva se produce una lesión a los derechos del imputado, derechos reconocidos y amparados por nuestra Constitución.

Si bien ha existido un avance en la uniformidad de criterios a la hora de limitar el tiempo de detención producto de la prisión preventiva, colocando en dos años (prorrogado a tres años), no es menos importante considerar que ese tiempo en que la persona se encuentra privado de su libertad, no solo se encuentra apartado de la sociedad, de sus afectos, de su trabajo, de una vida la cual a partir de ese momento cambia radicalmente. Y si a todo esto se adhiere el hecho de ser alojado en establecimientos penitenciarios comunes, en condiciones como las que se encuentran nuestras cárceles, que en lugar de re socializar son un foco de nuevos delincuentes, este periodo de detención de vuelve aun mas engorroso.

Muchas veces este encierro se extiende durante toda la duración de la causa a la espera de un juicio oral, recorriendo instancias a la espera de una decisión que ponga fin al calvario de la espera por una pena que visiblemente sea equivalente al tiempo del encierro preventivo. No nos queda otra cosa que decir que: "lo que para unos es "plazo razonable" para la persona detenida inocente, es más que eso, es la perdida de mucho más, es la "rotulizacion" de su vida, que ni la instancias de responsabilizar al Estado podrá recomponerla.

La Convención Americana de Derechos Humanos en virtud de la reforma constitucional de año 1994, ha adquirido jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75 inc. 22, que establece en su artículo 7º, punto 5, el derecho de toda persona a ser "juzgada dentro de

un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que se continúe el proceso". Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Nuestro país por medio de la ley 24.390⁹ reglamentó el art. 7° punto 5¹⁰ de la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 9 de dicha ley. Ahora bien todo esto nos lleva a preguntarnos ¿cuál es el plazo razonable de encarcelamiento preventivo?. En el fallo de la CSJN en la causa " Firmenich, Mario Eduardo" del 28 de julio de 1987¹¹, interpretó que la razonabilidad a que alude el Pacto, no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años debiendo estar siempre relacionado el juicio a pronunciarse, con las circunstancias concretas de cada caso para resolverse.

Así lo manifiesta con mucho criterio el Dr. Bidart Campos:

La ley establece el plazo máximo de prisión preventiva jurídicamente admisible. Por debajo del plazo será el juez quien determinará de acuerdo a circunstancias particulares de la causa, si el tiempo que la persona se encuentra en prisión preventiva es razonable o no de acuerdo al art. 7° inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos." (Bidart Campos. 1995 p 1).

Coincidiendo con las palabras del Dr. Bidart Campos quien acertadamente describe que no toda detención por un periodo menor al fijado por la ley es plazo razonable. La ley solo indica el plazo máximo razonable para la prisión preventiva. Este es un punto clave a tener en cuenta con respecto al plazo de detención. Tema que será desarrollado detenidamente en capítulos posteriores.

"La fijación de límites temporales absolutos para la duración del encarcelamiento preventivo, ya había sido requerida por nuestra doctrina con anterioridad a la sanción de la ley". (Maier, 1989, pag.295).

Desarrollando el articulado de la ley 24.390 se puede decir que: la prisión preventiva no podrá exceder los dos años, a su vez la misma ley autoriza la extensión de la misma un

⁹ Ley 24.390, plazos de la prisión preventiva, 2 de noviembre de 1994.

¹⁰ Pacto de San José de Costa Rica, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

¹¹ CSJN, Firmenich, Eduardo s/ recurso de hecho.

año más teniendo en cuenta la complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo de dos años. El art. 2 proroga la detención de la prisión preventiva por seis meses más para los condenados sin sentencia firme.

Es importante comprender que corresponde a las provincias establecer el plazo razonable de duración de la prisión preventiva.

"El término prisión preventiva, no debe entenderse en un sentido técnico, sino abarcativo de todo el periodo de privación efectiva de la libertad, ya sea ésta consecuencia de una prisión preventiva propiamente dicha, de arresto o detención". (Vélez Mariconde, 1981, pág. 515.).

Para considerar cumplido el plazo de dos años, no es necesario que la privación de la libertad haya sido en forma ininterrumpida ni por una misma causa. La propia ley al contemplar en el mismo artículo la pluralidad de delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas, está demostrado que los dos años de prisión preventiva pueden ser el producto de detenciones sufridas en causas diferentes y por distintos delitos (Domínguez Henaín, 1996).

En caso de la complejidad del caso por distintas circunstancias el juez puede realizar una prolongación de la prisión preventiva por un año más. El juez que lo disponga deberá hacerlo mediante una declaración fundada, y deberá comunicar de inmediato al tribunal de apelación para su contralor.

Es de recordar que, la causa Firmenich del año 1987, la CSJN, consintió la restricción a la excarcelación, cuando a pesar de haber transcurrido dos años, existía la posibilidad objetiva de que, de otorgarse la libertad, pueda intentar burlar la acción de la justicia y con ello impedir la concreción del derecho material.

La Corte señaló que cuando las características del delito que se imputa, las condiciones personales del encartado y la pena con la que se reprime, guarden estrecha relación con la posibilidad de que pueda intentar burlar el accionar de la justicia y con ello impedir la concreción del derecho material, deberá denegarse el beneficio solicitado. (CNCC, fallo 310:1476, Firmenich, Mario Eduardo, sala 1, 11 de diciembre de 1986).

6. Computo de la Prisión preventiva

El tan desarrollado artículo 18 de nuestra Constitución Nacional dice que las cárceles serán limpias y sanas, para seguridad y no para castigo de los reos y vemos que en la práctica muchas veces se aplica para seguridad de las personas, justamente de manera contraria al espíritu de la ley. Por lo cual solo para no existe una norma que autorice a restringir a una persona de su libertad si no se dan las condiciones planteada anteriormente es decir un peligro procesal concreto. Ahora lo que debemos comprender, es a partir de qué momento comienza a computarse el plazo de prisión preventiva. Para ello debemos recordar el art. 24 del Código Penal, el cual suscribe:

La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.¹²

Prescribe el modo de computar la detención sufrida durante el proceso, ya que en los casos en que recae sentencia condenatoria ,aquella debe ser descontada de la pena impuesta, incluso si esta última no es privativa de libertad.

Es necesario recordar que la ley 24.390 había nacido como una forma de reparar la cantidad de detenidos que se encontraban sin condena, tal vez en forma errónea buscarle una solución al flagelo de la superpoblación carcelaria. A la hora de su derogación se planteaba un interrogante con respecto a la violación de la detención en un plazo razonable establecido por el Pacto de San José de Costa Rica, finalmente se eliminó el cuestionado doble cómputo y se introdujo una instancia de control al accionar de los jueces. Los jueces que tengan a una persona detenida más de dos años sin sentencia deberán elevar un informe al Consejo de la Magistratura explicando por qué no se resolvió la causa hasta ese momento. Lo mismo deberán hacer cuando ese detenido sea puesto en libertad. Con esos datos, el Consejo de la Magistratura deberá elaborar un registro de imputados con sentencias demoradas, listado que deberá hacerse público anualmente. Los jueces que incurran en demoras injustificadas pueden ser pasibles de sanciones. A nuestro criterio uno de los puntos más importantes de la reforma de la ley 24.390 por medio de la ley 25.430 es la derogación del artículo n° 7:

¹² Ver Código Penal, computo de la prisión preventiva.

Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

7. La finalización de la prisión preventiva.

A lo largo del presente capítulo se desarrolló aquellos criterios a la hora de decretar el encierro preventivo de una persona pasando por el peligro procesal en sus distintas formas, ya sea la obstaculización de la investigación o el peligro de fuga, la necesidad de un plazo razonable de detención respetando los derechos y garantías establecidos en nuestra carta magna, evitando así roces con el principio de inocencia.

Es necesario conocer las formas de conclusión de la prisión preventiva, ya que la misma puede darse de forma definitiva, es decir por el dictado de la sentencia de sobreseimiento, absolutoria o condenatoria. En este último caso cesará si se impone una sanción no privativa de libertad, o si se da por compurgada la pena de prisión o reclusión aplicando el art. 24 del CP, o se ordena la ejecución condicional del art. 26 del CP, o se convierte la pena de prisión o reclusión.

Terminará de modo provisional cuando se la deje sin efecto por recuperación de libertad (CPP, 280) , cesación (CPP 283), en cualquiera de las cuatro hipótesis previstas en la norma o cuando se produzca la evasión del imputado del establecimiento en el que se hallase detenido (CCP,86)

Con muy buen criterio ha sostenido el Dr. Cafferata Nores

"cuando se dispone su cesación en virtud de haberse diluido el presupuesto probatorio exigido, o de haber desaparecido los riesgos que la motivaron, o haberse extinguido el término máximo autorizado para su duración. (Cafferata Nores, 2004 pág. 393).

Tanto los casos de flagrancia como de detención, el CPP prevé, como forma de corregir eventuales excesos o incorrecciones en la limitación de la libertad ambulatoria, el instituto de la "recuperación de la libertad" (CPP, 280). Existen tres causales y todas ellas tienen en común la ausencia de peligrosidad procesal.

" En los casos de aprehensión en flagrancia o detención, se dispondrá la libertad del imputado, cuando:

1) Con arreglo al hecho que apareciere ejecutado, hubiere correspondido proceder por simple citación (271, primera parte).

2) La privación de la libertad hubiera sido dispuesta fuera de los supuestos autorizados en este Código.

3) No se encontrare mérito para dictar la prisión preventiva".

En el presente capítulo se trataron los medios de coacción con los que cuenta el Estado y el escalamiento que se produce en torno a la aplicación de dichos medios, desde los más simples o mejor dicho menos violentos hasta aquel más gravoso y humillante como es la prisión preventiva. También se destacaron aquellas condiciones o requisitos que deben darse a la hora de la detención preventiva, dejando en claro que deben existir motivos de convicción suficiente, no debe ser una simple sospecha, ya que de los que se está privando es del bien tal vez más importante luego del derecho a la vida.

Para finalizar este capítulo queremos dejar una pequeña reflexión con respecto a la aplicación de la prisión preventiva, rescatando los pequeños avances que se han producido a lo largo de la historia en nuestro ordenamiento jurídico, produciendo un cambio de paradigma con respecto a la aplicación en forma de regla de la prisión preventiva a un carácter, "excepcional", el cual no se cumple como debería pero, ha contribuido a un avance. Por otro lado la proporcionalidad sustento fundamental de la prisión preventiva, es decir debe existir un respeto absoluto y una unificación de criterios con respecto a este tema por parte de jueces y fiscales a la hora de una detención preventiva, un delito menor no puede y no debe ser de aplicación de esta medida porque en consecuencia el remedio puede ser peor que la enfermedad.

En el siguiente capítulo el lector se va a encontrar con el marco regulatorio que gira en torno a la prisión preventiva como así también las garantías que protegen al imputado desarrollando la más importante como es el tener un juicio justo y un debido proceso. Invitando al lector a conocer aquellos aspectos que hacen a la protección de la libertad.

Capítulo II

Marco regulatorio y las garantías que ponen
un límite a la prisión preventiva

1.Marco regulatorio en nuestra Constitución Nacional y Provincial

Este capítulo es de suma importancia porque va a permitir al lector comprender cuales son las garantías constitucionales que ponen un límite a la prisión preventiva, y que a su vez generan una fricción con la misma.

No es nuestra intención adentrarnos de lleno en la controversia que viene de larga data sobre la presunción de inocencia y la prisión preventiva pero si debemos desarrollar brevemente la problemática para conocer porque hoy en pleno siglo veintiuno se convalida la detención de una persona inocente aún en plazos considerados para algunos como "razonable".

Que mejor que comenzar con la palabra "*libertad*" que se encuentra en el preámbulo *"..asegurar los beneficios de la libertad"... y luego reaparece en el art 14 "..profesar el libre culto". pero en el art. 19 de la CN sin mencionar la palabra libertad, la encontramos cuando dice las acciones privadas de los hombres que de ningún..."*

La libertad es un valor fin que ocupa la cúspide en el contexto con otros valores que pueden ejercerse. La misma tiene distintos aspectos en la Constitución Nacional ya sea como libertad civil (pensar, querer, ejecutar), libertad de conciencia, libertad de culto etc.

La presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales que posee una persona imputada por la comisión de un delito, ya que nuestra Constitución así lo prescribe en su art. 18:

"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. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos¹³(...)".

Del articulado podemos extraer una serie de principios y que hacen a las garantías del proceso y que a nuestro entender podemos dividir en tres grandes grupos; Las que son:

¹³ Ver Constitución de la Nación Argentina, art 18, principio de legalidad

- a) El debido proceso.
- b) El juicio previo.
- c) El juez natural.

Como sabemos estas garantías deben estar en todo proceso no solo en el derecho penal sino también en el derecho civil, administrativo etc. Este debido proceso es el derecho a ser oído y que incluye en si misma varios aspectos a tener en cuenta:

- a)La defensa propiamente dicha.
- b)La posibilidad de ofrecer pruebas.
- c)El derecho a ser juzgado por un juez de la ley.
- d)Al derecho a tener una sentencia fundada.

Otro aspecto es el referido al juicio previo es que debe estar fundado en ley, anterior al hecho del proceso. Es decir que la persona debe tener conocimiento claro de lo que es acusado y las leyes deben estar previamente identificadas como así las consecuencias de su violación.

Así como ha entendido el Dr. Claria Olmedo quien dice que:

"mientras tanto una persona no sea declarada culpable por sentencia firme, todos los habitantes de este suelo gozan de un "estado de inocencia", desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período de investigación hasta la sentencia penal condenatoria." (Claria Olmedo, 2002 ,pág. 231).

Asimismo el Dr. Julio Maier, afirma en coincidencia:

Que la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena .(Maier, 1996).

Solo el Estado a través de sus órganos predispuestos puede determinar mediante un juicio previo tal como lo establece el artículo 18 de nuestra Carta Magna antes mencionada y respetando el debido proceso determinar si una persona es culpable del delito que se le imputa, hasta tanto la misma es inocente.

Hasta el momento podemos adelantar que solo el estado mediante sus órganos predispuestos puede privar a una persona de un bien, sino el máspreciado luego de la vida, claro está; Mediante un juicio fundado en una ley anterior al proceso y que dicho juicio debe garantizar la defensa del mismo. Pero puede ocurrir que para garantizar el normal desarrollo del juicio, evitando que el imputado entorpezca la investigación, coincidiendo con lo que establece el Dr. Cafferata Nores al plantear que:

Solo la necesidad de evitar aquellos riesgos que pueden producirse por el imputado y que pueden poner en riesgo la búsqueda de la verdad es que la propia Constitución autoriza el arresto del sospechoso (art.18 y 69 ,CN) , este poder de arresto solo se debe poner en manos de órganos judiciales (única autoridad competente en el juicio previo).(Cafferata Nores, 2004).

Se admite la limitación de la libertad ambulatoria solo en periodos que, a nuestro entender sean más breves que aquellos que vamos a desarrollar más adelante como "plazo razonable".

Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe¹⁴.

Este artículo se refiere claramente que para que exista una sanción penal debe haber una exteriorización de las acciones, ya que no se pueden juzgar pensamientos, por eso es que los pensamientos solo están reservados a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados. También el artículo 75 inc. 12¹⁵ hace referencia, de alguna manera a la posibilidad de conocer los códigos de fondo que dicta el congreso, como una de sus atribuciones en búsqueda de

¹⁴ Ver Constitución de la Nación Argentina, art. 19, principio de reserva.

¹⁵ Ver Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 12. Atribuciones del congreso

ampliar la libertad de las personas. Estos códigos deben ser conocidos por todos y aplicados por jueces federales o provinciales según a quién corresponda.

Después de la reforma del 94, el art. 75 inc. 22¹⁶, sienta como principio general el de la supra legalidad de los tratados internacionales. Vemos, que son numerosos los artículos de nuestra Constitución Nacional que, ya sea en forma expresa o tácita hacen referencia a la libertad y a las formas en la cual una persona puede ser privado de ella pero no es la única.

La Constitución Provincial en su art. 42 también hace referencia a la privación de la libertad durante el proceso, haciendo hincapié en su carácter de excepcional y siempre que no exceda el término máximo fijado por la ley. Término máximo que desarrollaremos en capítulos siguientes. Pero existe un fragmento del artículo en la cual queremos detenernos para que podamos comprenderlo, y para ello es necesario dividirlo en dos partes:

"siempre que existan elementos de convicción suficientes de participación en un hecho ilícito y sea absolutamente indispensable para asegurar la investigación y la actuación de la ley".

La pregunta a intentar responder es: ¿siempre se cumple a la hora de detener a una persona por la supuesta participación en un hecho ilícito, los elementos de convicción suficiente? ;O muchas veces existe una detención preventiva, sin aun habiéndose verificado dichos elementos?.

Y por otro lado, la frase: " absolutamente indispensable", aludiendo claramente a la detención, y aquí creemos que muchas veces se produce la detención y no es absolutamente indispensable, sino que podría ser una habitualidad que se viene dando a lo largo de los años. Considerar a la prisión preventiva una regla y no una excepción.

Artículo 43: (incomunicación)

La incomunicación sólo puede ser ordenada por el juez para evitar que el imputado entorpezca la investigación y no puede exceder de dos días. Aún en tal caso queda garantizada la comunicación con el defensor inmediatamente antes de la realización

¹⁶ Ver Constitución de la Nación Argentina, art 75, inc. 22. tratados con jerarquía Constitucional.

de cualquier acto que requiera la intervención personal de aquél. Rige al respecto, el último párrafo del artículo anterior.

Artículo 44: (Custodia de presos y cárceles).

Todo funcionario responsable de la custodia de presos, al hacerse cargo de los mismos, debe exigir y conservar en su poder la orden de detención o prisión; a él corresponde su custodia, con exclusividad. Es responsable de la detención o prisión indebida.

Los reglamentos, de cualquier lugar de encarcelamiento, deben atender al resguardo de la salud física y moral del interno, y facilitar su desenvolvimiento personal y afectivo. Prohibida la tortura o cualquier trato vejatorio o degradante, el funcionario que participe en ellos; no los denuncie, estando obligado a hacerlo, o de cualquier manera los consienta, cesa en su cargo y no puede desempeñar otro por el término que establece la ley.

Los encausados y condenados por delitos son alojados en establecimientos sanos, limpios y sometidos al tratamiento que aconsejan los aportes científicos, técnicos y criminológicos que se hagan en esta materia. Las mujeres son alojadas en establecimientos especiales y los menores no pueden serlo en locales destinados a la detención de adultos.

Artículo 47:(Habeas Corpus)

Toda persona que de modo actual o inminente sufra una restricción arbitraria de su libertad personal, puede recurrir por cualquier medio, por sí o por terceros en su nombre al juez más próximo, para que tome conocimiento de los hechos, y de resultar procedente, mande a resguardar su libertad o haga cesar la detención en menos de veinticuatro horas.

Puede también ejercer esta acción quien sufra una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin detrimento de las facultades propias del juez del proceso. La violación de esta norma por parte del juez es causal de destitución.

2. Regulación en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba

Estas medidas cautelares expresadas anteriormente son un medio que, tienden a evitar los peligros que pueden obstaculizar alcanzar los fines del proceso, protegen el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. En primer lugar hay que hablar de excepcionalidad situación expresada en reiteradas ocasiones; La regla es la libertad de la persona durante el proceso principio ampliamente desarrollado y aclarado en puntos anteriores. La duración queda subordinada a la necesidad de su aplicación y mantenimiento es decir que si se produce la desaparición de la razón de su imposición deberá cesar dicha medida.

La existencia de un plazo razonable (dos años, prorrogable un año más), situación a nuestro entender muy controvertida que desarrollaremos en puntos siguientes en profundidad. Aunque debe existir una interpretación restrictiva de cada caso y situación particular del imputado.

Otro de los artículos que se refiere a la libertad de la persona es el 268 del código procesal penal de nuestra provincia, artículo que plantea una serie de requisitos que debe cumplir aquella persona a la cual se le atribuya la participación en un delito, para gozar de libertad durante el proceso penal entre ellos deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria.
- 2) Fijar y mantener un domicilio;
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen.
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse ante la autoridad los días que ésta fije, cumplir con el uso de dispositivos electrónicos en casos de violencia de género o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.

Artículo 269.- (Restricción a la libertad)

La restricción a la libertad solo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aún en los casos previstos en el artículo 281 de este Código. Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados.

Artículo 270- (Mantenimiento de libertad)

Toda persona que se creyere imputada en una investigación, podrá presentarse, personalmente o por intermedio de un tercero, ante la autoridad judicial competente a fin de solicitar el mantenimiento de su libertad. En esa oportunidad podrá asimismo prestar declaración.

Se procederá con arreglo a lo dispuesto por el artículo 268, salvo que corresponda la aplicación del artículo 272. Regirá el artículo 278 in fine.

Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (338). La resolución de éste se Si la petición fuese denegada por el Fiscal de Instrucción, se podrá ocurrir ante el Juez (338). La resolución de éste será apelable.

La ley establece el modo de restringir la libertad ambulatoria a una persona , por sometimiento a la prisión preventiva, cuando objetivamente el fiscal (o el juez en su caso) verifique la existencia de los requisitos previstos por el art. 281 del CPP.

Artículo 281.- (Prisión preventiva)

Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto:

1) Si se tratare de delitos de acción pública reprimida con pena privativa de libertad y no aparezca precedente, *prima facie* la condena de ejecución condicional.(Código penal , art. 26).

2) cuando procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación.

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

Se diferencian los presupuestos en el primer párrafo, la utilización del pronóstico punitivo objetivo como única referencia de peligrosidad (inc.1) y otras hipótesis de peligrosidad procesal (inc2).

Presupuestos establecidos por el estatuto procesal son:

- Estado convictivo (elementos de convicción suficiente)
- declaración del imputado de conformidad con las reglas de los art. 306 y cc. del CPP.
- El pronóstico punitivo como única referencia de peligrosidad procesal
- Siempre que una pena cuyo mínimo supere los tres años de prisión.
- Nunca si el delito imputado esta conminado en abstracto con una pena no privativa de libertad.

Es de destacar la reforma del art. 281 del CPP de la Provincia de Córdoba, que a partir del caso Loyo Frayre, Gabriel Eduardo p.s.a¹⁷, estafa reiterada. se establecieron criterios objetivos que deben tenerse en cuenta, no solo las cuestiones que rodean al hecho delictivos sino que deben considerarse las condiciones personales del sujeto afectado por la medida de coerción, y la posibilidad de que ellas sean evaluadas por un tribunal superior.

3. La relación entre la prisión preventiva y el código penal

Con mucha razón ha sostenido el Dr. Vivas Ussher que:

La prisión preventiva adquiere carácter de indispensable en el caso concreto para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley (CPP,269). Existe una relación directa con la ley de fondo cuya aplicación

¹⁷ ver CSJN, Loyo Frayre, p.s.a, estafa reiterada. 2014

pretende, de manera que nunca podrá ir más allá de los límites impuestos por el código penal. (Vivas Ussher,1999)

Es por ello que el poder legislativo mediante la atribución de dictar los códigos de fondo, lo que permite conocer los delitos y las penas en caso de violación a las normas; Y a su vez, poner un freno a la aplicación de la prisión preventiva en aquellos delitos de ejecución condicional. Justamente para evitar el encierro de personas por un escaso plazo de tiempo que puede llegar a producir un colapso en el sistema carcelario con todo lo que ello implica.

4. La libertad en el ámbito internacional.

Son numerosos a nivel internacional los convenios realizados entre estados como así también recomendaciones en relación al tratamiento de una persona que es sometida a un proceso penal; Ello incluye, desde el inicio del proceso teniendo acceso al conocimiento de la acusación del delito por el cual es perseguido, la comunicación, acceso a un abogado defensor y sobre todo lo relacionado con su situación de libertad.

Se ha realizado una selección de aquellos que consideramos puntos de partida en la forma de tratamiento de una persona perseguida por un proceso penal y para ello me parece importante comenzar la Convención Americana de derechos Humanos.

5.Convención Americana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969¹⁸ en San José de Costa Rica fue aprobada mediante la ley 23.054 donde se consagraba:

El derecho a la libertad personal (artículo 7)

- 1) Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal
- 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.
- 3)Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

¹⁸ https://www.oas.org/.../tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos

4) Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5) Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6) Toda persona privada de su libertad tiene el derecho a recurrir ante un juez o un tribunal competente a fin de que éste decida sin demora, sobre la legalidad de su arresto, o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza. Dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7) Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial dictados por incumplimiento de derechos alimentarios.

Garantías judiciales (artículo 8)

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia

Toda persona que es perseguida por un delito solo puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de ser perseguida sean delito, coincidiendo con aquello que establece el principio de legalidad y reserva de nuestra carta magna. Lo mismo ocurre al impedir que una persona se le pueda imponer una pena más grave que aquella que se establecía en el momento de cometerse el hecho delictivo.

Por último y para finalizar vale decir que, admite la posibilidad a toda persona a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.¹⁹

6.El informe 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Pareció interesante incluir en este capítulo el informe de la Comisión Interamericana la cual declaró la responsabilidad internacional del estado Uruguayo por haber vulnerado los derechos, a no ser detenido ilegalmente, a no ser detenido más allá de un plazo razonable. A partir de ella se desarrollaron criterios para poder limitar la aplicación del encarcelamiento preventivo, sobre todo con respecto al plazo de detención cautelar, ofreciendo herramientas a fin de lograr que los estados cumplan con los estándares internacionales mínimos en dicha materia. Se buscaba limitar la privación de la libertad al menor tiempo posible y con el menor daño hacia la persona.

En este informe realizado por la Comisión toma mayor relevancia por el excesivo abuso de la aplicación del encarcelamiento preventivo, que en las últimas décadas ha ido creciendo, en palabras de Beccaria "una pena que se anticipa a la sentencia."²⁰(Beccaria. 1997)

A partir del caso Peirano Basso del año 2002, caso que se desarrollará en el capítulo siguiente por ser considerado piedra fundamental del cambio de paradigma respecto al plazo de detención, pero brevemente podemos adelantar que se dispuso la prisión preventiva justificada en la " gravedad de los delitos imputados" y el su "repercusión social". Es así que se comienza a hablar de los principios limitadores del encarcelamiento preventivo tales como la provisionalidad y excepcionalidad, como así también se admite la legitimidad de la medida cautelar solo cuando se busque evitar el peligro procesal y se deja de lado fundamentaciones como la peligrosidad del imputado o la repercusión social del hecho delictivo.

Es decir que tal como lo han sostenido Bigliani, Bovino:

¹⁹ Convención Americana sobre derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969

²⁰ Beccaria, C. (1997). De los delitos y las penas. Buenos Aires. Ed. Altaya

"para que la prisión preventiva sea legítima debe verificarse que existan elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado"
(Bigliani, Bovino, 2008, pág. 21)

Uno de los puntos a nuestro criterio más sobresalientes del informe, es la necesidad de existencia de una sospecha fundada en la participación de hecho delictivo por parte de la persona, ya que de no existir la misma carece de sustento. También descarta la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como la "alarma social" o la "repercusión social del hecho" vale decir que en caso de hacerlo estaríamos frente a una verdadera pena y no a una medida cautelar.

Por último hace referencia a la finalidad procesal y la restricción de la libertad, la misma puede ser limitada por causas puntuales como el entorpecimiento en la búsqueda de la verdad o el riesgo de fuga, criterio establecido en el art. 8.2 de la convención.²¹.

Con la misma idea del Dr. Binder quien considera que:

El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Se debe reconocer, además , que el peligro de obstaculización de la investigación no sólo puede existir en mayor medida en las etapas iniciales del procedimiento, sino que éste puede ser neutralizado con mecanismo distintos a la privación de la libertad del imputado (prueba anticipada, protección de testigos etc.). (Binder, 1993, pag.199).

El Estado tiene la potestad para prever que una persona puede entorpecer la investigación y es por ello que debería anticiparse a dicha posibilidad empleando medios desde los más simples como la presentación en un juzgado, hasta el seguimiento y monitoreo utilizando medidas tecnológicas actuales y ayornándose a métodos lo menos invasivo posible para la persona detenida. Y es por ello que consideramos que el entorpecimiento no puede constituir fundamento para encarcelar a una persona si puede funcionar como medio necesario pero no suficiente.

²¹ CIDH, Caso Suarez Rossero (Ecuador), sentencia del 12 de noviembre de 1997.

Asimismo el informe se refiere en un apartado al tema de la presunción del peligro procesal y de las circunstancias objetivas y ciertas que, en el caso concreto, permitan formular un juicio sobre la existencia probable del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción.

Con mucha razón han sostenido los Doctores Bigliani y Bovino que:

El peligro de fuga o de la frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas, es decir que el Estado debe cumplir con la obligación de constatar la existencia del peligro procesal basándose en circunstancias objetivas verificadas en el caso concreto. (Bigliani, Bovino, 2008 p. 33)

Por último el tema que a nuestro entender es de central importancia en el presente trabajo es el relativo al plazo detención. A la razonabilidad del mismo entendiendo que la prisión preventiva no deberá durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados.

Pero: ¿cuando un plazo deja de ser razonable?, aquí se refiere a aquellos estados en los cuales no se haya fijado un límite legal objetivo, o en caso de haberlo hecho en aquellos supuestos en los cuales el estándar fijado por la Comisión resulta más beneficioso.

Tal como lo establece la ley 24.390²², una vez vencido el plazo, el encarcelamiento debe cesar. Asimismo la Comisión estableció que no es posible definir el concepto de "plazo razonable" y que los Estados no tienen la obligación de fijar un plazo fijo, es decir queda en ellos mismo determinar un plazo más allá del cual la detención se considere ilegítima. Este es un tema que a nuestro entender genera gran rispidez, al no existir un acuerdo de uniformidad

²² Ley 24.390, plazos de la prisión preventiva, 2 de noviembre de 1994.

de los estados con respecto a lo que se considera un plazo razonable de detención. Pese a los esfuerzos de los organismos internacionales no se ha logrado unificar, solo recomendar.

7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorga una serie de condiciones que le permiten a cada persona gozar de derechos civiles y políticos como así también económicos sociales y culturales²³. Este pacto plantea tanto derechos como seguridades, la imposibilidad de privar a una persona de su libertad, salvo causas fijadas por ley y de acuerdo al procedimiento establecido en esta. La posibilidad de que la persona sea informada de las causas de su detención como así también la posibilidad de acceder a una representación técnica y jurídica. Al igual que tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

Queremos detenernos dentro de la extensión del pacto, al artículo 10 el cual hace referencia al trato humanitario y con respeto a la dignidad que debe recibir todo ser humano. Sobre todo lo referente a la situación de los procesados que deberán estar separados de aquellos que se encuentran condenados. Tener un tratamiento distinto de acuerdo a su condición de persona no condenada. En la mayoría de los casos no se cumple ya que las cárceles se encuentran con un alto porcentaje de personas detenidas a la espera de un juicio y que no tienen un tratamiento diferenciado y se encuentran alojados en los mismos pabellones.

El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

8-Declaración universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue elaborada por representantes de diferentes regiones del mundo. Manifiesta que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección

²³ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (ver extracto pacto internacional de derechos civiles y políticos).

contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación²⁴.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena 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.

El artículo 11 hace referencia a la presunción de inocencia de las personas y el cumplimiento de un juicio público en donde se aseguren todas las garantías de defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

A modo de conclusión parcial es posible extraer varios puntos interesantes, que hacen al conocimiento de principios rectores que rigen en caso de que una persona sea indicada como autor penalmente responsable de un hecho delictivo. Desde la "situación de libertad" que goza una persona, desde el momento de la acusación, así como en el desarrollo del juicio y hasta la sentencia que decida sobre su situación.

Otra cuestión de importancia es el ser sometido a un juicio previo, donde la persona tenga la posibilidad de ser oído, y que el mismo este fundado en una ley anterior al hecho del proceso. Así también rescatar los avances y el intento de unificación de criterios a nivel internacional por parte de los Estados, en busca de lograr un tratamiento que produzca el menor daño posible a derechos y garantías consagrados en pactos internacionales.

Además de suma importancia fue la reforma Constitucional el año 1994 que permitió que los tratados internacionales tengan jerarquía Constitucional y así lograr tener una instancia superior para acceder a la jurisdicción Internacional en caso de no ser atendidos por nuestro Ordenamiento Jurídico.

En el año 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó un lapidario informe con respecto a la situación de la Argentina en la excesiva duración de la prisión preventiva a partir de una innumerable cantidad de denuncias recibidas. Lo que llevó

²⁴ Para ampliar ver: <http://www.derechoshumanos.net>

a la Comisión a concluir, que el Estado Argentino había violado el artículo 7.5 de la Convención Americana, con respecto al plazo razonable de detención en prisión preventiva, por no haber tomado las debidas diligencias en los procedimientos establecidos. Lo que llevó a la Comisión a establecer una serie de recomendaciones para la realización de un proceso ágil, en respeto del debido proceso y el plazo razonable de detención²⁵.

Para finalizar el presente capítulo, corresponde decir que existen tanto a nivel interno como a nivel internacional innumerables normas que hacen a la protección del debido proceso, desde el mismo momento que la persona es privada de su libertad ambulatoria. La obligación de ser informado del delito por el cual es detenido, contar con asesoría letrada, ser llevado de inmediato ante el juez y poder ejercer su derecho de defensa. Pero sobre todo el contar con un plazo de detención razonable que perjudique lo menos posible a la persona, que se restrinja al máximo la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar. Si bien se ha avanzado en algunos aspectos que hacen al tratamiento humanitario de detenidos preventivos, estos pequeños avances en la mayoría de los casos no se ven plasmados como debiera en la práctica tal como el lector pudo apreciar mediante los diversos informes de violación a las Convenciones Internacionales reconocidos en nuestra carta magna en el artículo 75 inc. 22.

En el siguiente capítulo vamos a adentrarnos en aquellos criterios que tanto jueces como fiscales utilizan para decretar la prisión preventiva; lo relativo al peligro procesal y el plazo dentro del cual, una persona puede ser detenida en forma preventiva siempre teniendo en cuenta que ante la mirada de la ley todavía es inocente.

Vamos a dilucidar cuales son los criterios que se utilizan para determinar tanto nivel Internacional como local, cuando un plazo es considerado razonable para detener a una persona inocente. Y si nuestro ordenamiento cuenta con un plazo, dentro del cual es legal la detención preventiva sin caer en un adelantamiento de pena.

²⁵ para ampliar ver: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>

Capítulo III

El peligro procesal como fundamento
de la prisión preventiva y la necesidad
de un plazo razonable de detención.

En este capítulo se va a profundizar en dos conceptos que hacen a la esencia del presente trabajo, por un lado el peligro procesal, al desarrollar aquellos criterios a la hora de su determinación y la influencia de la legislación extranjera, ya sea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como así también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y por otro lado la necesidad de contar con un plazo razonable de detención en busca de encontrar un punto en común con el desarrollo del peligro procesal.

1. El peligro procesal.

Al desarrollar el presente trabajo se ha visto la prisión preventiva en cuanto a la medida más agresiva que puede afectar la libertad del individuo, y ¿Por qué se considera que es la medida más agresiva?, por una simple razón, porque se aplica a una persona que no tiene una sentencia firme que justifique dicha medida. Para comenzar es necesario tener en claro el concepto de peligrosidad procesal, para ello podemos iniciar este camino trayendo a colación numerosos casos en los cuales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos autorizó la restricción de la libertad basándose en el peligro procesal. (TEDH."Martznetter", 10 de noviembre de 1969²⁶, TEDH; Wemhoff, 27 de junio de 1968²⁷).

Como sabemos el peligro procesal constituye el requisito más importante para el dictado de la prisión preventiva por varias circunstancias a tener en cuenta. Por un lado el entorpecimiento de la investigación y por el otro el peligro de fuga, términos que serán desarrollados a continuación y que han sido muy controversiales a la hora de su aplicación y estudio.

Y qué mejor que comenzar con un pasaje del Dr. Vivas Ussher para adentrarnos de lleno en esta problemática:

"Mantener encarcelada a una persona sólo por su peligrosidad criminal es, ni más ni menos que aplicarle una medida de seguridad disfrazada de prisión preventiva o peor aun importa un adelanto de pena que no atiende a la peligrosidad procesal".(Vivas Ussher, 1999 pág. 153)

²⁶ TEDH."Martznetter", 10 de noviembre de 1969.

²⁷ TEDH. "Wemhoff", 27 de junio de 1968.

El art. 281 inc. 2 plantea como condiciones necesarias pero no suficientes, esto es la operación intelectual que legalmente el juzgador debe realizar consiste en "interferir" partiendo de una serie de elementos determinados por la ley que pueden o no estar en la causa. La invocación de la concurrencia de alguna causal restrictiva sólo puede fundarse en las situaciones que son las siguientes:

La falta de residencia, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior o condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal.(Vivas Ussher, 1999).

Cabe recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos admite la posibilidad de privar a una persona de su libertad solo como único fin de neutralizar la peligrosidad procesal, para que el acusado no impida el desarrollo del procedimiento, o para asegurar que el acusado no eluda el accionar de la justicia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos con acierto expresa que:

"Se descarta la posibilidad de fundar la prisión preventiva en criterios tales como la "alarma social", la repercusión social del hecho" o la peligrosidad del imputado o el peligro de reincidencia (CIDH, informe 35/07, párrs.84 y 141²⁸).

Autores como Bigliani y Bovino expresan que:

"Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada"(Bigliani, Bovino, 2008.pág. 25)

El artículo 8.2 de la Convención expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hace referencia a

"la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo

²⁸ ver informe 35/07 Comisión Interamericana de derechos Humanos, 2007.

eficiente de la investigación y que no eludirá el accionar de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva".²⁹(CIDH, Suarez Rosero, párr. 77)

A su vez la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que ni el peligro de fuga ni el peligro de obstaculización pueden constituirse partiendo únicamente de presunciones legales absolutas (que no admitan prueba en contrario), ni relativas (que permitan prueba en contrario, pero que desplazan la carga probatoria al imputado.

Es decir que ya no existirán más los delitos concebidos como "inexcarcelables", toda vez que la pena conminada en abstracto ya no podrá utilizarse como único fundamento para la privación de la libertad cautelar del imputado. (revista de derecho penal, Sánchez Santander, Trombatore, 19 de noviembre de 2015³⁰)

En primer lugar cabe aclarar que él imputado de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico permanecerá libre durante el proceso como regla general, o por lo menos así debería serlo. Sí podrá ser sometido a medidas de coerción como una caución, pero se deberán tener en cuenta cuestiones de carácter objetivo como pueden ser la gravedad de la posible pena, como así también aquellas que hacen a su personalidad es lo que conocemos como subjetivas.

Aquí se plantea una contradicción a nuestro entender con lo que describe el artículo 281 en la parte en la cual dice: "Aún en los casos en que procediendo la condena condicional (pronóstico punitivo de tres años o menos), puede justificarse desde el CPP. la privación de la libertad cuando existan elementos en la causa que permiten inferir que el imputado es peligroso procesalmente (CPP, 281, inc., 2) pese a la levedad del riesgo de pena que afronta (pena de 3 años o menos de prisión), concluyendo que el sospechoso intentará entorpecer la investigación o darse a la fuga. Es decir por un lado tenemos un límite a la prisión preventiva que es la ejecución condicional, pero por otro lado lo autoriza, basándose en el peligro a la investigación o la fuga.

²⁹ Extracto del caso Suarez Rosero, párrafo 77

³⁰ ver. www.derechopenalonline.com, revista de derecho penal, Sánchez Santander, Trombatore, 19 de noviembre de 2015

1.1 El peligro de fuga

La pregunta a responder es claramente ¿Cuándo se está en presencia de un peligro de fuga?. Para entender este interrogante es necesario comprender, que el imputado debe comparecer en el juicio penal, ya que nuestro ordenamiento jurídico exige la presencia del imputado, prohibiendo el juicio en rebeldía. Para determinar que existe un peligro de fuga tanto el juez o el fiscal en su caso deberán basarse en criterios concretos, dejando de lado aquellos criterios abstractos. Deberán considerar las circunstancias particulares del caso; ya sea si el imputado posee domicilio fijo, como así también un trabajo estable y demás elementos que deberán tenerse en cuenta. Tampoco la gravedad de la pena a la que puede ser sometido en caso de ser declarado culpable, esto no puede ser criterio para aplicación del peligro procesal ya que de hacerlo violaría el principio de debido proceso.

En coincidencia con lo planteado por Roxin, si bien el monto de la pena esperada por el detenido como así también la gravedad del delito pueden ser indicios, para considerar que el detenido puede eludir el accionar de la justicia o entorpecer la investigación, a nuestro entender son necesarios considerarlos, más no suficientes ya que deben tenerse en cuenta otros aspectos antes mencionados.

*"el peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso particular."*³¹(Roxin, 2000 p.260).

Adhiriendo a la idea de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien plantea y considera en uno de sus informes, que la posibilidad que el procesado eluda el accionar de la justicia debe ser analizada teniendo en cuenta varios elementos, desde valores morales demostrados por la persona, vínculos familiares etc. Es por ellos que si no existe la posibilidad de demostrar con suficiente evidencia la intención de fuga, la prisión preventiva se vuelve injustificada

³¹ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Trad. de la 25va. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 260.

"la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia."(CIDH. informe 2/97.1997³²)

1.2 El entorpecimiento de la investigación

Otra de las causas para considerar que existe peligro procesal y por la cual se puede privar a una persona de su libertad es, la posibilidad de entorpecer la investigación. Este es otro de los elementos, refiriéndose a la situación en la cual el imputado puede poner trabas a la investigación de diferentes formas, algunas de las cuales veremos a continuación:

En el caso "Chacón"³³, el Tribunal estableció la denegación del cese de la prisión preventiva basándose en la amenazas de testigos, la posibilidad de que el imputado encontrándose en situación de libertad, podía aprovechar esa circunstancia para infundir temor en los testigos de la causa, para mejorar su situación procesal, atentando de esa forma contra el descubrimiento de la verdad. Creemos que en este aspecto el criterio del juez o del fiscal en su caso toman una importancia de carácter sublime, ya que es muy fácil caer en situaciones de carácter abstracto, o que si bien pueden ser indiciario de entorpecimiento, no es tal. como es solo hecho de no poseer trabajo estable o circunstancias que pueden ser relacionadas con su carácter social.

Se deben tener en cuenta a la hora de determinar el peligro procesal situaciones concretas y particulares del imputado, desde su capacidad económica, sus contactos para obstaculizar la investigación, la amenazas a testigos, peritos etc. con la intención de mejorar su situación procesal, es decir a partir del caso "Loyo Frayre"³⁴ se abrió un panorama nuevo con respecto a las circunstancias a tener en cuenta a la hora de determinar la prisión preventiva, ya sea condiciones personales del imputado, su forma de actuar en el proceso, su situación familiar, laboral y social etc.

³² Ver. CIDH. informe 2/97.1999.

³³ TSJPC, Chacón; José Leonardo, cese de prisión, recurso de casación (SAC 1935726), octubre de 2014

³⁴ Para ampliar ver fallo. CSJN "Loyo Frayre" p.s.a estafa reiterada. 2014

1.3 El comportamiento del imputado durante el proceso.

Este concepto está relacionado con la forma o mejor dicho el desenvolvimiento del imputado durante la sustanciación del proceso penal. Esto quiere decir que se va a tener en cuenta la intención de colaboración como así también la voluntad de mismo a la hora de la reparación del hecho dañoso y su actitud en relación a la búsqueda de la verdad.

1.4 La obstaculización de la actividad probatoria

Ha sostenido con acierto el Dr. Julio Cesar Maier:

"La obstaculización de la actividad probatoria ha sido justificativo de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia.(Maier, 1989)³⁵.

Aquí lo que se tiene en cuenta es la conducta activa del imputado, en la alteración de las pruebas que hace al entorpecimiento del cumplimiento de la medida cautelar.

1.5 La gravedad de la pena que se espera

Este punto nos parece de carácter controversial y fue desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 2/97, el cual establece que no basta con la gravedad de la pena a imponerse sino que deberán tenerse en cuenta la posibilidad de que el imputado eluda el accionar de la justicia

"El solo desarrollo de la investigación no puede autorizar a restringir o privar de libertad al imputado para facilitar esta labor, sino que para hacerlo se requieren antecedentes específicos que hagan sospechar su intención de intentar impedir el normal desenvolvimiento del proceso".(STEDH, "Wemhoff" de 27 de junio de 1968, párrafo 14³⁶)

³⁵ MAIER, Derecho Procesal Penal argentino: Fundamentos, el Derecho procesal penal como fenómeno cultural. Tomo I, Vol. B. Hammurabi, Buenos Aires, 1989

³⁶ STEDH, "Wemhoff" de 27 de junio de 1968, párrafo 14

Para poder fundamentar el peligro de obstaculización se requiere que el peligro sea de carácter concreto, y al igual que el peligro de fuga la obstaculización debe verificarse en datos objetivos ciertos relacionados con el imputado.

1.6 Presunción de que el acusado ha cometido un delito

La Comisión Interamericana en numerosos fallos ha considerado que, la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición "*sine qua non*" para continuar la medida restrictiva de la libertad. Tal como hemos venido desarrollando en el artículo 281 del código procesal penal de nuestra provincia, deben existir elementos de condición suficiente para que el juez ordene su prisión preventiva. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo. (CIDH. Informe 2/97. 199737)³⁸.

Para concluir lo desarrollado hasta el momento, adhiriendo a las palabras de los Doctores Bigliani y Bovino quienes con razón han sostenido:

"no existe una presunción de peligro procesal, pues si se permitiera una presunción tal, la exigencia quedaría vacía de contenido, pues se ordenaría la detención aún cuando no exista peligro alguno.(Bigliani, Bovino, 2008, pág.32).

Y siguiendo al pensamiento de los autores:

"No basta entonces con alegar; sin consideración de las características particulares del caso concreto o sin fundamento alguno que, dada determinada circunstancia , el imputado evadirá el accionar de la justicia. (Bigliani, Bovino, 2008 pág. 32).

³⁷ CIDH. Informe 2/97. 1997

³⁸ CIDH informe 2/97 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. La razonabilidad del plazo y el peligro procesal

A esta altura el lector ya seguramente deberá haber asimilado ciertos conceptos y uno de ellos es el referido a la razonabilidad del plazo tema desarrollado en el anterior capítulo. pues bien, como sabemos:

"no se puede extender la prisión preventiva mas allá de los plazos máximos previstos en el sistema constitucional so pretexto de que el imputado en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia..." (Cafferata Nores, 2004. pag.395).

Siguiendo el desarrollo en caso de que se produzca la detención del imputado, bajo el argumento de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, esta detención deberá realizarse por un periodo considerado "razonable", este plazo que en nuestro ordenamiento jurídico es de dos años de acuerdo al artículo 283 inc. 4 del CPP de la provincia de Córdoba.

ARTICULO283

Su duración excediere de dos años sin que se haya dictado sentencia (Artículo 409 1º párrafo). Este plazo podrá prorrogarse un año más cuando se trate de causas de evidente complejidad y de difícil investigación(...).

Ahora bien este plazo máximo no puede volver a reinvocarse argumentando ya sea peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación es decir que deberá adoptar otra media sustitutiva de la prisión preventiva, como así también en caso de desaparecer alguno o todos los argumentos por lo cual el imputado fue privado de su libertad, el mismo deberá ser puesto en libertad aún en el caso de que no se haya cumplido el plazo máximo

Aquí es donde juega un papel importantísimo el tema de la provisionalidad, es decir que se deben verificar todos y cada uno de los presupuestos que llevaron a autorizar el encarcelamiento preventivo, o sea que como decíamos anteriormente si uno de los fundamentos desaparece la detención se vuelve ilegítima.

Como conclusión parcial podemos extraer es que si bien la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado innumerables recomendaciones para que los estados adhieran a tener un plazo de detención máximo, muchos no lo han hecho todavía. Nuestra Provincia en su administración de la justicia establece un máximo de dos años, que si bien

puede ser extensible por la complejidad del caso brinda de cierta forma una seguridad jurídica. Asimismo la razonabilidad del plazo de detención va a estar relacionada con la subsistencia de los elementos que hacen al peligro procesal, es decir la obstrucción de la investigación o el posible peligro de fuga.

3. El control Judicial.

El Tribunal Europeo se pronunció en varios casos sobre el requisito del examen judicial a la hora de una prisión preventiva³⁹, como requisito para examinar periódicamente la necesidad de la detención.

Es razonable, en palabras de la Corte que:

"Un detenido recabe un segundo examen de su detención un mes después del primer examen"⁴⁰, esta es claramente una obligación por parte del Estado de controlar periódicamente los fundamentos que justifican la subsistencia del encarcelamiento preventivo"(CIDH, 2007)

Es así que la Comisión estableció que una vez que desaparezca alguno o todos los fundamentos de la detención deberá ser puesto en libertad caso contrario la detención se vuelve ilegítima como se desarrolló en el punto anterior.

Volviendo al tema de la razonabilidad del plazo lo que se tiene en cuenta es el plazo máximo que se puede tomar para concluir el proceso manteniendo privado de su libertad al imputado. Como sabemos un proceso penal puede durar varios años si su tramitación resulta compleja, lo que no significa que pueda mantenerse privado durante ese tiempo a una persona, es así que como conclusión del análisis podemos decir que el plazo máximo de encarcelamiento durante el proceso no puede vincularse con el delito investigado, ni con la complejidad de la causa

Es por eso que la Comisión insiste hace en la necesidad de que exista un plazo razonable de detención y lo plasma en cada una de sus recomendaciones, así también el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

³⁹ ver caso TEDH ,Bezicheri 25 de octubre de 1989

⁴⁰ Centro de derechos Humanos, derechos humanos y prisión preventiva, p. 45

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable⁴¹(Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos. Art. 9 inc. 3)

Con la misma idea los Doctores Bigliani y Bovino con razón plantean:

"Si el Estado no puede obtener una sentencia condenatoria firme en un plazo razonable, se extingue su facultad de restringir la libertad ambulatoria y debe dejarlo en libertad" (Bigliani, Bovino. 2008 pág. 64)

Aquí comienza a entrar en juego otro criterio muy importante relacionado con el peligro procesal y la razonabilidad del plazo, es el término de la proporcionalidad que se refiere a la relación entre la medida cautelar y el fin perseguido, determinar un límite, superado el cual la consecuencia será la sustitución por una medida menos lesiva o directamente disponer la libertad del imputado.

Por lo tanto una vez concedida la libertad del imputado, no resulta posible ordenar nuevamente la detención, pues el Estado ya ha agotado íntegramente su facultad de encarcelar a esa persona considerada inocente. Es necesario aclarar que por más que el peligro procesal subsista la prisión preventiva no podrá ser dictada nuevamente, se tendrán que poner en consideración otras medidas alternativas, pero no la prisión preventiva justamente basado en la razonabilidad de su aplicación.

4.El computo del plazo de la prisión preventiva y su relación con los condenados con sentencia firme

Como sabemos el plazo máximo de detención de una persona sin condena se traduce a dos años prorrogable por un año más, para ello debemos hacer una pequeña distinción entre el carácter cautelar de la prisión preventiva cuyo objetivo es garantizar los fines del proceso y la pena que si bien es una restricción a la libertad ambulatoria la misma se obtiene a partir de una sentencia firme. Partiendo de esta diferenciación no podemos equiparar un tipo de privación de libertad con otro ni la situación de los "presopreventivos" debería ser igual a la de un preso con condena firme. Desde las condiciones de detención, el lugar en que debe ser

⁴¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3

alojado uno y otro y demás diferencias que deberían haber pero en la mayoría de los casos no se cumple, todo ello teniendo en cuenta que prevalece el principio de inocencia antes y durante el proceso mientras no se demuestre lo contrario.

5. La duración de la detención mientras se resuelve la prisión preventiva

De acuerdo a lo que establece la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su art. 7 inc. 5 establece:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.⁴²

Este artículo refleja dos partes, por un lado el control judicial de la detención y por el otro el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, o caso contrario a ser dejado en libertad.

Cuando hacemos referencia a un control judicial se refiere a ser llevado evitando la arbitrariedad e ilegalidad de la detención, buscando garantizar que se respeten los derechos del detenido.(CIDH, caso Bayarri Vs Argentina, párr. 63. 2001.)⁴³.El tiempo que transcurre desde que una persona es detenida es de suma importancia en el proceso, en este periodo es cuando el imputado tiene del derecho de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad, si el arresto o la detención fueran ilegales. (CADH ,art. 7, inc. 6)

Aquí el Fiscal dispone por decreto fundado la prisión preventiva, el defensor del imputado puede oponerse en el plazo de tres días corridos. Esta oposición se presenta ante el mismo Fiscal que dictó la medida y él la puede revocar. Según lo que decida, el expediente se remite al juez de control.

⁴² Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos art. 7 inc. 5 (derecho a la libertad personal)

⁴³ Ver CIDH, caso Bayarri Vs Argentina, párr. 63.(2001)

Es allí donde el juez toma contacto con el caso y decide a quien de las partes asiste razón. El magistrado tiene un plazo de tres días para resolver. Si el juez confirma la prisión preventiva, el defensor del imputado puede impugnar la resolución y entonces el expediente se eleva a la Cámara de Acusación, con renovados plazos para resolver.

A modo de conclusión y coincidiendo con lo establecido en el Código Procesal Penal, el término se computará desde el primer día de privación de libertad con fines procesales, hasta el momento en que la sentencia condenatoria pase a cosa juzgada, pero excluyendo el tiempo en que el imputado estuvo en libertad así como lo establece el artículo 268 del Código Procesal penal de nuestra provincia.

Pero existe a nuestro juicio, una doble cuestión a tener en cuenta. Por un lado si luego de la encarcelación preventiva el detenido resulta verdaderamente culpable, tiene derecho a que se compute el tiempo transcurrido como parte de la condena en espera. Por otro lado si el imputado resulta ser considerado inocente y de acuerdo al principio de reparación de daño, lo transforma en víctima con derecho a reclamar al Estado una reparación que si bien no subsanará el martirio sufrido, las humillaciones personales y patrimoniales; De alguna manera aminorará semejante perjuicio.

6-Cuando un plazo se vuelve irrazonable.

La lentitud de las resoluciones judiciales no es algo nuevo, ni algo que no se haya dicho, muchas veces por la complejidad de las causas o las relaciones entre causas que producen una dilatación a la hora de una resolución en un plazo normal. Es la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo los lineamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la que ha considerado que se deben evaluar tres cuestiones a saber:

- 1)La complejidad del caso
- 2)La conducta y actitud procesal desplegada por el interesado.
- 3)La conducta y diligencia asumida por las autoridades judiciales competentes en la conducción del proceso.

El artículo 283 inc.4 claramente dice que la prisión preventiva deberá cesar si su duración excede los dos años. Este plazo puede tener una prórroga de un año más cuando el caso sea muy complejo. La prórroga de un año más debe solicitarse ante la sala penal del

Tribunal Superior de Justicia, con los fundamentos que la justifiquen, autorizando el pedido o rechazando si no obedecen a las razones anteriormente desarrolladas por lo que corresponderá el cese de prisión.

Así mismo Carlos Creus sostiene con razón que:

Cuando el tiempo transcurrido resulte innecesario con el fin preventivo, el imputado debe ser absuelto, lo que correspondería, más allá de una solución procesal, sería negar la imposición de una pena pese a la afirmación de la responsabilidad por el hecho ilícito cuando el tiempo transcurrido en proceso haya diluido su eficacia preventiva (Creus, 1997)⁴⁴

La limitación temporal de la perseguibilidad penal esta impuesta por la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) que, prescribe la realización de un juicio razonable (art. 5.5 de la Convención Americana).

*"El vencimiento del plazo establecido en las normas de forma produce la cancelación anticipada de la persecución penal por operar un impedimento de perseguibilidad y, que en consecuencia debe disponer el sobreseimiento". (Zaffaroni, Alagia, Slokar, 2008).*⁴⁵

A modo de conclusión parcial queremos afirmar que tanto nuestra Constitución Nacional como así también los diversos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, exponen claramente la necesidad y a nuestro entender exigencia de que una persona debe ser sometida a un juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso en un plazo razonable. Y vimos en este capítulo que este plazo en nuestro ordenamiento jurídico es de dos años prorrogable de acuerdo a la complejidad que puede abarcar el caso. Pero existe un mal uso por parte de jueces y fiscales de dicho plazo, ya que son numerosos los casos en la cual una persona es privada de su libertad, si bien dentro del plazo razonable, se produce un "mal habito" a nuestro entender de extender el plazo de detención al máximo del mismo establecido; Lo que se quiere expresar es, que muchas veces las condiciones de detención siguen pese a haber cesado el peligro procesal produciéndose un intervalo de

⁴⁴ Creus Carlos, Derecho Penal, parte especial tomo I, reimpresión 1997. Buenos Aires. Ed. Astrea.

⁴⁵ Zaffaroni, Alagia, Slokar, Tratado de derecho Penal , parte general.(2008)

detención arbitraria. Situación que debería ser suplida por otros medios, ya que es el la propia ley la que establece que una vez decretado el fin de la prisión preventiva se deberá optar por otros medios alternativos. De no hacerse, claramente se estaría violando groseramente el principio de libertad de una persona.

Para finalizar este capítulo queremos traer unas palabras del Dr. Francesco Carrara, quien hace una reflexión, a nuestro criterio muy acertada, cierta y sobre todo actual con respecto a concepto de peligro de fuga.

*"el abandono de la patria, de los parientes y de los bienes, me parece cosa mucho más dura que una pena correccional..."*⁴⁶(Carrara, 1874 pág. 69).

En el capítulo siguiente se realizó una selección de casos jurisprudenciales tanto a nivel nacional como internacional que dieron el puntapié inicial, y muchos de ellos lograron un cambio de paradigma. Ya sea en el forma de detención como así también las condiciones en que se produce la misma. Queremos invitar al lector a un paseo para conocer la evolución de las herramientas en defensa de la palabra que tanto ha leído a lo largo del trabajo: "libertad". La humanización de las formas de detenciones y la unificación de criterios en torno al peligro procesal entre otras.

⁴⁶ Francesco Carrara. Opuscoli di diritto criminale, 1874, pág. 69 a 72

Capítulo IV

Jurisprudencia Nacional y la Corte Interamericana

De Derechos Humanos.

Como sabemos toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, pero ¿qué pasa cuando un plazo se vuelve de duración excesiva?, se produce una afectación de sus derechos y garantías constitucionales. Como venimos desarrollando a lo largo de todo el trabajo este plazo razonable debe verse reflejado desde el inicio del proceso tal como lo establece la ley y también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hasta el momento del dictado de la sentencia, buscando así que quien esté sometido a un proceso penal pueda terminar con la incertidumbre de restricción de su libertad.

Muchas veces por la excesiva cantidad de juicios acumulados y las distintas interpretaciones que se realiza del derecho del acusado producen una lentitud en las causas que hacen que el imputado pueda gozar de un juicio justo en un plazo razonable, produciendo una inseguridad jurídica , y como dice el dicho " una justicia lenta no es justicia".

Para ello debemos traer nuevamente a colación el art, 7 inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos:⁴⁷

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Este derecho a ser juzgado en un plazo razonable como lo establece la Corte Interamericana busca impedir que el imputado se encuentre indefinidamente cargando con una acusación no resuelta que claramente vulnera todas las garantías del debido proceso. Es por ello que pone límites al decir que si no es juzgada en un plazo razonable deberá ser puesta en libertad.

El presente capítulo tal como lo anticipamos en la finalización del capítulo anterior se realizó una selección de fallos jurisprudenciales tanto a nivel nacional como así también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A nuestro entender contribuyeron a un cambio de paradigma con respecto a la aplicación y en muchos casos "mal uso" de la prisión

⁴⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969.

preventiva como medio de coacción y junto a ello las recomendaciones de la misma Corte, sobre todo con el tema de la razonabilidad del plazo problema que todavía se encuentra dividido entre aquellos que poseen en su ordenamiento un plazo establecido para la duración de la prisión preventiva y los que no lo tienen.

1. Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*, mayo de 2005.⁴⁸

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2005 emitió una sentencia sobre la condición en la que se encontraban personas detenidas en comisarias en la provincia de Buenos Aires, personas que se encontraban en situación de encierro preventivo a la espera de un juicio. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), interpuso ante el tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires un *Habeas Corpus*, ya que dichas personas se encontraban en lugares no adecuados, y en la cual no se correspondían con su forma de detención.

Este informe describía claramente la situación de dichas personas, que se encontraban en situación infrahumana, en la cual no se garantizaba la alimentación adecuada como así también, los riesgos de ser expuestos de daños físicos de todo tipo. Lo que se buscaba es que el Tribunal se pronunciase a cerca de la ilegitimidad del encierro y obviamente decrete el cese de las detenciones.

La actora fundó la competencia del tribunal de Casación a partir de dos argumentos: por un lado la gravedad institucional del asunto de acuerdo a la jurisprudencia del propio tribunal y por otro lado, la necesidad de tratamiento conjunto y unitario del problema. En los casos en los que se plantearon *habeas corpus* individuales ante los jueces a cargo de las detenciones, el efecto obtenido fue el traslado de internos de un lugar a otro, así se alivió la situación de algunos, pero se agravó la de otros, mientras el problema de fondo se mantuvo.

El Tribunal de Casación se declaró incompetente para tratar la acción, por considerar que su competencia era limitada y no prorrogable, y que no estaba autorizada a suplir a los jueces propios de las causas individuales.

⁴⁸ CSJN "*Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*".(2005). fallos completo. www.saij.gob.ar/...verbitsky-horacio.../123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf.

La presentante impugnó la decisión a través de los recursos extraordinarios de nulidad y de aplicabilidad previstos por la Constitución de la provincia de Buenos Aires y el Código Procesal Penal local. Sostuvo que el Tribunal de Casación omitió el tratamiento de una cuestión esencial, relativa a la gravedad o interés institucional de la situación.

Reiteró que el intento de resolución individual se veía frustrado porque la resolución individual de un caso afectaba necesariamente la situación de las demás que personas que padecían la misma situación, generando evidentes problemas de igualdad. Y agregó que también militaban a favor de una acción colectiva razones de economía procesal, que la hacían preferible por sobre la multiplicidad de acciones individuales.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires por voto de la mayoría de sus miembros, declaró inadmisibles los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley interpuestos. Ese tribunal sostuvo que la acción no encuadraba en los supuestos de competencia del Tribunal de Casación penal, y que la decisión no cancelaba definitivamente los respectivos procesos principales, ni la posibilidad de que los magistrados de las respectivas causas respondieran a la pretensión de la actora.

Contra la decisión de la Corte Suprema provincial, la actora interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la queja tratada por la Corte Suprema. Señaló que el artículo 43 del texto constitucional reconoce legitimación a entidades no gubernamentales como el CELS para accionar en forma colectiva en representación de un grupo o clase de personas que necesitan especial tutela.

La resolución de la Suprema Corte provincial debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal, dado que causaba un agravio de imposible o insuficiente reparación.

El 9 de febrero de 2004, el Procurador General de la Nación consideró que el recurso era formalmente admisible, y que debía hacerse lugar al recurso y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado.

Antes de resolver, la Corte Suprema convocó a las partes a dos audiencias públicas, realizadas en 1ro. de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005. El Ministerio de Justicia presentó un informe del que surgió la existencia de un incremento importante en el número

de detenidos a la espera de juicio en la jurisdicción, agravado por el abuso de la utilización de la prisión preventiva.

Reconoció la superpoblación del sistema carcelario, la existencia de personas detenidas en comisarias bonaerenses, que la mayoría de los detenidos son procesados y que los juicios son lentos, y los inconvenientes de solucionar dicha situación en el corto plazo.

El 3 de mayo de 2005, la Corte dictó sentencia haciendo lugar a la acción de *habeas corpus* interpuesta por el CELS. El voto mayoritario, conformado por los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni, consideró admisible el recurso y decidió sobre el fondo de la cuestión.

Pero para poder entender porque este caso es paradigmático y de suma importancia a nuestra consideración, es porque se reconoce la violación por parte del Estado de los derechos fundamentales de todo ser humano. Se reconoce una superpoblación carcelaria producida por diversos factores entre los que podemos nombrar por un lado la lentitud de la causas judiciales de los detenidos y por otro lado el excesivo uso de la prisión preventiva.

1) Declara que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención.

2) Dispone que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos.

3) Instruye a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que impone un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional del Estado Federal.

4) Ordena al poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención

(características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.).

5) Dispone la adopción de medidas para mejorar la situación de los detenidos en el territorio de la provincia.

6) Exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.

Este caso fue paradigmático a nuestro entender ya que lo que planteaba en ese momento eran *habeas corpus* individuales, que no daban una solución al fondo de la cuestión. Solo beneficiaban de cierta forma a situaciones particulares de detenidos, situación que era mucho más gravosa y en la cual se debía resolver la cuestión de fondo del problema y de acuerdo a lo que establece nuestra Constitución Nacional cuando derechos de incidencia colectiva se encuentran vulnerados se puede accionar y en este caso el CELS lo estaba, por lo cual la corte resolvió el fondo de la cuestión.

2.CNCP, Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de casación, causa 7480, 30 de octubre de 2008.⁴⁹

La selección del siguiente fallo se refiere principalmente porque la Cámara entendió que no basta denegar la excarcelación o eximición de prisión, basándose en supuestos de imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho años, sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros, a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.(diario judicial, viernes 16 de julio de 2010)⁵⁰

En coincidencia con el Dr. Cafferata Nores:

"Lo que se busca resolver es, cuando un sujeto sometido a un proceso penal, deberá esperar la sentencia encarcelado, en que caso podrá hacerlo en libertad y

⁴⁹ CNCP" Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de la ley", acuerdo plenario n° 13.(2008)

⁵⁰ <http://www.diariojudicial.com/nota/22375>

cuáles son los criterios a tener en cuenta para resolver el asunto". (Cafferata Nores, 1988, pag.3)

En lo referente al tema en cuestión el magistrado Gustavo Hornos consideró, que no corresponde hacer distinciones basándose solamente en los hechos que son producto de investigación porque desvirtúa la naturaleza de la prisión preventiva convirtiéndola en una pena anticipada. Pensamiento que claramente compartimos ya que debe basarse en cuestiones más amplias y concretas que permitan determinar un peligro procesal concreto. Claramente lo que plantea el plenario es que por un lado existe una presunción "*iuris et de iure*" sostenido por los jueces Catucci, Madueño y Rodríguez Basabilbaso por lo que planteaba que existiendo un máximo de pena privativa de libertad superior a ocho años no correspondería, la libertad condicional, posición claramente opuesta a nuestra criterio. Por otro lado el pensamiento de del Juez Riggi plasmado en una presunción "*iuris tantum*" sostenido por el artículo 316 del Código procesal penal de la Nación, pero nuestra posición se asemeja a la sostenida por el Juez Ledesma quien con buen criterio planteaba la necesidad de considerar la libertad del imputado por sobre la detención y partir del hecho de determinar cuándo corresponde aplicar la prisión preventiva en lugar de considerar, cuando excarcelar es decir sienta su pensamiento en el concepto de libertad durante el proceso.

Con buen criterio ha sostenido el Dr. Maier:

"nuestra ley fundamental impide que se trate como culpable a una persona, a quien se le atribuye un hecho punible, en busca de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal. (Maier, 1999 pág. 490)

Ello es así, por cuanto el art. 18 de la Constitución Nacional dice que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Esto de que nadie será penado sin juicio previo ha dado pie a que se le asigne a la llamada presunción de inocencia jerarquía constitucional. Adhiriendo a lo expuesto por Carrió:

"sólo después de un juicio alguien puede ser declarado culpable, previo a ese momento toda persona debe recibir el trato de inocente . (Carrió 1988, p.13).

En virtud de los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), la prisión preventiva solo puede tener carácter excepcional, como lo establece

expresamente el art. 9.3 del PIDCyP al disponer que la prisión preventiva no puede ser la regla general.

Asimismo, el art. 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), establece que en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

También el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación el cual reza:

el carácter excepcional de las medidas de restricción, señalando que 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.(CPPN. Art. 280)

Por su parte, el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación contiene las pautas que permitirán denegar la concesión de la excarcelación o la exención de prisión cuando las particulares circunstancias del caso hicieran presumir que el inculpado podrá intentar eludir la acción de la justicia o entorpecer el curso de las investigaciones. Ello según el caso deber ser valorado atendiendo a la naturaleza del delito reprochado, las circunstancias personales del encartado (individuales, morales, medios de vida, antecedentes penales, entre otros) así como la posibilidad de que obstaculice la investigación, la conducta observada luego del delito, su voluntario sometimiento al proceso, y en definitiva, todos los demás criterios que pudieren racionalmente ser de utilidad a los fines del otorgamiento del beneficio intentado.

Siguiendo la idea del Dr. Cafferata Nores quien con sabiduría plantea:

La privación de la libertad durante el proceso penal es una medida cautelar excepcional dirigida a neutralizar los graves peligros (por lo serio y lo probable) que se puedan cernir sobre el juicio previo, con riesgo de apartarlo de sus fines de afianzar la justicia. Hay que dejar en claro que el encarcelamiento durante el proceso no debe ser la regla general, sólo tiende a asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo

(artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
(Cafferata Nores, 2000, p.186).

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general y el art. 7.5 de la CADH, regula que su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Con la misma razón enseña el Dr. Bovino:

El carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria (art. 14 y 75 inc. 22 de la C.N. y art. 8.2 CADH y 14.2 PIDCP) y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia) -art. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., art. 9.1 del P.I.D.C.P y art. 7 CADH-. (Bovino, 1998, pág. 148/9).

En Conclusión se determinó que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento, a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal". Y por último rechazar el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Dr. Rafael Sarmiento en su carácter de defensor de Ramón Genaro Díaz Bessone (art. 11 de la ley 24.050).

3.CSJN, Loyo Fraire Gabriel Eduardo s/ p.s.a estafa reiterada causa 161.070, 6 de marzo de 2014.⁵¹

Este caso ha sido seleccionado por la importancia que generó su resolución en la cual la mayoría de los ministros adhirió al dictamen fiscal donde sostuvo que la justificación de la prisión preventiva no puede asentarse en la gravedad del delito imputado⁵². Sin lugar a cuestionamientos, el dictado de la prisión preventiva no puede estar supeditado a la gravedad del hecho, la materialidad y la culpabilidad. La causa giraba en torno a la estafa en la escrituración de terrenos entre los que se encontraban el ex intendente de la localidad de Villa del Dique, Ricardo Scoles y Loyo Freire. El fallo del TSJ de la Provincia le restó importancia

⁵¹ PGNA "Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada".S.C.L.196, L.XLIX (2014), CSJN" Loyo Fraire, Gabriel Eduardo". L. 193. XLIX. (2014).

⁵² <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/38767-prision-preventiva-morigeracion-caso-loyo-fraire>

a las condiciones personales del imputado y basó el peligro de fuga en condiciones de carácter aparente.

El Procurador General de la Nación planteó con muy buen criterio, que no es suficiente para invocar la prisión preventiva, la gravedad del delito imputado. Ya que de ser así estaría contra de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que mediante diversos fallos establecía la excepcionalidad de la medida cautelar y las condiciones personales del imputado al momento de decretarla. Situación claramente violatoria en la resolución del TSJ. como así también en la violación del derecho de defensa de los imputados.

Este caso a diferencia de otro paradigmático a su debida forma, como fue el caso Merlini, aquí existía una condena pero que no se encontraba firme por lo cual se pretendía la libertad de los imputados hasta que la misma pase a cosa juzgada. Todo lo planteado derivó en la modificación a través de la ley 20.201 de varios artículos dentro del cual el más controvertido fue el 281, logrando que la prisión preventiva sea una excepción y no una regla, ya que si la condena no podía ser condicional, la persona debía esperar el juicio previo, salvo situaciones de carácter extraordinario.

En ese sentido , dijeron que el a *quo* menospreció las circunstancias invocadas por esa parte para demostrar la improcedencia del encarcelamiento cautelar-entre ellas, el comportamiento durante el juicio, su condición personal y familiar, al afirmar de moderna dogmática que no son diferentes a las de la generalidad de las personas sometidas a procesos, y no tienen entidad suficiente para neutralizar los riesgos que se derivan de la pena aplicada. Sostuvieron que es imperativo precisar las circunstancias concretas sobre las que podría fundarse la presunción de fuga.

Sostuvieron también que, en el pronunciamiento se aplicó una presunción abstracta que estaría contenida en el artículo 281 , inciso 1° del código procesal de la provincia de Córdoba.

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había manifestado en diversos fallos con respecto a la inevitable aplicación de la prisión preventiva:

"La necesidad de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho

intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad par alcanzar el objetivo propuesto" (Gangaram Panday Vs. Surinam" 21 de enero de 1994, párrafo 93⁵³).

En conclusión este caso fue a nuestro entender la piedra fundamental del cambio de paradigma con respecto a las condiciones de detención, se expresan que deben tenerse en cuenta no solo la pena, sino también las condiciones personales del sujeto afectado por la medida de coerción; y la posibilidad de que ellas sean evaluadas por un tribunal superior.

Con respecto a la gravedad del delito, la CSJN se ha expresado considerando, que las características personales que posee el autor del hecho, no son en sí justificación suficiente para la aplicación de la prisión preventiva. En consecuencia, si bien la severidad de la sanción legal conminada para el ilícito que se atribuye al imputado resulta un primer eslabón de análisis, debe ir necesariamente acompañada de indicios concretos de peligrosidad procesal.

En todo momento la CSJN vuelve al concepto referido a las condiciones personales del imputado, su situación personal, laboral, social antes del dictado de la prisión preventiva. Si bien mantiene como punto central la búsqueda de la verdad, lo condiciona al hecho de que no exista medidas menos gravosas, lo que sin duda hace es reafirmar el principio de excepcionalidad de la medida cautelar. Por otro lado en lo referido al peligro procesal acentúa la necesidad de un peligro procesal concreto por parte del imputado, es decir rechaza la idea del peligro procesal basado en meras sospechas de que intentará evadir el accionar de la justicia o pondrá en peligro la investigación.

Concluyó la Corte que a futuro será necesario analizar toda y cada una de las circunstancias objetivas referidas al hecho concreto imputado a la persona y por otro lado las condiciones de carácter subjetivas. Estas condiciones como hemos referido en reiteradas oportunidades deben ser de tal magnitud que derive en que no exista otra medida alternativa que supla tal medida cautelar.

⁵³ Ver caso "Gangaram Panday Vs. Surinam", párrafo 93

4. López Álvarez vs. Honduras" 1 de febrero de 2006.⁵⁴

El lector se preguntará el porqué de la elección de este caso en particular, y la respuesta claramente la va a encontrar en este fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero antes de adelantar el fallo, conviene hacer una pequeña introducción al caso, comenzando con una denuncia presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por un terrible caso de violación por parte de la República de Honduras a una cantidad de artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de Alfredo López Álvarez. El delito imputado era, posesión y tráfico de estupefacientes, partiendo de este punto el Sr. López Álvarez fue detenido en el año 1997 y si bien fue condenado, la sentencia fue anulada en 2001 luego fue confirmada por la Corte de apelaciones. Sin embargo fue mantenido detenido hasta el año 2003.

Ahora el lector empezará a comprender la gravedad de la violación a los derechos humanos, mediante un informe realizado por la Comisión en el año 2003 n° 18/03 en que se planteaba una serie de recomendaciones entre las cuales se encontraban:

- 1) Revisar las irregularidades en la detención del Sr. Álvarez.
- 2) Reparar a la víctima por el perjuicio sufrido.
- 3) Revisar la legislación interna con respecto a las formas de detención.
- 4) Adoptar las medidas necesarias para evitar en el futuro casos similares.

Pero fue tan grande la violación a los derechos del Sr. Álvarez, comenzando por qué no fue notificado del delito imputado claramente violando el derecho de defensa, fue obligado a declararse culpable, sufriendo apremios ilegales, no tuvo acceso a la prisión preventiva, es decir se violaron innumerables artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por unanimidad que el Estado de Honduras violó derechos fundamentales del imputado y estableció que para la adopción de

⁵⁴ CIDH" López Álvarez vs Honduras"(2006)

la medida cautelar (prisión preventiva), requiere un juicio de proporcionalidad , los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan, ya que si no hay proporcionalidad la medida será arbitraria.⁵⁵

Podemos concluir que el Estado violó derechos y garantías reconocidos por organismos internacionales, la libertad no puede ser restringida más allá de los límites estrictamente necesarios, en este caso el damnificado no tuvo ni siquiera acceso en tiempo y forma al conocimiento del delito que se le imputaba. Por todo lo anterior expuesto el lector ya podrá tener una idea más clara del porque de la elección de esta caso y su contribución jurisprudencial.

5. García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, 25 de noviembre de 2005.⁵⁶

Este caso es de características similares al expuesto anteriormente, donde se plantea una denuncia en contra del Estado de Perú por violaciones a los derechos humanos en perjuicio del Sr. Wilson García Asto, quien había sido imputado del delito de terrorismo. La diferencia más significativa es en cuanto a la forma de detención del mismo, que fue realizado sin una orden y sin encontrarse en flagrancia. Lo que planteaba el Estado Peruano es que contaba con un procedimiento especial en caso de casos de terrorismo, por lo cual limitaba la participación de abogado como así también la incomunicación absoluta cuestiones claramente violatorias de derechos fundamentales Aquí lo más importante que plantea la Comisión es la presunción de inocencia del cual goza toda persona y la posibilidad de disfrutar del ejercicio de la libertad ambulatoria durante el proceso, salvo que se pretenda obstaculizar la actividad probatoria o evadir la aplicación de la pena.

6. Tibi vs Ecuador, 7 de septiembre de 2004.⁵⁷

El Sr. Daniel Tibi era un comerciante que fue arrestado en el año 1995 mientras conducía su automóvil por la ciudad de Quito, Ecuador. El arresto se produjo sin una orden y mediante el uso de la violencia de forma sistemática, fue torturado, asfixiado, quemado para que admitiera su participación en un caso de narcotráfico. La Comisión planteó una denuncia

⁵⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

⁵⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf

⁵⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

para que la Corte se expidiera con respecto a la forma de detención como, al excesivo tiempo que el imputado estuvo detenido con prisión preventiva sin condena.

La Comisión mediante el informe 34/03 aprobó un informe sobre el fondo del caso solicitando indemnización y rehabilitación por la tortura sufrida, por lo cual la Corte estableció que el Estado violó derechos y garantías consagrados en los artículos 7.1 al 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio del Sr. Tibi, así también el artículo 5.1 al 5.4 de la convención.

Así tanto para el artículo 7 inc. 7 como para el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, "el plazo razonable deberá contarse a partir del momento en que la persona es acusada, es decir la notificación oficial de la imputación.

La Corte consideró que el Estado violó derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y condenó a responder por el daño tanto material como moral por la sistemática violación tanto en el procedimiento como de detención que fue a todas luces de carácter ilegal al no permitirle la comunicación con su letrado, el excesivo tiempo de detención en un establecimiento de carácter común no apto para una persona considerada inocente, que fue víctima de vejaciones, golpizas, quemaduras buscando una autoincriminación en un delito del cual no era ni siquiera partícipe.

Fue por todo lo expuesto la condena de carácter unánime de la Corte hacia el Estado y la obligación de reparar las violaciones sufridas.

Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

1" B.L.M: p.s.a. abuso sexual calificado por el uso de armas, recurso de Casación". (SAC 806944).(2014)⁵⁸.TSJPC

En el presente caso se planteaban dos cuestionamientos que rodeaban la decisión de tribunal. Por un lado ¿Había sido debidamente fundada la resolución cuestionada en cuanto a la confirmación de auto que mantenía la prisión preventiva dictada contra el imputado? y por otro lado¿ Qué resolución correspondía dictar?. A la primer cuestión, se resolvió no hacer lugar al pedido de cese de prisión preventiva.

⁵⁸ TSJPC "B.L.M: p.s.a. abuso sexual calificado por el uso de armas, recurso de casación". (SAC 806944)⁵⁸

La defensa había manifestado que de ninguna manera se había realizado amenaza a las víctimas en ocasión de cometer delitos, además que sus víctimas solo tenían lesiones leves por la cual no había indicadores de peligro procesal concreto y que se estaba vulnerando el principio de inocencia. Para concluir, señalaba que se debían valorar las condiciones personales del imputado, edad, domicilio fijo, familia constituida, trabajo, estudio, carencia total de antecedentes penales y/o contravencionales.

El Tribunal consideró que la medida se encontraba debidamente fundada en cuanto a su presupuesto (riesgo procesal), además las pericias psicológicas contenían conclusiones relevantes en cuanto al acusado, relativas a lo que aquí interesaba, a los rasgos psicopáticos y con características de manipulación que podían incidir en la violación grave a las normas.

Al contrario de lo que había planteado la defensa, los familiares del acusado intentaron obstruir la tramitación del proceso con ofrecimientos económicos a las víctimas en reiteradas ocasiones y visitas a los lugares de trabajo, además que el hecho de que tenía familia y trabajo no impedía el riesgo de fuga.

Por lo cual no existía elemento que contradiga dicha decisión, en conclusión, el temor a que el acusado intentara huir del proceso y el hecho de encontrarse ante una sentencia de condena, tornaban absolutamente necesario el encarcelamiento preventivo.

Ante la segunda cuestión consideró rechazar el recurso de casación interpuesto por el abogado defensor del imputado

2. TSJPC."B.S.D. p.s.a abuso sexual con acceso carnal" (Expte.1462165),recurso de Casación. (2014).⁵⁹

Aquí se planteaban dos cuestionamientos a resolver.

1-¿Era infundada la resolución que rechazaba el cese de la prisión preventiva?.

2-¿Qué solución correspondía dictar?.

⁵⁹ TSJPC. "B.S.D. p.s.a abuso sexual con acceso carnal" (Expte.1462165),recurso de Casación. (2014).

A la primera cuestión se resolvió no hacer lugar al pedido de cese de prisión preventiva articulado por la defensa del imputado.

El abogado planteó que al rechazar el pedido de cese de prisión el Tribunal se basó solo en la hipotética condena de gravedad que podría recaer sobre el imputado sin analizar las condiciones personales y sin considerar que el imputado no puede influir en los testigos.

Haciendo hincapié en la causa "Loyo Frayre" el abogado defensor planteó que debían analizarse las circunstancias vinculadas a la peligrosidad procesal en concreto, con prescindencia de la gravedad del delito y del pronóstico hipotético de una futura condena.

Debía determinarse en el caso concreto si la medida era realmente necesaria para asegurar los fines del proceso, dado su carácter excepcional, y si no existía remedio menos gravoso, para alcanzar el objetivo propuesto.

En respuesta a lo planteado por la defensa el Tribunal consideró, que la pericia psicológica del imputado evidenciaba en la estructura de su personalidad claros indicios de peligro procesal concreto, en propósito de eludir el accionar de la justicia.

De la misma surgía que carecía de domicilio fijo y tenía un lazo precario con su familia de origen, finalmente el Tribunal estableció que teniendo en cuenta la pena mínima a la que podía ser sometido el imputado (seis años), intentará evadir el accionar de la justicia.

Y en efecto consideró que existían indicios que tornaban absolutamente indispensable la privación de la libertad del imputado para asegurar los fines del proceso, también destacaba que el mismo no poseía domicilio propio, es decir una carencia de arraigo, sumado a la influencia en testigos, llevaron a considerar que la medida de coerción se encontraba debidamente fundada.

Correspondía rechazar el recurso interpuesto por el abogado defensor .

3.TSJPC." Corbalán Marcelo Eduardo, p.s.a. violación de domicilio. Recurso de Casación". (SAC 1367933). (2014).⁶⁰

Lo que se planteaba en el siguiente caso son dos cuestionamientos en torno a la detención del imputado.

1-¿Había sido indebidamente fundada la resolución cuestionada en cuanto a la confirmación del auto que mantenía la prisión preventiva dictada contra el imputado?

2-¿Qué resolución correspondía dictar?

El Tribunal decidió rechazar el cese de prisión preventiva solicitado por la defensa quien planteaba que no se había justificado la privación de libertad de Corbalán para asegurar los fines del proceso.

El letrado solicitó que se anule la sentencia y se conceda la libertad a su asistido, por lo cual el Tribunal decidió rechazar el recurso y mantener la prisión preventiva, por estimar que el imputado podía entorpecer el accionar de la justicia sumado a que Corbalán carecía de trabajo y había desarrollado mientras se encontraba en libertad, actividades delictivas en varias ciudades de la provincia de Córdoba y Santa Fe junto con una banda, los mismos integrantes que fueron detenidos con él en la ciudad de Rosario.

En conclusión, el temor a que el acusado se fugara y el hecho de encontrarse a la puerta del debate que eventualmente podía derivar en una condena de cumplimiento efectivo superior a los tres años de prisión como mínimo, tornaban absolutamente necesario la continuidad del encarcelamiento preventivo; por lo cual la medida de coerción debía ser confirmada. Y con respecto a la segunda cuestión correspondía rechazar el recursos de Casación interpuesto por el asesor letrado.

A modo de conclusión parcial debemos destacar el avance que se ha producido hasta el momento a través de diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como así también la posibilidad de llegar a la misma por medio de la Comisión Interamericana que ha permitido condenar a los Estados por la violación a derechos y

⁶⁰ TSJPC." Corbalán Marcelo Eduardo, p.s.a. violación de domicilio. Recurso de Casación". (SAC 1367933). (2014).

garantías reconocidos por ellos mismo. El principio de inocencia es la piedra fundamental con la cual cuenta una persona y que debe primar tanto antes, durante y hasta que exista una sentencia que declare la culpabilidad de la persona. Otro punto de igual importancia es el referido en casi todos los casos que se han expuesto en el presente capítulo, la razonabilidad del plazo de detención y la condena por parte de la Corte de su excesivo uso violando no solo el principio de inocencia antes mencionado como el derecho de defensa.

También el lector habrá podido apreciar que la selección de cada caso responde a una determinada circunstancia, que obviamente no son las únicas pero si las más relevantes con respecto por ejemplo al caso Verbitsky, mediante el cual se planteo un *habeas corpus* con respecto a las condiciones de detención precaria en comisarías y lugares no aptos para detención de personas sin condena. Por otro lado tanto el caso Loyo Fraire como el plenario Díaz Bessone marcaron una unificación de criterios a la hora de la aplicación de la prisión preventiva, es decir tener en cuenta las condiciones referidas al hecho punitivo. Pero por otro lado analizando las situaciones de carácter subjetivas del imputado, condiciones particulares tanto sociales como familiares y laborales del imputado antes de dictar una medida tan gravosa como es la prisión preventiva.

En el capítulo siguiente y llegando al final de este viaje en la cual con la complicitad del lector hemos puesto en duda y en consideración, lo dañino de la prisión preventiva para una persona, como así también los criterios utilizados para su aplicación y para considerar que una persona es peligrosa procesalmente, si la persona por su naturaleza es un ser libre y la sola posibilidad de ser encarcelado lo hace instintivamente buscar la libertad.

Capítulo V

Medios alternativos a la prisión preventiva.

"En busca de desalentar su excesivo uso"

1. En búsqueda de la extinción de la prisión preventiva.

Se preguntarán porque comenzamos este capítulo titulado en busca de " la extinción de la prisión preventiva", bueno a lo largo del desarrollo del mismo el lector podrá ir apreciando los cambios que se han ido produciendo alrededor de esta medida extrema de coerción.

Para ello es necesario clarificar las nuevas modificaciones producidas en nuestro Código Procesal Penal, desde la modificación del hasta entonces artículo 281 de la ley n° 8123, se incorporaron los artículos 281 bis y ter, que regulan el instituto de la prisión preventiva en lo que es el proceso penal cordobés.⁶¹

Uno de los puntos más sobresalientes es aquel que marca un camino estableciendo directrices que rigen la aplicación de la peligrosidad procesal, refiriéndose a la situación en libertad del imputado y de la forma en la cual puede amedrentar o presionar testigos, peritos etc.

La Legislatura de la Provincia de Córdoba Sanciona con fuerza de Ley:¹

Artículo 1°.- Modificase el artículo 268 de la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-, el que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 268.- Situación de libertad. Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá:

- 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria;
- 2) Fijar y mantener un domicilio;
- 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen,
- 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

⁶¹ ver ley 10.366 del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, 24 de agosto de 2016.

Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse ante la autoridad los días que ésta fije, cumplir con el uso de dispositivos electrónicos en casos de violencia de género o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente."

Artículo 2|.- Modificase el artículo 281 de la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-, el que queda redactado de la siguiente manera:

Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto.

Artículo 3°.- Incorpórase como artículo 281 bis de la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-, el siguiente:

Artículo 281 bis.- Peligro de fuga. El peligro procesal de fuga del imputado podrá inferirse, entre otros, de los siguientes indicios:

- 1) Las circunstancias y naturaleza del hecho, de la gravedad del pronóstico punitivo hipotético por no aparecer procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional - artículo 26 del Código Penal-, y la condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal;
- 2) Falta de arraigo: determinado por no tener domicilio o residencia habitual, asiento de la familia, afectos, sus negocios o trabajo, o ser estos datos inciertos. Así también, por las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado. La falsedad o la falta de información al respecto constituirán presunción de fuga;
- 3) El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro proceso anterior o que se encuentre en trámite, en la medida que permita inferir su voluntad de no someterse a la persecución penal y -en particular- si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa

información sobre su identidad o domicilio, el cese de prisión preventiva anterior, el incumplimiento o abandono de tratamientos terapéuticos impuestos por órganos judiciales, no haberse sometido a la justicia y permanecer fugado después de conocida la existencia de orden de detención en su contra, entre otros.

4) El incumplimiento injustificado por parte del imputado de los deberes y obligaciones impuestos en virtud del artículo 268 de este Código."

Artículo 4º.- Incorpórase como artículo 281 ter de la Ley N° 8123 -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba-, el siguiente:

Artículo 281 ter.- Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro procesal de entorpecimiento de la investigación, se tendrá en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la sospecha de que el imputado podrá:

1) Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba;

2) Influir para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. La eventual existencia del peligro podrá inferirse del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir en la víctima y/o testigos durante el proceso o del lugar que en la cadena de comercialización hubiere ocupado el imputado en los delitos que tiene por objeto la Ley N° 10067;

3) Influir para que la víctima, testigos o peritos de hechos que tengan vinculación con situaciones de violencia de género se comporten de manera renuente en sede judicial, entorpeciendo su participación y cooperación en el proceso. Este extremo, entre otros indicios, podrá inferirse de la escalada de violencia, entendiéndose por tal la reiteración de hechos violentos en el mismo proceso o en otro proceso anterior o que se encuentre en trámite y del temor que el estado de libertad del imputado pueda infundir sobre la víctima y/o testigos. En dichos supuestos se deberán tener presentes los derechos reconocidos, los deberes impuestos al Estado y las directrices que forman parte de las convenciones y tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional;

4) Inducir a otros a realizar los comportamientos enunciados en los artículos precedentes.

5) Incumplir injustificadamente los deberes y obligaciones impuestos en virtud del artículo 268 de este Código."

Ahora bien después de desarrollar estos importantes y sumamente necesarios avances debemos realizar una profunda mirada hacia el pasado para conocer cómo es que llegamos a este cambio no solo jurídico sino también cultural.

En los capítulos anteriores fuimos desarrollando la prisión preventiva desde sus comienzos con una utilización como regla, determinado que aquellos delitos teniendo en cuenta la gravedad y sus plazos de condena debía ser prácticamente sin excepción dictada la prisión preventiva lo que con el correr del tiempo ha llevado a los jueces y fiscales a dictarla indiscriminadamente desconociendo su carácter a nuestro entender “excepcionalísimo”.

Es por ello que el fiscal o el juez en su debido caso deberían fundamentar el encierro preventivo de una persona en criterios concretos que hacen a la investigación sin dejar de lado los plazos máximos buscando así evitar que dejen correr el tiempo, amparados en que dicho plazo todavía no está vencido. Por otro lado y no menos importante es el tema del plazo vencido, como sabemos el plazo máximo impuesto por la ley es de dos años prorrogable por un año más teniendo en cuenta situaciones ya desarrolladas anteriormente como, la complejidad de la causa entre ella. Y como sabemos la libertad es uno de los bienes más preciados, sino el máspreciado junto con la vida y una vez que esa persona es privada de su libertad el tiempo que la persona se encuentra en nuestras cárceles con lo que ello implica corre el riesgo de contraer enfermedades, ser víctima de violencia, vejaciones y diversos tratos que se contradicen con el principio de inocencia del que goza toda persona. (Aclarando que no queremos decir con esto, que los detenidos con condena firme merezcan ser víctima de tratos inhumanos solo por ser condenados ya que las cárceles deberían ser para reinserción y no castigo).

2. Lugar adecuados de detención.

¿Si una persona es detenida y se le dicta la prisión preventiva a donde es llevada?. Bueno queremos comenzar a desarrollar este tema que tanto debate ha producido y en cierta forma la causa “CSJN, Verbitsky Horacio, s/ habeas corpus, 3 de mayo de 2005”⁶² que a nuestro entender fue un avance en torno a los detenidos sin condena en comisarías y lugares no “apropiados”, no vamos a desarrollar este tema solo lo traemos a colación por su significancia en el tema en cuestión, además ha sido tratado en capítulos anteriores.

⁶² ver. CSJN, Verbitsky Horacio, s/ habeas corpus, 3 de mayo de 2005”

Si una persona es detenida y alojada en lugares que no cumplen con los estándares que establece la ley 24.660⁶³, y de los tratados internacionales esta medida se vuelve inmediatamente ilegítima, debería ser dejada en libertad o en su defecto buscar una medida alternativa menos gravosa

Esto claramente no se cumple ya que nos informamos día a día de la cantidad de presos sin condena que se encuentran albergados en cárceles comunes a la espera del juicio que lo absuelva o lo condene, y en caso de que sea absuelto o sobreseído de acuerdo a la circunstancia del caso, ¿Quién le devuelve a esa persona el tiempo que perdió de vivir una vida en libertad, con sus seres queridos, su trabajo, si es que todavía lo conserva?, ¿O se le pide una disculpa?, la respuesta más fácil sería, que le haga juicio al estado o que no haga nada y que solo se quede con la idea de que era para proteger los fines del proceso. En consecuencia haga lo que haga, juicio al estado el dinero no sale de los jueces sino del dinero de los ciudadanos que podría y debería utilizarse para otra cosa.

3.Reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las privativas de libertad.(Reglas de Tokio).

En el año 1990 se realizó un congreso en la Habana tendiente a buscar aprobar un proyecto sobre medidas mínimas, no privativas de libertad que fue preparado en Asia. Estas reglas buscan encontrar una alternativa a las penas privativas de libertad, en respuesta a reducir la población carcelaria, alternativas de menor costo.

Se busca que aquellas personas que sean sometidas a estas medidas tengan aseguradas salvaguardas de que no se afectará su dignidad, otro objetivo es fomentar la mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo referido al tratamiento del delincuente; a su vez fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.⁶⁴

Contiene una serie de recomendaciones a los Estados para que mediante la utilización de sus herramientas logren llegar a un equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y la prevención del delito. Se les recomienda también incluir en sus

⁶³ ver ley 24660. Ejecución de penas privativas de libertad

⁶⁴ Messuti de Zabala, "las medidas sustitutivas de prisión", (1993, pág. 123-130)

ordenamientos, como nuevas opciones para reducir las penas privativas de prisión. Las reglas de deben aplicar sin discriminación alguna por motivos de raza, religión, color, sexo , edad, origen nacionalidad o cualquier otra condición. De una manera muy interesante propone, la existencia de medidas no privativas de libertad que puedan ser de aplicación en cada una de las etapas del proceso pena. En búsqueda de adecuar a las circunstancias del caso en cuestión una medida tendiente a evitar el encierro.

Muchos se preguntarán el porqué de esta recomendación, y la respuesta es claramente la búsqueda de protección a la dignidad del delincuente. Así se evitarían la cantidad de denuncias que se presentan tanto a nivel nacional como ante la Corte Interamericana por reiteradas violaciones a los derechos humanos, a su dignidad etc. que terminan generando la condena al Estado, como hemos visto en los caso jurisprudenciales presentados.

Lo que busca es lograr una reinserción social por parte del delincuente, acompañado de una estricta supervisión por parte del Estado, contribuyendo el mismo con apoyo psicológico. También hace referencia a la flexibilidad de la aplicación de tales medidas alternativas a la prisión preventiva, y ¿por qué decimos flexibles?, por el hecho de que si se presentara el caso en la cual la medida no privativa impuesta fracasa. No se recurre en forma inmediata a la privación de la libertad, sino que se busca un que se adecúe mejor a su caso.⁶⁵

Establece una serie de medidas que pueden ser impuestas que van desde inhabilitación económica, , incautación o confiscación, amonestación, advertencias, libertad condicional etc.

4. Medidas alternativas a la prisión preventiva

El fracaso de las penas privativas de libertad, ha quedado demostrado ya que las mismas no cumplen con la finalidad de prevención especial que pretenden asignárseles. Las cárceles no educan ni ayudan al individuo a tener una normal reinserción en la sociedad y muchas veces hasta llegan a convertirse en escuelas de delito.

Sin contar con la estigmatización que produce al detenido frente a la sociedad, que lo va a condicionar a la hora de su reinserción tanto laboral como personal. Es aquí donde tienen que tomar trascendencia las medidas alternativas a la prisión preventiva, medidas que

⁶⁵ ver regla 45/110 reglas mínimas de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990

deberían tomar mayor protagonismo buscando lograr dejar en desuso las medidas privativas de libertad, o al menos apartarlas para aquellos casos excepcionalísimos, en los cuales no pueda solucionarse mediante el abanico de medidas menos gravosas para el imputado, que permitan realizar una escalada de medidas sustitutivas en la que como última opción se encuentre la privación de la libertad ambulatoria.

Nuestro sistema reconoce una cantidad de medidas alternativas que, en la mayoría de los casos no son utilizadas. O en caso de ser utilizadas no se las aplica de manera adecuada, porque no van acompañadas de un control exhaustivo por parte del estado.

Vamos a hacer un breve desarrollo de las medidas más utilizadas, entre ellas tenemos:

- 1) La prisión domiciliaria es una medida que puede ser aplicada en el domicilio del imputado o en una institución que puede ser terapéutica o educadora.
- 2) La obligación por parte del imputado de presentarse ante una autoridad en forma periódica, teniendo en cuenta el lugar donde la misma reside. Esta medida a nuestro entender puede ser de alta efectividad, por el simple hecho que permite al imputado seguir con su hábito de vida normal mientras se produce el proceso y no produce una estigmatización.
- 3) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, a determinados lugares o frecuentar a ciertas personas. Esta medida consideramos puede ser de gran utilidad siempre que esté acompañada de un control exhaustivo, porque de lo contrario puede tener un resultado adverso al cual se pretende. Hemos visto en muchos casos la violación a esta medida por ejemplo por la cercanía del imputado con la víctima, o los medios para amedrentar con los cuales cuenta. Por eso reiteramos que esta medida es de mucha utilidad acompañada de Estado.
- 4) Determinar una caución económica de carácter real o personal. Al igual que la medida alternativa anterior aquí se tiene en cuenta la situación económica del imputado. Creemos que también debe existir un seguimiento al imputado por parte del Estado real y cierto.
- 5) La asunción de un simple compromiso, que es lo que conocemos como caución juratoria, refiere a someterse al proceso y abstenerse de realizar actos que entorpezcan el proceso. Consideramos que para la aplicación de esta medida deben tenerse en cuenta una gran cantidad de presupuestos, pero es de mucha utilidad .

Debemos hacer un agregado que será de desarrollo más adelante de los medios electrónicos y computarizados que van ganando terreno en el mundo y que en nuestro país si bien son de aplicación en nuestros días sobre todo en los casos de violencia de género deberían ser de consideración para otros delitos. El cumplimiento de las medidas sustitutivas será asegurado, en último término, mediante la amenaza de privación efectiva de libertad, en caso de que las condiciones de aquéllas sean inobservadas.

La caución como medida alternativa es una de las más antiguas y a nuestro entender más desigual ya que está basado en la capacidad económica del imputado, lo que puede generar privilegio para quien tiene dinero. Así como lo describe el Dr. Cafferata Nores al considerar:

Tiene por finalidad garantizar que el liberado comparecerá al ser llamado por el Juez, y que cumplirá las demás obligaciones que asuma. No tiene por finalidad la de obrar como un freno para que el liberado no cometa nuevos hechos ilícitos hasta el momento del juicio, ni el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito, ni el pago de costas, ni la eventual pena de multa que pudiera aplicarse.(Cafferata Nores, et. al.2004).

Se puede imponer al imputado una caución personal o real, con el objeto de asegurar que cumplirá con sus obligaciones sustitutivas del encarcelamiento procesal. (art. 288). Para determinar la calidad y cantidad de la caución se debe tener en cuenta la naturaleza del delito, el daño que hubiera ocasionado, y la condición económica, personalidad moral y antecedentes del imputado (art. 289).

Con razón ha manifestado el Dr. Vivas Ussher:

"La caución tiene por objeto garantizar que el liberado comparecerá al ser llamado por el órgano judicial, tanto para cumplir actos procesales como para someterse a la ejecución de la pena que se le imponga." (Vivas Ussher. 1999, p 172).

4.1 Regulación legal

El Código de Córdoba, sólo admite dos clases de cauciones:

- 1) La caución personal consiste en la obligación que el imputado asume junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que se fije (art. 290).
- 2) La caución real que se constituye depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables o mediante embargo, prenda o hipoteca por la cantidad que la autoridad judicial competente determine. Los fondos o valores depositados quedarán sometidos a privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la caución. El fiador es notificado de las resoluciones que se refieran a las obligaciones del imputado (art. 294).

La cesación de la caución se ordenará y las garantías serán restituidas en los siguientes casos (art. 295):

- Cuando el imputado, revocada su libertad o el cese de la prisión preventiva, fuera constituido en prisión dentro del término que se le acordó.
- Cuando se revoque el auto de prisión preventiva, se sobresea en la causa, se absuelva al imputado o se lo condene en forma de ejecución condicional.
- Cuando el condenado se presente a cumplir la pena impuesta o sea detenido dentro del término fijado. Si el fiador no pudiera continuar como tal por motivos fundados, puede pedir que lo sustituya otra persona que él presente. También puede sustituirse la caución real (art. 296).
- Si el fiador temiera fundadamente la fuga del imputado, debe comunicarlo enseguida al tribunal o fiscal de instrucción que corresponda, y queda liberado si aquél fuera detenido. Pero si resultara falso el hecho en que se basó la sospecha, se impone al fiador una multa y la caución queda subsistente (art. 473 297).

Como venimos desarrollando estas alternativas al encierro preventivo deberían ir ganando terreno día a día e ir ayornándose con el correr de los tiempos e incorporando nuevas que permiten las nuevas tecnologías como desarrollaremos a continuación.

4.2 Probation. (Suspensión del juicio a prueba)⁶⁶

Cuando nos referimos a la *Probation* lo que se buscaba era evitar el encierro preventivo de una persona por un delito cuya pena no era elevada. Como medida alternativa a la prisión preventiva deber estar acompañada de un seguimiento por medio de un oficial de prueba que supervise la conducta. Consideramos que la implementación de esta medida es de suma importancia no solo porque evitara que la persona entre en contacto con una cárcel, sino también por el gasto que le produce al Estado que es muy por debajo de lo que sería mantener en un centro de detención.

4.2.1 Requisitos para solicitarla

Dentro de los requisitos que se exigen para solicitarla tenemos:

- 1) Que se trate de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda los tres años.
- 2) El imputado debe ofrecer reparar el daño causado con el delito, dentro de sus posibilidades. Basta con ofrecer reparar el daño, por cuanto si el ofrecimiento es insuficiente o no es captado por la víctima o damnificados, estos conservan el derecho a intentar las acciones pertinentes ante el fuero civil.

Si el juez o el Tribunal acepta la solicitud, la sustanciación del proceso se suspenderá por un periodo que va entre uno y tres años.

En este periodo de tiempo el imputado deberá:

- a) Observar las reglas de conducta que el Juez o el Tribunal le imponga y que se encuentran enumeradas en el art. 27 bis del Código Penal, las que pueden consistir en:
 - Fijar domicilio y someterse al cuidado del patronato
 - Abstenerse de concurrir a determinados lugares o relacionarse con determinadas personas
 - Abstenerse de usar estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas
 - Asistir a la escolaridad primaria

⁶⁶ ver ley 24.316. suspensión del juicio a prueba. 04 de mayo de 1994

- adoptar oficio, arte o profesión
- Realizar trabajos no remunerados a favor del estado o de instituciones de bien público.

b) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena.

Si durante el lapso de prueba el individuo no comete delitos, repara el daño en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta, se extingue la acción penal.

4.3. Detención domiciliaria.

El art. 10 del Código Penal regula este modo morigerado de cumplimiento de pena privativa de libertad, que debe ser dispuesto por el Juez competente.

ARTICULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;

c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;

d) El interno mayor de setenta (70) años;

e) La mujer embarazada;

f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.

Hay que recordar que en el año 2009 se produjo una modificación con respecto al dictado de la prisión preventiva que en muchos casos debe ser acompañado por informes médicos, peritajes etc. Este medio alternativo a la prisión preventiva a diferencia de los

demás esta, más restringido el conjunto de personas que pueden acceder a la misma. La norma es muy clara a quien puede ser aplicada y lo determina específicamente.

4.4 Control electrónico

Consiste en el seguimiento del imputado o condenado a través de dispositivos electrónicos como por ejemplo las pulseras magnéticas o los brazaletes, que permiten la localización o monitoreo permanente, u otro tipo de control por medio de la tecnología.

Hay que tener en cuenta que el avance de la tecnología es a pasos agigantados lo que produce que aparezcan nuevos métodos de controles, el único problema a nuestro entender que puede traer aparejado este sistema es la ausencia de control y seguimiento por parte de las autoridades ya que lo vemos todos los días en los medios de comunicación con el botón antipático que al no tener un control estricto muchas veces o en la mayoría de las veces se vuelve obsoleto.

5. La prisión preventiva y la influencia de los medios de comunicación

Este tema nos pareció importante incluirlo aunque sea en forma breve porque como sabemos los medios de comunicación son formadores de opinión de la sociedad y contribuyen en muchos casos a la estigmatización de la persona detenida porque, cuando una persona es detenida aparece en los medios y muchas veces por falta de información o desconocimiento el "rotulo" que se le coloca a la persona que como venimos diciendo desde el comienzo del trabajo es inocentes y goza como tal de este principio, lo coloca en una situación de indefensión para el caso de que el mismo sea considerado inocente porque no es el mismo impacto de la noticia la detención que la liberación, sin contar con los perjuicios que la misma le trae a la persona a nivel familiar, laboral y sobre todo social.

6. La responsabilidad del juez en el excesivo uso de la prisión preventiva

En este punto vamos a tratar el tema relacionado al uso excesivo de la prisión preventiva por parte de los jueces, bajo el criterio de asegurarse que el imputado no se fugue o entorpezca el accionar de la justicia. Muchas veces, justificadamente o no, en una medida que genera más conflictos que de los que se pretende evitar: superpoblación y hacinamiento carcelario, penitenciarías en pésimo estado edilicio, desprendimiento de la familia

Cabe destacar que:

"en la práctica, la prisión preventiva significa, lo mismo que prisión como pena de fondo: son las mismas cárceles, el mismo alojamiento, la misma superpoblación carcelaria, el mismo padecimiento y peligro para la integridad psicofísica".(Gouvert, diario judicial, viernes 16 de julio de 2010⁶⁷).

Esta medida es utilizada en mayoría de los casos para sacar del medio a aquellos que han cometido delitos menores (hurtos, lesiones leves etc.) buscando con ello buscar una calma social, es por ello que nos preguntamos ¿es necesario penar con prisión el hurto, el robo sin violencia en las personas, los vendedores de productos falsificados?, ¿pueden pensarse con penas no privativas de libertad o darles soluciones coercitivas reparadoras?

Estas son las preguntas que se buscan responder, porque como consecuencia de esto, tenemos cárceles superpobladas, la prisión se convierte en una pena de muerte aleatoria por cualquier delito e incluso por ningún delito.(Zaffaroni, la cuestión criminal, suplemento, Página 12, 27 de octubre de 2011).⁶⁸

Es por todo ello que vemos un fracaso en el sistema de aplicación de la prisión preventiva, porque con el correr de los años si se buscaba con esta medida bajar los índices de delincuencia (cuestión errada, ya que los jueces aplican el derecho, no realizan medidas políticas), el encierro preventivo cada vez es más precario, no se cumple en los más mínimo con la Constitución Nacional, que establece que las cárceles no serán para castigo sino para lograr una reinserción del reo, ni con los estándares internacionales de detención. Las cárceles se han convertido en escuelas de delincuentes porque el sistema de ejecución penal es realmente deficitario y el detenido no cuenta con un seguimiento adecuado de la evolución de la detención

Creemos ampliamente que la solución a este, "fracaso de la prisión preventiva" es sin duda que se ha permitido con complicidad del poder legislativo como así también la

⁶⁷ CIDH, "Chaparro Álvarez", 21/11/2007. Recuperado <http://www.diariojudicial.com/nota/20475>

⁶⁸ Zaffaroni, la cuestión criminal, suplemento, Página 12, 27 de octubre de 2011. Recuperado: <https://www.pagina12.com.ar/diario/especiales/18-175157-2011-08-23.html>

discrecionalidad por parte de los jueces de su excesiva aplicación un desgaste y ha instalado una bomba de tiempo en los sistemas carcelarios que se encuentran ampliamente desbordados de detenidos sin condena.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva deberían ser bandera a la hora de tomar la decisión de qué hacer con una persona cuando es detenida e inmediatamente llevada ante el Juez. Es por ello que debería existir un seguimiento más preciso y minucioso de los casos. Porque muchas veces inclusive si la persona es dejada en libertad durante el proceso tampoco hay un sistema detrás que se preocupe por "investigar" o mejor dicho averiguar si la persona cumple con los mínimos requisitos que plantea el Código ante la aplicación de determinados medios alternativos de detención.

Concluimos diciendo que todavía estamos a tiempo de revertir la situación mediante un cambio de paradigma en la profesionalización de Jueces y Fiscales para que, mediante un estado presente se logre un seguimiento adecuado y eficaz y entre todos logren que la prisión preventiva sea solo una medida absolutamente excepcionalísima.

Conclusiones.

La sociedad en que vivimos nos presenta una realidad muy compleja y dividida, donde tenemos aquellos que consideran que ante la presencia de una situación delictiva, la solución más simple es que sea detenido, aislado de la sociedad, pensando a nuestro entender erróneamente que de esta forma se va a estar más seguro o que los hechos delictivos van a disminuir, encerrando a aquellos considerados peligrosos. En búsqueda de una sociedad libre de delincuencia, y lo que produce es solo esconder el problema creando una bomba de tiempo que perfecciona delincuentes en lugar de reinsertarlos.

No se tiene en cuenta la situación de vulnerabilidad al cual se exponen esas personas que sufren la detención durante el proceso desde la posibilidad de contraer enfermedades, las vejaciones, el riesgo que corre su integridad física, además del perjuicio que se agrega el hecho de la estigmatización ante la sociedad, la familia que debe verse sometida a requisas humillantes en las visitas, y muchas veces la pérdida laboral y su cambio rotundo de rutina.

Todo lo anterior expuesto teniendo en cuenta que la persona que se ve obligada a pasar por todo ello es INOCENTE, y que este principio lo acompaña, antes durante y hasta el momento en que una sentencia dictada por un órgano competente considere que es culpable. Y muchos nos podrán decir que la posible solución es la construcción de más cárceles para evitar así la superpoblación de detenidos con y sin condena, y la respuesta es claramente que no. La solución no está en más establecimientos carcelarios sino en evitar llegar a esa instancia de apartamiento o mejor dicho aislamiento de personas que están transitando un proceso penal.

Claramente vemos que el encierro de detenidos sin condena no ha aminorado las tasas delictivas, muy por el contrario las cárceles se han convertido en escuelas de perfeccionamiento de delincuentes en lugar de cumplir con estándares que están plasmados en los articulados de nuestra Constitución Nacional y de los organismos Internacionales.

Al comienzo del presente trabajo nos preguntábamos ¿Cuál era la responsabilidad de los jueces y de los fiscales a la hora de la detención? y realmente a lo largo del desarrollo hemos ido sentando posición, que la responsabilidad es enorme porque muchas veces es considerado ante la sociedad y los medios de comunicación una actividad de una significancia enorme, el hecho de cumplir con la ley a rajatabla y tener que resolver dejar en

libertad durante el proceso o detener solo por el hecho de conformar a una sociedad que muchas veces en vez de pedir justicia, pide venganza.

La solución siempre menos problemática para los jueces y/o fiscales es aplicar prisión preventiva, muchas veces desconociendo o evitando aplicar las medidas alternativas menos gravosas que, a nuestro criterio en la mayoría de los casos se podrían implementar acompañado de un minucioso control por parte del estado en lo relativo a su cumplimiento, desde la no asistencia a determinados lugares, fijando un domicilio o acercándose a la tecnología y buscar aplicar los avances de la misma en lo relativo a monitoreo de pulseras magnéticas de rastreadores satelitales, cercos perimetrales, prisión domiciliaria monitoreada entre otras.

Si bien tanto el caso "Loyo frayre" como así también el dictamen de la procuración en el plenario "Díaz Bessone" sentaron bases o mejor dicho plantearon ciertos criterios a la hora del dictado de la prisión preventiva y pusieron un freno a su excesiva aplicación por parte de los encargados de impartir justicia, debería existir un mayor compromiso por parte de ellos que son quienes cuentan con las herramientas necesarias para garantizar el debido proceso tanto en la sustanciación del mismo como en el cumplimiento del plazo razonable.

Este excesivo transcurso del tiempo produce además de los padecimientos propios del encierro, algo que va mucho más allá, y es la incertidumbre que se genera en la espera de una resolución que ponga fin a la misma ya sea condenando o absolviendo.

Otro tema central del trabajo se orientaba a la necesidad de un plazo razonable de detención y nos hacíamos la pregunta ¿qué es considerado un plazo razonable?, para una persona que en caso de ser considerada inocente ha sido privado de uno de los bienes más preciados para todo ser humano como es la libertad ambulatoria, aunque si bien luego tendrá derecho a una reparación por parte del Estado el tiempo preciado perdido es irrecuperable.

La duración excesiva de un proceso judicial no solo afecta el derecho del imputado ser juzgado rápidamente sino que viola muchos de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución Nacional, creemos que el avance en la unificación de criterios a la hora de la fijación de un plazo razonable si bien no concebimos la idea de detención sin condena, (salvo excepcionalísimos casos), bien ha sido un cambio importante a la hora de su aplicación.

También lo que establece la Corte a través de sus fallos cuando impide que se detenga a una persona y se la mantenga privada de su libertad basándose en la repercusión social del hecho o la gravedad del delito que se le imputa ,eran claramente decisiones que se justificaban en el derecho penal de autor y no como está siendo o intentando ser en la actualidad una detención excepcionalísima respondiendo a una gran cantidad de puntos que ayudan a guiar a una decisión correcta como lo es, las cuestiones particulares del imputado, su familia, si tiene un trabajo fijo, una cuestión de arraigo y demás cuestiones fundadas en situaciones objetivas del caso pero a su vez subjetivas en la relación del mismo frente al hecho delictivo.

Otro de los puntos a nuestro juicio de gran avance es el referido al peligro procesal estableciendo fundamentos concretos a la hora de definirlo, si realmente existe un peligro de fuga, si el imputado cuenta con los medios para obstaculizar el accionar de la justicia y sobre todo el límite que se le impone al estado con respecto al exceso de tiempo de detención de una persona imponiéndole un tope a partir del cual la misma se vuelve ilegítima y evitando así que se extienda indefinidamente y que se sostenga un peligro procesal que ya no es tal o ha cesado, como así también al cumplimiento del máximo tiempo de detención deba ser sustituido por otra medida alternativa y no pueda reinvocarse nuevamente.

Porque si bien los procesos penales pueden ser de extensa duración por la complejidad de la causa y se autoriza a que dicha detención se prolongue por un tiempo más, no es menos cierto que existe un procedimiento a cumplirse para esta extensión que protege el derecho a la libertad del imputado mediante la fundamentación de esta prórroga.

No existen soluciones mágicas a la problemática existente que rodea la prisión preventiva, su excesiva aplicación, su no respeto por los principios básicos de proporcionalidad del hecho delictivo con la detención o su carácter de excepcionalísimo, las posibles soluciones las debemos buscar en nuestro propio sistema jurídico mediante la creación de una oficina de medios alternativos y sustitutivos de la detención, que se dedique a controlar las medidas impuestas y lograr un minucioso seguimiento.

También estableciendo una escalada de medidas alternativas acorde a la situación personal de cada detenido buscando encontrar aquella que mejor se amolde al mismo y en caso de no encontrar o encontrando no cumple con las expectativas deseadas, no caer en la prisión preventiva sino buscar otra que pueda suplir aquella que no funcionó, es decir buscar

la medida alternativa menos gravosa para el imputado pero que cumpla los fines por las que fue impuesto.

Otra cosa importante es la capacitación permanente por parte de jueces y fiscales ya que son ellos los encargados de que se cumplan con los fines procesales y que se llegue a la verdad de los hechos garantizando el derecho de defensa en juicio, estando actualizados en la medidas alternativas a la prisión preventiva buscando optimizar su uso y desalentar el encarcelamiento preventivo ya que en pleno siglo XXI no podemos seguir permitiendo encierros sin condena, cárceles para esconder el fracaso del sistema penal.

Podemos concluir el presente trabajo que si luego de la encarcelación preventiva, el detenido resultó verdaderamente culpable, tiene derecho a que se compute el tiempo transcurrido como parte de la condena en espera. Por otro lado si el imputado resultare inocente de culpa y cargo y de acuerdo a nuestro sistema que sigue el principio de reparación del daño, lo convierte en damnificado y víctima por el cual podrá reclamar al Estado una reparación que si bien no subsanará el martirio sufrido aminorará el perjuicio.

Bibliografía.

Doctrina

- ❖ BALCARCE; F,I, (2008).*Manual de derecho Procesal Penal*. Ed. Astrea.
- ❖ BALCARCE; F, I (1996). *Presunción de inocencia*. Ed. Marcos Lerner
- ❖ BECCARIA, C. (1997). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires. Ed. Altaya.
- ❖ BIGLIANI, P. y BOVINO. A. (2008) .*Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires. Ed. del Puerto.
- ❖ BOVINO, A.(1997) *El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos Humanos*, en ABREGU, M. y COURTIS, C. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, Ed. Del puerto.
- ❖ BINDER, A,(1993). *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires ed. Ad-hoc.
- ❖ BOVINO, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires. Ed. del puerto.
- ❖ BINDER, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal, (2da edición)*, Ed. Ad-hoc.
- ❖ CAFFERATA NORES,J.(2004). *La entidad de la amenaza penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del encarcelamiento del imputado durante el proceso?.*Córdoba, Argentina. Ed. Lexis Nexis.
- ❖ CAFFERATA NORES, J.,I y MONTERO,R.(h). (2001). *El imputado*. Córdoba. Ed. Lerner.
- ❖ CAFFERATA NORES, J.I.(1998) "Limitación temporal de la prisión preventiva, en cuestiones actuales sobre el proceso penal". Buenos Aires. Ed. Ediar.
- ❖ CAFFERATA NORES, J., I y TARDITTI,A. (2003). Código procesal penal de la provincia de Córdoba. Comentado. Tomo I. Córdoba. Ed. Mediterránea.
- ❖ CAFFERATA NORES, J.,I., MONTERO (h),J., VELEZ, V., M., FERRER, C., F., NOVILLO CORVALAN, M., BALCARSE, F., HAIRABEDIAN, M., FRASCAROLI, M., S., AROCENA, G., A. (2004) *Manual de derecho procesal penal*, Córdoba. Ed. Advocatus.
- ❖ CAFFERATA NORES, J, I. y GRAVIER, T. (2014). *Prisión preventiva. Caso Loyo Frayre*, Córdoba. Ed. Mediterránea.

- ❖ CARRARA F. (1976) "Opúsculos de Derecho Criminal", Bogotá. Colombia . Ed. Temis.
- ❖ CLARIA OLMEDO, J (1966). *Tratado de Derecho Procesal Penal*; Ed. Ediar; Buenos Aires.
- ❖ CORIGLIANO.M.(s/f) "*Plazo razonable y la prisión preventiva en la Jurisprudencia de la CIDH*".
Recuperado: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,535,0,0,1,0>
- ❖ DIARIO DE CHUBUT, (2007) "*Entrevista Eugenio Zaffaroni, La prisión preventiva*" (recuperado el 21 de febrero de 2007).
<http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/2048>.
- ❖ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2016).
Disponible en: <http://www.rae.es/>
- ❖ FINZI. M. (1952). *La prisión preventiva*. Buenos Aires. Ed. Depalma.
- ❖ FOUCAULT. M. (2002). *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires. Ed. Siglo XXI.
- ❖ GEORGIO, A. M. (2015). *medidas de coerción, la prisión preventiva*. Buenos Aires. Ed. Dunken.
- ❖ LA ROSA, M. R,(2016). "*Principios fundamentales de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*" Disponible Online:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42898.pdf>
- ❖ LORENZO L, RIEGO C, DUCE M, (2011). "*Prisión Preventiva y reforma Procesal penal en Argentina*". Santiago de Chile. Ed. Alfa beta. Disponible Online en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina33389.pdf>
- ❖ MAIER, J. C. (1995). *Derecho Procesal Penal, Fundamentos I*. Editores del Puerto.
- ❖ NUÑEZ, R., C. (1987). *Tratado de derecho Penal. Tomo I*. Córdoba. Ed. Lerner.
- ❖ PASTOR, D. R. (1993). "*El encarcelamiento preventivo, en AAVV. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*". Buenos Aires. Ed. Del puerto.
- ❖ RODRIGUEZ HENAIN, D.(1996). "*ley 24390,prisión preventiva, plazo máximo, computo del encarcelamiento cautelar, análisis dogmático y jurisprudencial*". Santa Fe. Ed. Juris.
- ❖ RUSCONI.,M. (1997). *Prisión preventiva y límites al poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento*.

- ❖ SANCHEZ SANTANDER J.M, TROMBATORE V.(2017) "*Criterio Procesalista y Sustancialista*".Recuperado:<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,855,0,0,1,0>.
- ❖ SERGI, N.(2001) "*Límites temporales a la prisión preventiva*"; Revista Nueva Doctrina Penal; Buenos Aires. Ed. Puerto Rico. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/04/doctrina30474.pdf>
- ❖ SOLER, S. (1945). *Derecho Penal Argentino. tomo I*. Buenos Aires. Ed. La Ley.
- ❖ VELEZ MARICONDE (1956) *Estudios de Derecho Procesal Penal II*. Ed. UNC.
- ❖ VIVAS USSHER. G., (1999). *Derecho Procesal penal II*, Córdoba, Ed. Alveroni.
- ❖ ZAFFARONI, E.R (2011) "*La Cuestión Criminal*" Disponible Online: <https://www.pagina12.com.ar/diario/especiales/18-175157-2011-08-23.html>
- ❖ ZAFFARONI, E. R.(1977). *Manual de derecho penal, Parte General*. Ed. Ediar.
- ❖ ZAFFARONI, E. R. ALAGIA, A y SLOKAR, A,(2008). *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar.
- ❖ ZAFFARONI, E. R.(2005). *Manual de Derecho Penal, parte general*". Ed. Ediar.
- ❖ ZAFFARONI.E.R.(1984).*Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables*, .Doctrina Penal, Ediciones De palma.

Legislación.

- ❖ Constitución Nacional Argentina
- ❖ Declaración Universal de Derechos Humanos
- ❖ Código Procesal penal de la Nación
- ❖ Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba

- ❖ Código penal de la Nación
- ❖ Constitución de la Provincia de Córdoba
- ❖ Ley 10.366: modificación del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba
- ❖ Ley 24.660: penas privativas de libertad
- ❖ Ley 24.390: Plazos de la prisión preventiva
- ❖ Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
- ❖ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudencia

- ❖ C.N.C.P" Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de la ley", acuerdo plenario n°13.(2008).
Recuperado Plenario Diaz Bessone .<http://www.diariojudicial.com/nota/22375>
- ❖ C.S.J.N "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus".(2005).
www.saij.gob.ar/...verbitsky-horacio.../123456789-913-0005-0ots-eupmocsollaf.
- ❖ Procurador G.N.A "Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p.s.a. estafa reiterada".S.C.L.196, L.XLIX (2014).
<http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/38767-prision-preventiva-morigeracion-caso-loyo-fraire>
- ❖ C.S.J.N" Loyo Fraire, Gabriel Eduardo". L. 193. XLIX. (2014).
- ❖ Corte IDH" Tibi vs Ecuador"(2004).
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- ❖ Corte IDH" López Álvarez vs Honduras"(2006).
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
- ❖ T.S.J.P.C "B.L.M: p.s.a. abuso sexual calificado por el uso de armas, recurso de casación". (SAC 806944). (2014).
- ❖ T.S.J.P.C."*B.S.D. p.s.a abuso sexual con acceso carnal*"(Expte.1462165),recurso de Casación. (2014).
- ❖ T.S.J.P.C." Corvalán Marcelo Eduardo, p.s.a. violación de domicilio. Recurso de Casación". (SAC 1367933). (2014).
- ❖ P.G.N.A .“Merlini, Ariel Osvaldo s/ p.s.a. estafa procesal”, causa S.C. M. 960. XLVIII (2014)

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21.

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo 21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución.

<p>Autor-Tesista <i>(apellido y nombre/s completos)</i></p>	Rodríguez Luciano, Martín
<p>DNI <i>(del autor-tesista)</i></p>	28.654.220
<p>Título y subtítulo <i>(completos de la tesis)</i></p>	<p>Criterios de aplicación de la prisión preventiva. "La razonabilidad del plazo de detención y" el peligro procesal"</p>
<p>Correo electrónico <i>(del autor- tesista)</i></p>	Luciano_231@hotmail.com
<p>Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i></p>	Universidad Empresarial Siglo 21
<p>Datos de edición: Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial <i>(en caso que corresponda)</i></p>	

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

Texto completo de toda la tesis (Marcar SI/NO) ⁶⁹	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

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

Lugar y fecha: _____

Firma autor- tesista

Aclaración autor- tesista

Esta Secretaría/ Departamento de Postgrado de la Unidad Académica: _____

_____certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/ Departamento de Postgrado

⁶⁹ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Bibliografía Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (ley 11.723) y propiedad industrial (ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.