

CONSEJO FEDERAL DE INVERIONES

PROYECTO

*“PRISIÓN PREVENTIVA Y DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NORMATIVA,
JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICAS VIGENTES EN LA PROVINCIA DE MENDOZA EN RELACION A
LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES”*

ÍNDICE

I.- ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL, SU NORMATIVA Y PRÁCTICAS VIGENTES EN LA PROVINCIA DE MENDOZA

- A.- Evolución de la legislación provincial sobre medidas de coerción personal:
 - 1.- Introducción
 - 2.- La libertad del imputado en el Código Procesal Penal de Mendoza de 1950
 - a) Lineamientos generales del sistema de VÉLEZ MARICONDE;
 - b) Las medidas de coerción personal de origen administrativo y judicial;
 - c) La excarcelación y sus problemas de interpretación;
 - d) Problemas con la prisión preventiva
- B) La coerción personal en el nuevo Código procesal penal de Mendoza
 - 1) Cambio de sistema
 - 2) ¿La libertad es regla en el nuevo Código?
 - 3) Situación, restricción y mantenimiento de libertad
 - 4) Las medidas de coerción en particular
 - 5) Cese de la prisión preventiva
 - 6) Reemplazo de la excarcelación y la eximición de prisión
 - 7) Principios reguladores de las medidas de coerción a la luz de los estándares internacionales de DDHH
 - 8) Problemas derivados de la vigencia temporo-espacial de la ley procesal

II.- RECOPIACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LAS PRINCIPALES RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES Y ENTREVISTAS A LOS OPERADORES JURÍDICOS EN MATERIA DE COERCIÓN PERSONAL

- A.- Introducción
- B.- Principales resoluciones sobre coerción personal
 - 1. Introducción
 - 2.- Jurisprudencia de la SCJ de Mendoza

3.- Jurisprudencia de las Cámara del Crimen y de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal

C.- Recopilación, sistematización y comparación de datos oficiales de la estadística penitenciaria provincial y del sistema nacional

D.- Entrevistas a operadores jurídicos

E.- Valoración del material

III.- RECOPIACIÓN NORMATIVA

IV.- RELEVAMIENTO BIBLIOGRÁFICO

V.- RELEVAMIENTO DE JURISPRUDENCIA

A.- Jurisprudencia de la CSJN

B.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

C.- Jurisprudencia de tribunales inferiores de Mendoza

D.- Jurisprudencia de la CNCP y otros

VI.- PROPUESTAS SUPERADORAS PARA CONSERVAR EL CARÁCTER PROCESAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A.- La necesidad de acentuar el carácter eminentemente procesal de la prisión preventiva

B.- La justificación de la prisión preventiva como medida residual y su tramitación en audiencia oral

C.- Necesidad de producir información para decidir sobre la prisión preventiva

D.- Regulación de un régimen gradual de las medidas cautelares

VII.- CONCLUSIONES FINALES

I.- ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL, SU NORMATIVA Y PRÁCTICAS VIGENTES EN LA PROVINCIA DE MENDOZA

A.- Evolución de la legislación provincial sobre medidas de coerción personal:

1.- Introducción: La Ley Provincial Nº 6.730 reformó íntegramente el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, estableciendo en sus arts. 280 y 281 la regla procesal cuyo alcance implica la libertad de los imputados durante el proceso penal, inspirándose en los principios contenidos en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía (art. 75 inc. 22 CN).

Sin embargo, a más de 10 años de su sanción, dicha regla ha sido desvirtuada por prácticas judiciales y reformas legislativas posteriores, dictadas con el afán de calmar los reclamos de mayor seguridad ciudadana.

El presente proyecto pretende identificar cuáles son las normas y prácticas vigentes en la provincia de Mendoza en materia de medidas de coerción personal, en especial detención y prisión preventiva, y analizar si los parámetros actuales se adecuan a los estándares nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Eventualmente, formular propuestas que permitan la implementación adecuada de esta medida de coerción en la Provincia de Mendoza, que permitan la implementación adecuada de la norma marco en esta provincia a través de la cooperación de los tres poderes del estado.

2.- La libertad del imputado en el Código Procesal Penal de Mendoza de 1950

a) Lineamientos generales del sistema de VÉLEZ MARICONDE: Cuando la Legislatura de Mendoza encargó la redacción de un nuevo Código Procesal Penal a Alfredo VÉLEZ MARICONDE, tomó una de esas decisiones que trascienden en el tiempo y forman parte del acervo no ya jurídico sino directamente *cultural* de una provincia. No sólo se estaba dejando en manos de una verdadera autoridad en materia procesal el diseño de la justicia penal local, sino que su sola designación implicó en su momento una clara *opción ideológica-jurídica*: frente al sistema inquisitivo aún imperante en la legislación federal y en varias provincias, Mendoza elegía como redactor de su código al promotor del sistema procesal penal mixto en

nuestro país y coautor del Código Procesal Penal de Córdoba de 1939, el más avanzado de su época, dándole asimismo la posibilidad de mejorar su obra.

Precedido de una por momentos brillante y siempre completa *Exposición de Motivos* (algo que no resulta muy común en la historia legislativa argentina), el Código Procesal Penal elaborado por VÉLEZ MARICONDE para nuestra provincia comenzó a regir en 1950 y cubrió largamente las expectativas de la comunidad jurídica local y nacional. Aunque algunos de sus institutos no dieron los resultados esperados y otros fueron reformados con el paso del tiempo y las nuevas necesidades que iban surgiendo, Mendoza contó con un Código avanzado y preciso, que constituyó un modelo de cita obligatoria para el resto del país y que logró, incluso, superar su propia fuente cordobesa.

La opción ideológica-jurídica antes mencionada tenía su máxima repercusión en las medidas de coerción en general. Al peligrosismo del sistema inquisitivo, directamente vulnerante de las más básicas garantías individuales, VÉLEZ MARICONDE opuso el valor de la *libertad* en el proceso penal y su carácter de regla de interpretación de toda norma ritual, al enumerar en el artículo primero de su Código las garantías básicas en la persecución penal (una verdadera declaración de principios políticos que excede largamente el valor de una mera repetición de preceptos constitucionales) y obligar a interpretar en forma restrictiva toda disposición legal que coartara la libertad personal.¹

La inspiración general del Código trasuntaba la idea, propia del procedimiento penal mixto, de considerar al imputado como *persona* y no como *objeto procesal*, lugar al que lo había relegado el sistema inquisitivo. La libertad del imputado era su consecuencia mayor y VÉLEZ MARICONDE bregó por esta concepción a lo largo de toda su obra doctrinaria y codificadora. A la distancia, algunas de sus soluciones resultan criticables: por ejemplo ciertas facultades otorgadas a la policía, o una regulación confusa de la prisión preventiva (aspectos que trataremos con detalle más adelante) pero la orientación liberal de su Código es indiscutible.

¹ Arts. 1 y 3 C.P.P. de Mendoza (ley 1908 y sus modif.). En la *Exposición de Motivos*, página XIV y nota 41 (de la Edición Oficial a cargo de la Dirección de Fallos Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza) VÉLEZ MARICONDE afirma que este último artículo no se encontraba en el Código de Córdoba. Vale aclarar que todas las citas que aquí se hacen del viejo Código Procesal se basan en esta edición.

En cuanto al objeto de este informe, además de lo antes apuntado VÉLEZ MARICONDE redactó una directiva precisa en el artículo 285, con antecedente en el código cordobés: *“La libertad personal podrá ser restringida sólo de acuerdo con las disposiciones de este código y en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley sustantiva”*. Ningún juez podía pasar por encima de esta norma, que con redacción impecable consagraba la *taxatividad* y la naturaleza *cautelar* de toda medida de coerción procesal. La primera impedía a los jueces no sólo crear nuevas medidas o combinar las previstas legalmente, sino también excederse en su aplicación transformando en regla lo que siempre debía ser excepción. De ahí que el propio VÉLEZ MARICONDE explicara que la norma se dictaba *“ante el abuso que generalmente se hace de la detención”*² (que, como veremos, fue precisamente lo que ocurrió en la práctica). Respecto de la naturaleza *cautelar*, VÉLEZ MARICONDE se opuso expresamente a considerar toda medida coercitiva y en particular la prisión preventiva como un anticipo de pena, entendiendo que ésta sólo debía ser autorizada *“con el fin de evitar el peligro de un ‘daño jurídico’: que el imputado, en libertad, consiga burlar la ley, ocultando la verdad o eludiendo la sanción”*.³

b) Las medidas de coerción personal de origen administrativo y judicial: El Código de 1950 en su artículo 192 inc. 7 imponía a la policía judicial la obligación de *aprehender* a presuntos culpables, en los casos y formas que la misma ley regulaba. Esta disposición se complementaba con el deber de aprehender a quien fuese sorprendido *in fraganti* en la comisión de un delito de acción pública y de carácter doloso que mereciera pena privativa de libertad o, en casos de delitos dependientes de instancia privada, cuando quien podía promover la acción expresaba su voluntad de denunciar (artículo 289) y con la obligación de actuar de igual manera cuando se sorprendía a alguien en el momento en que intentaba cometer un delito, o a quien se fugase estando legalmente detenido o existieran contra una persona indicios vehementes de culpabilidad, salvo los que fuesen menores de 18 años (artículo 291).

A la vez, VÉLEZ MARICONDE estructuró las medidas judiciales de coerción personal en forma escalonada y de acuerdo a los fines del proceso. Sin contar el arresto del

² Exposición de Motivos cit., p. XLIV.

³ *Idem*, p. XLVI.

artículo 286 (la medida más excepcional de todas, atento sus presupuestos), el sistema se basó en la citación y la detención. La primera era la más leve y tenía el acotado ámbito de los casos en que no existiera flagrancia y a la vez procediera la condena condicional. Aún así, si el juez estimaba que existía peligro procesal (motivos para presumir que el imputado no cumpliría con la orden de citación, o intentaría destruir los rastros del hecho, o acordarse con sus cómplices, o inducir a falsas declaraciones testimoniales, art. 287) podía ordenar la detención.

Precisamente fue la *detención* el talón de Aquiles del sistema restrictivo de la libertad del imputado en el código de VÉLEZ MARICONDE. Por lo pronto, su carácter *residual* implicaba concederle un terreno de aplicación demasiado amplio, en tanto, al margen de los casos de flagrancia en que procedía la *aprehensión*, la detención era viable: a) en los que, por la pena amenazada, no correspondía aplicar la condena condicional y b) en los casos de peligrosidad procesal (no cumplimiento de la orden de citación, intento de destrucción o falseamiento de la prueba o peligro de acuerdo con sus cómplices). Tales supuestos podían concurrir solos o en forma combinada (art. 287).

Este diseño evidentemente no se condecía con la crítica que el mismo VÉLEZ MARICONDE dirigía en su *Exposición de Motivos* al abuso de la detención, un rasgo que entendía heredado de “*nuestra tradición inquisitiva*” pues –agregaba con sorna– “*algunos parecen no concebir el proceso si el imputado no está en la cárcel*”⁴. Sin embargo, era el propio Código el que permitía el abuso de la detención, circunstancia que era aprovechada por aquellos que sólo concebían el proceso con el imputado preso y que al parecer eran muchos más de los que suponía el profesor cordobés.

La práctica tribunalicia acudió entonces a la *citación* como recurso para evitar las detenciones indiscriminadas, apartándose del sistema legal: en los casos de flagrancia, mayoritarios en un turno, los magistrados calificaban rápidamente el hecho (a veces *in pectore*) en base a los primeros datos transmitidos verbalmente por la policía y consultados los antecedentes policiales del sospechado decidían si

⁴ *Idem*, p. XLIV.

procedía o no su detención. Si el delito era excarcelable y el sujeto no registraba orden de captura quedaba *con su situación librada* y citado a través de la misma policía, fijando el juez en ese mismo momento día y hora de audiencia. Esta discrecionalidad seguramente estaba muy lejos de los planes del codificador, en tanto, y como es lógico también, dejaba la puerta abierta para las detenciones arbitrarias, fundadas sin más en los criterios peligrosistas enunciados por el Código en el art. 287 y amparadas en la facultad verbal prevista en el último párrafo del art 288. En la práctica, tampoco se solía consignar en forma expresa en los expedientes los motivos de la detención. En definitiva, todo dependía del criterio del magistrado interviniente, precisamente lo que VÉLEZ MARICONDE quería evitar.

c) La excarcelación y sus problemas de interpretación: A los inconvenientes originados con el sistema de detención se sumaron los de la excarcelación, la otra cara de la misma moneda. En la *Exposición de Motivos* VÉLEZ MARICONDE explicaba que el diseño de la excarcelación se correspondía con el artículo 35 de la Constitución Provincial⁵ y se separaba del modelo cordobés, en tanto en éste la excarcelación presuponia el auto de prisión preventiva. Los artículos 317 y 318, prácticamente los más aplicados del código y objeto de reformas y contrarreformas permanentes⁶, consagraron un sistema que podría resumirse del siguiente modo: en el art. 317 se preveían las causales de excarcelación, obligatorias para el juez (“*Deberá*”, comenzaba diciendo el artículo). Las más importantes eran las dos primeras: cuando el o los delitos⁷ atribuidos al imputado estuviesen reprimidos con pena privativa de la libertad cuyo máximo no excediese de ocho años de prisión (lo que se denominó *excarcelación automática*) y cuando “*no obstante exceder de dicho término, se estime prima facie que procederá condena de ejecución condicional*”. En el art. 318 se establecían como causales obstativas de la excarcelación la “*condena anterior registrada por el imputado*” sin que hubiese corrido el término del artículo 50 del Código Penal y la rebeldía.

Pocos puntos se plantearon más problemáticos en este Código como el significado de *condena anterior*, una solución muy criticada en su momento y objeto de las más

⁵ Artículo 35, Constitución de Mendoza.

⁶ Deben tenerse presente las sucesivas reformas.

⁷ Sobre esta expresión, ver la *Exposición de Motivos*, p. XLVI

diversas interpretaciones⁸. La remisión al artículo 50 de la ley sustantiva también originó otras cuestiones, en particular si el legislador provincial estaba o no facultado para acudir a institutos regulados por el Código Penal, lo que evidentemente ponía en crisis aquella postura que sostenía a rajatabla la facultad privativa de las provincias en diseñar sus códigos procesales. Finalmente, en los últimos años de vigencia del código terminó con la confrontación interpretativa al establecer que “*no podrá concederse la excarcelación a los que tengan una condena anterior, cumplida total o parcialmente, salvo que haya corrido el término del artículo 50 del Código Penal*”⁹, lo que despejó toda duda sobre la procedencia de la excarcelación de aquellos que sólo hubiesen sufrido condena de ejecución condicional.

La eximición de prisión (art. 338) por su parte se desnaturalizaba convirtiéndose en general en un mero trámite confirmatorio de la libertad del imputado que no estaba detenido. Aún más: ni siquiera tenía trámite específico ni plazo alguno en el código y se resolvía recién al momento del auto de procesamiento.

En suma, más allá de las disquisiciones doctrinarias y los vaivenes jurisprudenciales, el sistema de libertad caucionada del viejo código funcionaba en la práctica de la siguiente manera: en los casos en que correspondía citación, el juez decidía sobre la libertad del imputado al momento de *resolver su situación* (esto es, en el auto de procesamiento) en el que generalmente concedía la eximición de prisión. En los casos de detención la excarcelación dependía de cada situación particular, atento la calificación legal del delito atribuido y los antecedentes del imputado.

d) Problemas con la prisión preventiva: En la Exposición de Motivos VÉLEZ MARICONDE le dedicó dos largos párrafos al problema de la prisión preventiva. Comenzó haciendo referencia a la necesidad de distinguir el encarcelamiento provisorio del auto de procesamiento¹⁰ e insistió en la exigencia de respetar la naturaleza “*procesal*” del instituto entendido como medida cautelar. Según sus

⁸ Por todos, el ya citado artículo de Oscar Dimas AGÜERO: *El significado de la ‘condena anterior’ como impedimento para la libertad caucionada...*cit., J.A., 1988-II, P. Suprema Corte de Justicia de Mendoza *in re* Ortiz, L.S. 273-296 y *Jurisprudencia de Mendoza* t. 53, p. 238; 1era. Cámara del Crimen *in re* Cristofolletti, *Jurisprudencia de Mendoza* t. 49, p. 91 y ss.

⁹ Ello fue merced a la ley 7.105, sancionada el 26 de marzo de 2003, promulgada por decreto n° 549/03 del 11 de abril y publicada en el boletín oficial el 16 de abril del mismo año.

¹⁰ *Exposición de Motivos* cit., p. XLVI. Aunque no lo menciona expresamente, todo indica que la comparación se dirige al Código de Procedimiento Criminal Federal por entonces vigente.

propias palabras “En la actualidad, esta función del auto de procesamiento (concretar la infracción penal, individualizar al presunto delincuente y perfeccionar la relación procesal, el agregado es nuestro) la realiza el de prisión preventiva, designación evidentemente impropia; aquél es indispensable en todo proceso, como que es el presupuesto de la acusación, mientras que el segundo sólo puede dictarse cuando el hecho está reprimido con pena privativa de libertad, de lo contrario deberá dictarse el auto de procesamiento sin prisión preventiva”¹¹. Precisamente por eso, agregaba, “los jueces se han visto obligados en caso contrario a dictar y no hacer efectivo el auto de prisión preventiva lo que implica recurrir a una absurda suspensión o simplemente a declarar que concurren los requisitos necesarios para dictarlo”.¹²

Aunque el final del párrafo es oscuro, se desprende que lo que perseguía Vélez era evitar el dictado *meramente formal* de la prisión preventiva, desnaturalizando su esencia cautelar. Pero si esto debía ser así, no se entendía la redacción del artículo 312 al disponer que: “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al decretar el procesamiento, sin perjuicio de confirmar, en su caso, la excarcelación que antes le hubiese concedido”, enumerando luego los supuestos: cuando el delito atribuido mereciera pena privativa de libertad cuyo máximo excediera de tres años y cuando, si éste fuere inferior, apareciera aplicable el artículo 318 o aquél no tuviere domicilio, o hubiese motivos para creer que trataría de eludir la acción de la justicia.

Llama la atención que en un código cuidado como el de Vélez, dotado en general de precisión terminológica se encuentre este artículo, una inconsecuencia sistemática que, como era de esperar, condujo precisamente a lo que el propio codificador intentaba erradicar: la *formalidad* de la prisión preventiva o, en otras palabras, la mera fórmula vacía de *prisión preventiva sin prisión preventiva* dictada promiscuamente en el interlocutorio más trascendente de la instrucción, oportunidad en la que se confirmaba la excarcelación antes concedida. El artículo era para desorientar a cualquiera, por una sencilla razón: lógicamente si se había concedido

¹¹ Así surge claramente *a contrario sensum* de lo que regulaba el art. 312 del Código de Vélez Mariconde, es decir que aún cuando se dictara el *procesamiento* no debía dictarse la *prisión preventiva* cuando no se daban los presupuestos para ello, es decir cuando el delito se encontraba reprimido sólo con penas de multa o inhabilitación, o cuando la pena de prisión no superaba los dos años en su máximo y no había causales obstativas a la excarcelación, se poseía domicilio o no existía peligro de fuga.

¹² V. *Exposición de Motivos* cit., p. XLV.

la excarcelación en los primeros momentos de la instrucción, luego no correspondía dictar la prisión preventiva y viceversa. A esto se sumaban los supuestos de los incisos 1 y 2 del artículo que antes resumimos y que fueron objeto de crítica puntual en cada uno de sus términos.

B) La coerción personal en el nuevo Código procesal penal de Mendoza

1) Cambio de sistema: La nueva normativa procesal penal provincial, y en términos de tiempos sociales, nos impide realizar un juicio de valor general sobre el nuevo Código Procesal Penal. Aún así, los institutos novedosos incorporados en su implementación parcial desde enero de 2000 han merecido crítica dispar: algunos han sido aceptados, como las salas de juicios unipersonales, y otros muy criticados, como el principio de oportunidad. También su aplicación práctica ha sido irregular: por ejemplo las salas unipersonales y el juicio abreviado son implementados a diario mientras que el principio de oportunidad depende del criterio de cada fiscal y tribunal. En cambio, el querellante ha hecho su ingreso pacífico en el proceso, no así la figura del arrepentido y del agente encubierto, cuyas experiencias locales han sido muy poco productivas y hasta temerarias.

Por ello, debe pasar algún tiempo para saber si el nuevo Código trae aparejado un cambio cualitativo en la administración de justicia penal similar al que en su momento significó la sanción del Código de VÉLEZ MARICONDE. Mientras tanto, su sola lectura sólo nos permite hacer un pronóstico reservado.

El nuevo texto legal deja demasiado espacio a la arbitrariedad judicial, si bien hay que convenir que la nueva configuración de nuestra Constitución federal con la jerarquización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y los avances operados en la ciencia del derecho procesal en particular, sumado a los cambios que ha experimentado nuestra sociedad exigen un nuevo procedimiento que combine agilidad en la investigación con respeto por las garantías individuales¹³.

¹³ Sobre esto, Gustavo AROCENA, *Reflexiones sobre las incumbencias del juez durante la etapa de investigación preliminar del proceso penal* en AROCENA-BALCARCE, *Análisis Penal Procesal* cit., pp. 225-226.

Un fenómeno patente, para quien lo quisiese ver, era la crisis irresoluble del sistema mixto del anterior Código. En lo estrictamente técnico, nunca pudo superar su principal crítica basada en la confusión entre la función jurisdiccional y persecutoria, pese a implementar el principio *ne procedat iudex ex officio* (uno de los principales avances en relación al sistema inquisitivo). En la práctica, el juez de instrucción concentraba todas las facultades esenciales del proceso, salvo la promoción de la acción penal, valorando la prueba por él colectada¹⁴, llegando en algunos casos, hasta suplir la actividad de la propia defensa técnica del imputado.

En este esquema, el fiscal de instrucción quedaba relegado al rol de cómodo observador del proceso, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de las causas se iniciaban cuando la autoridad prevencional promovía la acción penal con menores formalidades que las impuestas al órgano del Ministerio Público. Esta violación de la “*garantía de separación*”, como la llama FERRAJOLI,¹⁵ con la consiguiente valoración arbitraria de la prueba se sumaba a una delegación excesiva de otras facultades en la policía y a un fenómeno operado dentro de la misma magistratura: la distribución irracional de la fuerza de trabajo. Los jueces de instrucción y los fiscales correccionales concentraban la parte más pesada del esfuerzo diario tribunalicio con el consiguiente aumento del estrés laboral y el deterioro de la calidad del servicio de justicia. Todo esto, más otros detalles que no vienen al caso puntualizar aquí, llevaban a la necesidad de modificar radicalmente el procedimiento, incapaz ya de contener una verdadera inflación en el número de procesos penales originada en el aumento de la conflictividad social, o al menos de las respectivas denuncias.

Ahora bien, mucho se ha escrito sobre la conveniencia del procedimiento acusatorio y no es nuestra intención terciar en una disputa que hoy prácticamente ha cesado a favor del nuevo sistema. Sin embargo, si queremos destacar que el nuevo Código provincial introduce un cambio de paradigma, de similar magnitud al que en su momento implicó la sanción del Código de 1950, en sintonía con el perfil actual de la Constitución Nacional. La pregunta que intentaremos responder con este trabajo es si tal cambio sustancial ha alcanzado a las medidas de coerción personal.

¹⁴ “Utopía institucional del control propio” según AROCENA, *Reflexiones...cit.*, pp. 232-233.

¹⁵ Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón cit.*, p. 567 y ss.

2) ¿La libertad es la regla en el nuevo Código?: La base del sistema de coerción personal que actualmente rige en nuestra provincia es el vigente Código Procesal Penal de Córdoba, prácticamente copiado al pie de la letra. Los comentaristas de esta ley al abordar en líneas generales los capítulos sobre coerción personal señalan que la virtud mayor del mismo es el respeto a la libertad personal, erigido en *regla* en el nuevo sistema, en un todo de acuerdo con las normas constitucionales federales.

Es innegable que la *configuración* de las medidas coercitivas personales en el nuevo Código de Mendoza aparecen más precisas desde el punto de vista técnico y con una marcada orientación más *procesalista* que el Código anterior. Sin embargo, no hay que olvidar, como se expresó anteriormente¹⁶, que VÉLEZ MARICONDE también pretendió erigir la libertad del imputado como regla en el proceso penal y, si la base de su código se desvirtuó, contribuyeron a ello no sólo ciertos defectos de técnica legislativa sino también claros vicios en su puesta en práctica. Nadie puede afirmar seriamente que el Código de 1950 haya partido de la restricción a la libertad como pauta esencial en materia de medidas coercitivas, algo que sí ocurría antes de la fecha de su sanción en nuestra Provincia y, en el ámbito federal, hasta la sanción del nuevo Código de 1992.¹⁷

De modo tal que a la pregunta formulada en el acápite, la primera en orden lógico, debe responderse con cautela en tanto la idea motora de las medidas de coerción no ha cambiado en el nuevo procedimiento. Lo que sí se ha modificado es el *diseño* de las medidas coercitivas personales, superando al anterior, es la elasticidad y la reafirmación *de la libertad del imputado como regla*. Sin embargo, aun persiste la posibilidad de caer en las mismas confusiones y vicios que oscurecían la práctica tribunalicia y que antes reseñamos.

3) Situación, restricción y mantenimiento de libertad: A diferencia del anterior Código que preveía abigarradamente las normas sobre coerción personal junto con el procesamiento, falta de mérito y sobreseimiento en un solo título dedicado a la

¹⁶ Ver art. 285 Código Procesal Penal de VELEZ MARICONDE (Ley 1.908)

¹⁷ Un repaso sobre esta cuestión en LAVADO, Diego Jorge y VEGA, Dante Marcelo: "El nuevo Código Procesal Penal de Mendoza. Análisis en genera". En "Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza", Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pp. 22 y ss.

Situación del Imputado, hoy las medidas de coerción personal cuentan con un Título específico, dándole importancia autónoma e independiente.

El Capítulo I está dedicado a las reglas generales sobre coerción, previéndose en tres artículos la *situación, restricción y mantenimiento* de la libertad. Así, comienza con el artículo 280 consagrando la *“situación de libertad”* como regla en materia coercitiva. Lo que en el Código anterior se deducía de la interpretación sistemática de diversos artículos, hoy tiene previsión expresa. Es decir, salvo las excepciones puntualmente previstas en la ley, toda persona imputada de un delito debe permanecer libre y pudiéndose prestar caución como garantía de su sujeción al proceso, pudiéndose incluso prescindirse de ésta en ciertos casos, con lo que el legislador no hace otra cosa que favorecer la aplicación de la regla.

La excepción no varía sustancialmente si se la compara con las restricciones que en su momento estableció el Código anterior para la libertad. El artículo 281 repite en su primer párrafo la fórmula general consagrada en la mayoría de los códigos mixtos del siglo pasado: *“La restricción a la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley”*. El párrafo segundo consagra la jurisdiccionalidad en el *control* de las medidas restrictivas (no en su imposición, ver arts. 344 y 345) y el tercero establece la necesidad de preservar en la medida de lo posible la persona y reputación del afectado en la ejecución de las medidas restrictivas.

Se cierra el capítulo con el artículo 282 dedicado al *“Mantenimiento de la libertad”* que si bien puede recordar al viejo instituto de la *“presentación espontánea”* es sustancialmente distinto, más técnico y flexible y de orientación diferente, acorde al nuevo sistema general de las medidas coercitivas y resultando corolario lógico de la regla de libertad prevista en el artículo 280.

4) Las medidas de coerción en particular: En el Capítulo II del Título VII el Código regula cada una de las medidas de coerción en particular. Al igual que lo que ocurre con la aprehensión en flagrancia (art. 287) y los otros casos de aprehensión de origen administrativo (art. 289), tampoco innova el nuevo Código al prever la citación (art. 283), la detención (art. 284), el arresto (art. 286) y la prisión preventiva (art. 293)

como medidas coercitivas personales escalonadas según las necesidades del proceso. Las modificaciones se encuentran en la *configuración* de cada una de ellas (salvo el arresto, cuyos supuestos de procedencia son los mismos que en el Código anterior) y en la inclusión de la incomunicación como medida coercitiva (art. 285).

La ley simplifica los supuestos de citación y detención: la primera es la regla (art. 283 primer párrafo) y la segunda procede excepcionalmente cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad y en principio no aparezca procedente la condena de ejecución condicional o cuando, procediendo ésta, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación (arts. 284 y 293, incisos 1 y 2). A simple vista no hay mucha novedad en la configuración de ambas medidas, salvo la eliminación de la flagrancia como supuesto automático de detención; dicho de otro modo, a diferencia del viejo sistema (cfr. art. 287 Código de 1950) la aprehensión en flagrancia no conduce necesariamente a la detención sino que aprehensión y detención son tratadas en forma separada y, aunque lleven al mismo resultado inmediato en cuanto a la libertad del imputado (art. 292), la situación posterior del mismo depende de otras circunstancias. Pero hasta allí llegan las novedades y el Código sigue acudiendo a las tradicionales *fumus boni iuris* y *periculum mora* como causales de detención.

También se simplifica el tratamiento de la *prisión preventiva* evitando los defectos del sistema anterior, pero abriendo otros interrogantes que antes estaban salvados por los institutos de la exención de prisión y excarcelación. El Código no innova revolucionariamente en este talón de Aquiles del procedimiento penal moderno, pero intenta regularlo de una manera más prolija al mostrarla como lo que en definitiva es: la medida coercitiva personal más grave y excepcional del sistema. Por tal motivo dispone su naturaleza *jurisdiccional*, aunque en la enumeración de los supuestos que dan lugar a la misma (no procedencia de la condena de ejecución condicional y vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación) se amplía ostensiblemente el ámbito discrecional del juez sobre la libertad del imputado, lo que antiguamente se encontraba acotado por la obligatoriedad de la excarcelación y eximición de prisión cuando éstas resultaban

procedentes. Por otro lado y con acierto se introduce como novedad, en el último párrafo del art. 293, la regulación específica de ciertos *indicios de peligrosidad procesal* no contemplados en la ley anterior.

En el nuevo sistema desaparece el auto de procesamiento como requisito formal e ineludible para el cierre de toda investigación preparatoria. Hoy, en los casos en que procede, es la prisión preventiva la que debe ser dictada mediante resolución fundada por el Juez de Garantías, prácticamente con los mismos requisitos de forma que se exigían para el antiguo auto de procesamiento (cfr. art. 309 Código de 1950 y art. 294 actual), convirtiéndose actualmente en la decisión más trascendente de este órgano jurisdiccional.

La eliminación del auto de procesamiento (una solución que compartimos) probablemente no será aceptada pacíficamente por los operadores del sistema ya que significa apartarse expresamente de las enseñanzas de VÉLEZ MARICONDE y CLARIÁ OLMEDO que lo consideraban como una resolución esencial en todo trámite instructorio. Sin embargo, con ello se eliminan también sus variantes: el mentado *auto de procesamiento sin prisión preventiva* y aquella ficción que podría denominarse *auto de procesamiento con prisión preventiva confirmando la excarcelación anterior* que tanta confusión generó y que lo único que lograba era desnaturalizar el propio instituto del encarcelamiento cautelar.

5) Cese de la Prisión Preventiva: Otra innovación trascendente del nuevo Código son los supuestos de procedencia del instituto de *cesación de la prisión preventiva*. Antes de su vigencia existía en el proceso penal una suerte de *resignación* frente al encarcelamiento cautelar: la discusión sobre la libertad del imputado se desarrollaba en los primeros momentos de la instrucción y una vez dictado por el juez el procesamiento con prisión preventiva poco había para hacer en la etapa preparatoria al respecto y los defensores trasladaban generalmente su estrategia al juicio propiamente dicho. Hoy la situación es distinta y, coherentemente con los postulados generales, es posible que de oficio o a pedido del imputado no sólo se evite la prisión preventiva en supuestos que en el antiguo régimen era de aplicación automática sino también que se *revise* la misma una vez dictada, planteando su revocación (art. 295 del CPP). El encarcelamiento cautelar pierde así su carácter

rígido y tizado de adelanto de pena, para adoptar un formato más *procesalista* y vinculado directamente con las necesidades de cada caso en concreto.

Todo esto se completa con lo dispuesto en el artículo 298 que, pese a lo restringido de su título (“*Detención domiciliaria*”) posibilita por primera vez en nuestro sistema procesal imponer *medidas alternativas* al encarcelamiento cautelar efectivo. Estas pueden consistir en la prisión domiciliaria o en técnicas o sistemas electrónicos que permitan controlar la sujeción del imputado al proceso sin privárselo efectivamente de su libertad.

6) Reemplazo de la Excarcelación y la Eximición de Prisión: En el nuevo sistema procesal se ha eliminado también toda referencia a la excarcelación y eximición de prisión, lo que guardaría coherencia con el objetivo general de considerar la libertad del imputado como regla y, además, dado la semántica de los vocablos *eximición* y *excarcelación*.

Sistemáticamente, la solución es correcta: las medidas de coerción personal que pueden prolongar la privación de la libertad del imputado más allá de la demora y la aprehensión (detención, arresto y prisión preventiva) tienen fijado en el nuevo Código como presupuesto general que la restricción de la libertad sólo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley (art. 281), además de sus requisitos particulares en cada caso. Cuando éstos no concurren, hay que aplicar el artículo 280 (“*Situación de libertad*”) que prevé *in genere* la libertad caucionada. La demora regulada por las leyes policiales, el arresto (art. 286) y la aprehensión en flagrancia (art. 287) pueden transformarse en detención (arts. 284 y 293 incisos 1º y 2º) y ésta a su vez en prisión preventiva (art. 293); pero en todo momento regirá el principio general del art. 280 que permite mantener la situación de libertad. Incluso la detención (art. 293 1º párrafo *contrario sensu*) y la prisión preventiva pueden cesar en cualquier momento (art. 295), verificados los extremos legales.

En un esquema así, que prevé normas generales de situación y restricción de libertad y disposiciones particulares sobre medidas coercitivas personales, no parece necesario dedicar regla específica alguna a la excarcelación ni a la eximición de

prisión, absorbida esta última por otra norma general referida al “*Situación de Libertad*” (art. 280).

Además de la coherencia sistemática, con la eliminación de estos institutos el Código pretende evitar una fuente de problemas y un ritualismo inútil, manteniendo la supresión de toda referencia a la “condena anterior” que pudiera registrar el imputado como causal obstativa de su libertad, un requisito que abiertamente vulneraba el principio de inocencia en el viejo código y que, en la etapa final de su vigencia, fue moderado en sus efectos.¹⁸

No obstante ello no deja de preocuparnos los efectos contrarios que de las distintas interpretaciones pudieran surgir a raíz de esta transformación normativa. Sin duda ello puede ocurrir si se realiza una apreciación demasiado esquemática o rígida de los nuevos institutos, sumándose de ese modo a la *cruzada contra el delito* que actualmente acecha las garantías individuales y que postula un *derecho penal del enemigo* o *derecho a la seguridad ciudadana* que suplante al *derecho penal del ciudadano* que debe regir en un Estado democrático de derecho. Sobre este punto volveremos mas adelante, al ocuparnos puntualmente de la prisión preventiva.

7) Principios reguladores de las medidas de coerción a la luz de los estándares internacionales de DDHH

Es necesario partir de que el fundamento constitucional básico que debe iluminar la interpretación de este tema es que la ley fundamental impide que se trate como culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, mientras el Estado no pronuncie una sentencia que así lo declare¹⁹. Es que cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dice que “*nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”, consagró la llamada presunción de inocencia jerarquía constitucional.²⁰

¹⁸ La ley 7.105 (publicada en el boletín oficial el 16 de abril de 2003) terminó con la confrontación interpretativa del viejo art. 318 al eliminar toda duda de que la condena anterior que obstaba a la excarcelación era sólo aquella que se había cumplido total o parcialmente y no la impuesta en forma condicional.

¹⁹ MAIER Julio B.J. "Derecho Procesal Penal", Bs. As. Ed. Editores del Puerto, 1999, T. I, 2º edición, 1º reimpresión, p. 490

²⁰ CARRIÓ, Alejandro, "La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional -una relación cambiante y difícil", Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1988, p. 13

En este sentido ya se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde un viejo precedente de 1871, al decir que *“es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario”* (Fallos: 10:338). Axioma que tiempo después (1905) acuñó en la definición de *“presunción de inculpabilidad”* (Fallos: 102:219) y más recientemente se concreta cuando nuestro más alto Tribunal expresa *“cuando el art. 18 de la C.N. dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme”* (Nápoli, Erika Elizabeth, sentencia del 22/12/1998, considerando 5º). Así también ha manifestado que *“la excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley de forma”* (Fallos: 7:368; 16:88; 54:264; 64:352; 102:219 y 312:185), y que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en esa materia son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (causa: R.324 XXIII, "Rodríguez Landívar, Blanca Sofía s/incidente de excarcelación", del 6 de agosto de 1991).

Esta última afirmación, como se ha ido repitiendo a lo largo de este informe, equivale a señalar que como correlato de este estado de inocencia, surge el derecho de la persona a gozar de libertad durante el proceso, que tiene jerarquía constitucional (Fallos: 314:451, considerando 2º).

Sin embargo, *“los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica); y el derecho a la libertad durante el proceso está condicionado a las leyes que reglamentan su ejercicio”* (Fallos: 304:319, 1524).

En verdad, el condicionamiento viene dado por cuanto la afirmación de que el inculpado de un delito debe ser tratado como inocente hasta tanto no se demuestre

lo contrario, y no se ha podido sostener al punto de eliminar toda posibilidad de utilizar la coerción estatal, incluso sobre la misma persona del imputado, durante el procedimiento de persecución penal²¹. Sucede que es propio ya del concepto de política criminal la tensión entre interés en la libertad y el interés en la persecución y para conseguir un equilibrio entre ambos se trata de llegar efectivamente a una síntesis dialéctica.²²

Resulta que, *"si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se imponga"*²³

Entonces, específicamente la prisión preventiva *"consiste en la restricción coactiva de la libertad ambulatoria de una persona, y esa restricción de naturaleza cautelar se aplica sobre una persona que, por imperio del art. 18 de la Constitución Nacional, goza del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal"* (Fallos: 320:212).

Al respecto ha dicho la Corte Suprema que la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación, sino también para garantizar que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata, en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente (Fallos: 280:297), pues la idea de justicia impone que el derecho de la

²¹ MAIER, Julio, ob. cit., p. 510.

²² ROXIN, Claus. "Política Criminal y Sistema del derecho penal", p. 110.

²³ PESSOA, Nelson R. "Fundamentos Constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación", pp. 55/157.

sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro (Fallos: 272:188).

Ahora bien, la **normativa internacional de DDHH**, a partir de su incorporación al orden jurídico argentino, dotados actualmente de jerarquía constitucional, expresan que *"la prisión preventiva solo puede tener carácter excepcional"* o que *"la prisión preventiva no puede ser la regla general"* (art. 9.3 del PIDCyP, art. 7 de la CADH)²⁴.

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"*. Este es el alcance que también quedó cristalizado en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación, cuando afirma 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"*. Así lo entendió también nuestra Corte Suprema en la sentencia del 22 de diciembre de 1998 (considerando 7º) cuando, con cita del precedente de Fallos 102:219, sostuvo que *"la prisión preventiva no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones"* (causa N.284 XXXII Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P. considerando 19).

²⁴ OTTAVIANO, Santiago "La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal", en "Los derechos humanos en el proceso penal": GARCÍA, Luis M. coordinador, Biblioteca de estudios penales, Universidad Austral. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, P. 210/211.

En esa misma oportunidad, en la misma línea de pensamiento, la Corte agregó (considerando 18 del fallo en análisis), que *"el derecho nacional se ve enriquecido con los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual jerarquía constitucional según la reforma de 1994"*. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo) ha consagrado dentro del contexto general de los instrumentos internacionales vigentes, que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (confr.: caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77).

Por lo expuesto, los requisitos exigidos para la aplicación de las medidas de coerción de la libertad son:

1.- En atención a su ***naturaleza estrictamente cautelar***, la prisión preventiva requiere para su procedencia la acreditación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Es decir que sólo si se acredita al mismo tiempo la seriedad de la imputación y el riesgo de frustración de los fines del proceso resulta procedente la medida cautelar. El primer término, también llamado *fumus boni iuris*, *"se relaciona con la exigencia de pruebas que sustentan la aparente culpa del individuo, como presupuesto indispensable para la eventual restricción a su libertad durante el proceso; de donde surge la obligación de acreditar satisfactoriamente la verosimilitud -al menos, en grado de apariencia- del derecho invocado, cuya duda o ausencia a la vista del juez o tribunal torna improcedente la cautela interesada"*.²⁵

²⁵ LA ROSA , ob. cit., p. 271, con cita de Chiara Díaz, "Las medidas de coerción en el proceso penal a propósito de un fallo acertado", L.L. 2001-D-735.

La Comisión Interamericana ha dicho que *"considera 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"* (informe 2/97).

Por su parte, en relación al otro requisito, llamado *periculum in mora* -que se debe dar simultáneamente con el anterior-, justifica la necesidad de imponer la medida en tanto se advierta un riesgo para el derecho que se quiere proteger -en el caso, la actuación efectiva de la ley penal y la buena marcha del proceso-, si no se aplica tempestivamente la medida cautelar.

2.- El principio de proporcionalidad de esta medida cautelar impone que la misma debe ser acorde al peligro que se quiere evitar. En este sentido, el art. 17 del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (*"Reglas de Mallorca"*) dispone que *"en relación con la adopción de las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo adoptado"*.

En definitiva, en virtud de este principio, se impone como necesaria la existencia de una relación entre el rigor de la medida de coerción y el fin procesal que se pretende asegurar.

3.- La excepcionalidad de la misma emerge claramente del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho de defensa. Así lo afirmó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 2/97 (sobre Argentina), señalando además que este carácter de la detención preventiva como una medida excepcional, implica que se aplique solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruir evidencia.-

4.- El **carácter provisional de las medidas coercitivas** implica que las mismas deben aplicarse conforme un estricto criterio de necesidad actual y concreta, atento al grave grado de afectación de los derechos individuales. Por ello, nunca son definitivas, sino que deben ser revisadas en cualquier momento del proceso, y *"solo pueden justificarse mientras persistan las razones que las han determinado, pues mantienen su vigencia en tanto subsistan las circunstancias que las engendraron, es decir mientras continúan existiendo todos sus presupuestos. De tal modo, si dejan de ser necesarias, deben cesar"*²⁶.

Así las cosas, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido una doctrina clara y constante respecto de la interpretación e integración del orden jurídico, reservando la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal como medida excepcional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de *"incompatibilidad inconciliable"* (Fallos: 322:842; y 322:919); y cuando no exista la posibilidad de otorgarle una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. C.S.J.N.: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros). Razones que conllevan a considerarla como última ratio del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), es decir, procedente *"cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución"* (Fallos: 316:2624).

En definitiva, *"la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan"*, y *"ello comprende no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico"* (Fallos: 287:79).

²⁶ LA ROSA , Mariano R., ob. cit., p. 332

Es en este orden de ideas es que se debe interpretar la normativa citada de nuestro Código procesal Penal (ley 6.370 y cc.) para que dichas disposiciones estén adecuadas con los principios constitucionales e internacionales ya reseñados, como con las reglas interpretativas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dejando a salvo la constitucionalidad de las normas en cuestión.

Se afirma en doctrina que existen distintos modelos legislativos para tener por acreditado el riesgo procesal que permite fundar el encarcelamiento preventivo; y que nuestro código adjetivo adscribe al legalista, en tanto "*el riesgo puede ser tasado de alguna manera por el legislador*".²⁷

Dentro del modelo legalista, los parámetros seleccionados por el legislador pueden estar definidos como meros "*indicadores de riesgo*" -que el juez puede o no considerar relevantes para la solución del caso-, como "*mandato legal*" y como "*presunciones legales*" -de fuga o entorpecimiento de la investigación-. Estas últimas, a su vez, pueden presentarse como presunciones absolutas e incontrovertibles -*iure et de iure*, asimilables de hecho al "*mandato legal*"-, o como presunciones que pueden caer por prueba en contrario (*iuris tantum*).²⁸

Este criterio se afirma por la necesidad de fijar condiciones aptas para el otorgamiento de los beneficios liberatorios en aquellos casos en los que la prisión preventiva -ordenada tan sólo en función de las escalas penales conminadas en abstracto- se tornaba írrita.

En este entendimiento, en la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal había sostenido, mucho antes del precedente "*Díaz Bessone*", que el monto de pena amenazada en abstracto es un parámetro que no es inflexible, y que cabe distinguir, además si la gravedad se da en el caso concreto (confr.: Sala II de esta Cámara Nacional de Casación Penal in re: "Ruiz, Néstor Fabián s/ recurso de casación",

²⁷ SOLIMINE, Marcelo A., "La excarcelación de Chabán, Episodio III. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal: una fértil oportunidad para el estudio del instituto", en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 4/2006, P. 661 y ss.

²⁸ SOLIMINE, ob. cit., P. 669.

causa nº 6.999, reg. 9.226, rta. el 9 de noviembre de 2006; "Reis, Carlos Alberto s/recurso de casación", causa nº 6.358, reg. 8872, rta. el 19/07/06; entre muchos otros). Así como también hizo un análisis de la presunción legal establecida en el art. 316 del C.P.P.N., examinada de manera armónica con las pautas del art. 319 del mismo cuerpo legal y de numerosas condiciones que reforzaban o desvirtuaban el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación establecido en virtud de la presunción legal.

Es por ello que, lleva razón SOLIMINE, cuando dice que *"el art. 316 del C.P.P., debe ser interpretado como un sistema de presunciones legales que opera iuris tantum. Así, cuando el máximo de la escala penal aplicable en abstracto no supera los ocho años de pena privativa de libertad el legislador ha presumido la `no fuga´ del imputado. En cambio, cuando supera tal monto ha presupuesto que fugará. Al resultar ambas presunciones iuris tantum devienen rebatibles por prueba en contrario: para el primer caso (menos de ocho años), acudiendo a indicadores de riesgo procesal que existan en el caso concreto (fundado en la aplicación del art. 319 del C.P.P.); para el segundo caso (más de ocho años), arrojando a través de indicadores de `no fuga´ y de "no entorpecimiento de la investigación" elementos valorativos concretos que permitan tener por desvirtuada tal presunción -que deberán llevar mayor poder de convicción cuanto mayor sea la gravedad de la pena en expectativa."*²⁹

Sin embargo, aún considerándolo un baremo flexible, la fuerza de convicción respecto a la posibilidad de fuga o entorpecimiento de la investigación que arrastra la escala penal prevista para el delito endilgado no es menor, ni tampoco irrazonable. Nuestro máximo tribunal ha señalado que *"el legislador nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 75, inc. 30 de la C.N. estableció un régimen general que regula la libertad durante el proceso y que, en lo que aquí concierne, contempla como supuestos de excarcelación aquellos en los que pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los 8 (ocho) años de pena privativa de la libertad y también en los que, no obstante ello, el juez estimare prima*

²⁹ SOLIMINE ob. cit., p. 671.

facie que procederá condena de ejecución condicional (art. 317, inc. 1º del C.P.P.N.). La restricción de la libertad se funda en ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación" (confr.:causa N.284 XXXII "Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.", rta. el 22 de diciembre de 1998,considerando 8).-

En efecto, y siguiendo a SOLIMINE *"para que la presunción carezca de virtualidad, deberá resultar indefectiblemente cuestionada, con éxito; pues si no se la controvierte -y desvirtúa por prueba en contrario-, la presunción operará plenamente. Así, sólo en el supuesto de que se pretenda desvirtuar la presunción legal, habrá que decidir si ella continúa rigiendo o si, por el contrario, ha perdido virtualidad y deja habilitada la libertad".*

Ahora bien, según este criterio, no resulta posible realizar esta ponderación acerca de la pena en expectativa, sin tener en cuenta la naturaleza del hecho incriminado y así lo contempla expresamente el art. 319 del digesto adjetivo, al enunciar (la provisional valoración de las características del hecho), como parámetro fundante para la presunción de elusión de la acción de la justicia o de entorpecimiento de las investigaciones.

Asimismo, en los informes 12/96 y 2/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se afirma que **la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena** son factores a tenerse en cuenta para evaluar el intento de elusión de la acción de la justicia. Sin embargo con igual claridad ha señalado que ello no resultan suficientes *"luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva"*. En este sentido, remarca la Comisión que *"el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia"* (informe 2/97); invitando a analizar la procedencia o no de una excarcelación a la luz de un análisis de razonabilidad de la duración de la detención preventiva (informe 12/96).

Por su parte, la Comisión Interamericana también plantea como parámetro para tener en cuenta a los efectos de otorgar o denegar una excarcelación el riesgo de comisión de nuevos delitos, indicando que *"cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad"* (informe 2/97).

8.- Problemas derivados de la vigencia temporo-espacial de la ley procesal:

a) Generalidades: La sucesión de leyes penales trae aparejado entre sus temas más problemático el que tiene relación con la validez de la nueva ley en el tiempo, ya que a partir de su entrada en vigencia hay que resolver el problema de si la nueva normativa tiene o no efectos retroactivos.

Según lo dispuesto en el Código Civil las leyes siempre valen para el futuro³⁰, es decir que se consagra el principio de *irretroactividad de la ley* que sin discusión rige en el ámbito penal sustantivo.

Gran parte de la doctrina procesal entiende que este principio de *irretroactividad* tiene una variable trascendente en el derecho penal de forma. A diferencia de lo que sucede en el derecho de fondo, donde el hecho criminal es el punto de referencia, acá toman en cuenta el acto jurídico a realizar, ya que el proceso penal es una serie de actos singulares concatenados entre sí. Es decir que, salvo disposición en contrario la nueva ley se aplicará para todos los procesos futuros y la continuación

³⁰ Código Civil. Art. 2: Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial. Art. 3: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas normas supletorias.

de los ya iniciados, aún antes de su vigencia³¹. Esta concepción, seguida también por la Corte Suprema de Justicia³², identifica como principio *tempus regit actum* soluciona sólo una parte de los problemas prácticos que pueden plantearse con la sanción de un nuevo código.

Otra corriente doctrinaria ha seguido el principio de *irretroactividad* tal como se concibe en el derecho penal sustantivo, por entender que de ese modo se garantizan mejor los derechos del imputado³³. Para esta concepción que toma como base la unidad de la ley procesal, el principio *tempus regit actum* implica una aplicación *retroactiva* de la ley procesal.³⁴

Como podrá apreciarse el marbete de *irretroactividad* o *retroactividad* dependerá del punto de referencia que se tome en cuenta. Por ello, más allá de comulgar con la idea que el principio de *irretroactividad* (respecto al hecho) debe primar en la validez de toda ley penal, sea ésta sustantiva o procesal, entendemos que lo realmente

³¹ Como dice Jorge CLARIÁ OLMEDO: “se aplicarán desde su vigencia aún en los procesos por delitos anteriores, dejando a salvo las posibles excepciones, salvo disposición en contrario (...) la nueva ley regirá para todo proceso a iniciarse y para la continuación de todo proceso ya iniciado”. En: **Derecho Procesal Penal**. (Actualizada por Jorge Eduardo Vázquez Rossi). Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, T. I, P. 108. También en esta posición se enrola Ricardo LEVEN (h) cuando afirma que: “en lo que refiere a los procesos pendientes y aún a los hechos todavía sometidos a proceso, la nueva norma jurídica, una vez sancionada debe ser de inmediato aplicada, porque es de orden público y la nueva se considera más perfecta que la anterior, es decir tiene efecto retroactivo. No se sigue aplicando entonces la norma que regía al tiempo de comisión del delito, como ocurre en el Derecho sustantivo”. En: **Manual de Derecho Procesal Penal**. Perrot, Buenos Aires, 1953, P. 105.

³² Este criterio es que tradicionalmente sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Fallos: 310:2050 (“Firmenich”) y 310:2184 (“Catuzzi”), entre los más recientes, afirmando: “La posibilidad de ejecutar reformas debe ser siempre facultad de la legislatura y se crearía una interminable confusión en los procedimientos, si cada caso bebiera ser solamente sustanciado de acuerdo con las reglas procesales vigentes cuando los hechos ocurrieron y sólo por los Tribunales entonces existentes”.

³³ Tal como lo expresa Eugenio Raúl ZAFFARONI: “El problema que la ley procesal penal en el tiempo plantea a los Derechos Humanos es serio, porque el proceso legal a que debe ser sometida toda persona a la que se pretenda penar no puede quedar arbitrariamente a criterio del legislador, en forma que éste pueda variarlo a su antojo. Es obvio que al menos los criterios valorativos respecto de la prueba, los términos, la amplitud del derecho a la excarcelación o libertad provisoria y, en general, los recursos y su amplitud, son aspectos que el legislador no puede recortar arbitrariamente con posterioridad al hecho, porque lesionan los Derechos Humanos y, fundamentalmente, el derecho al proceso legal. Por “proceso legal” no puede entenderse otra cosa que el proceso que la ley vigente al tiempo del hecho tiene establecido para la realización del derecho penal de fondo cuyas normas se han violado. De lo contrario, cualquier arbitrariedad legislativa podría eliminar las garantías legales de cualquier procesado en el curso del proceso, tales como reducirle su derecho a la libertad, eliminarle recursos, permitir que la prueba se valore conforme a criterios muchos más amplios, etc. (...) La tesis según la cual la garantía de legalidad previa se refiere únicamente a la ley penal y no rige para la procesal penal, no parece ser históricamente correcta, pero, eludiendo toda controvertida opinión doctrinaria, resulta incontestable que, siendo el derecho procesal penal realizador del derecho penal, un derecho penal que se realiza de modo diferente, resulta más o menos riguroso según cual sea la forma de su realización”. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. (Informe final). Depalma. Buenos Aires, 1986, PP. 123/124. Por su parte Fabián BALCARCE, reivindica el principio de irretroactividad respecto al hecho diciendo: “frente al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, en cuanto dirigido a garantizar la seguridad jurídica e impedir la arbitrariedad estatal, no es posible sostener una diferencia entre leyes penales materiales y formales. Ambas forman parte de un mismo fenómeno, el hecho criminal y, por tanto, ambas han de estar sometidas al principio de irretroactividad. Sería totalmente contradictorio no incluir las llamadas formales, pues sólo mediante ellas las materiales cobran vigencia”. **Irretroactividad de la ley penal procesal**. Lerner, Córdoba, 1999, p. 118.

³⁴ Así lo reconoce Jorge CLARIÁ OLMEDO, cuando dice: “es claro que con respecto al delito (el hecho objeto del proceso pendiente o futuro) la inmediata aplicación de la ley significa que es retroactiva, a diferencia de la ley penal que no puede aplicarse si no es más benigna (irretroactividad)”. En: **Derecho Procesal Penal**. (Actualizada por Jorge Eduardo Vázquez Rossi). Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, T. I, PP. 108/109. También Fabián BALCARCE al referirse a la jurisprudencia antes citada dice: “la C.S.N. justificó la retroactividad en la dificultad empírica que hubiera implicado aceptar la tesis contraria”. En: **Irretroactividad de la ley penal procesal**. Lerner, Córdoba, 1999, PP. 96/97.

significativo para el tema que nos ocupa serán las excepciones a la vigencia de este principio.

Tradicionalmente se ha entendido que la validez de una nueva ley no será obstáculo para reconocer eficacia a los actos procesales realizados conforme a lo regulado por las disposiciones derogadas³⁵. Por otra parte, existe amplio consenso en doctrina que en los procesos que versa sobre delitos cometido con anterioridad a la reforma (sea que estos se inician antes o después de su entrada en vigencia) se aplicará siempre aquella ley que en mayor grado garantice los derechos del imputado.³⁶

La primera situación no parece generar mayores discusiones ya que parece ser una forma de garantizar sin sobresaltos la continuidad de los procesos en trámite. Lo mismo ocurrirá con la segunda siempre que limitemos la aplicación de la vieja norma procesal para aquellos casos que involucren en forma directa garantías constitucionales del imputado³⁷, como sucede concretamente con el agravamiento de las medidas de coerción personal. En efecto, si después del hecho se derogaron disposiciones legales que permitían la liberación del detenido, éstas regirán ultra activamente en función del principio *favor rei*³⁸. También podemos advertirse que reciente jurisprudencia viene aplicando el principio *tempus regit actum* aún en los casos en que la nueva ley procesal excluya expresamente su vigencia, con fundamento en la mayor benignidad para el imputado de todo el trámite procesal y

³⁵ Ello será así a partir de la plena vigencia del nuevo código respecto de la validez de los actos procesales llevados a cabo conforme a las disposiciones del viejo, como lo dispone expresamente su art. 566.

³⁶ Esta es la posición mayoritariamente aceptada en la doctrina nacional. Así: En: CLARIÁ OLMEDO, Jorge: **Derecho Procesal Penal**. (Actualizada por Jorge Eduardo Vázquez Rossi). Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, T. I, p. 109. MAIER, Julio: **Derecho Procesal Penal Argentino**. Cit. T. 1a, p. 281; ABALOS, Raúl Washington: **Derecho Procesal Penal: Cuestiones fundamentales**. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 1993, T. I, p. 106. BALCARCE, Fabián: **Irretroactividad de la ley penal procesal**. Lerner, Córdoba, 1999, p. 114. JAUCHEN, Eduardo: **Derechos del imputado**. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2005, p. 448/449.

³⁷ Los problemas que derivarían de la aplicación amplia de este principio, haciéndola extensiva a otras situaciones más difusas, ya fue realizado en nuestra anterior obra cuando dijimos que si se adopta un criterio demasiado amplio “podría llegarse a entender que la participación de la víctima como querellante particular no puede concretarse en los procesos iniciados antes del 30 de diciembre de 1999 (fecha en que entró en vigencia esta nueva figura), ya que sin duda el hecho de que se sume otro sujeto procesal al ejercicio de la acción en más desfavorable para el imputado que si sólo lo hace el Agente Fiscal”: **Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza**. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pp. 45. En igual sentido lo expresa Carlos Washington ABALOS. **Derecho procesal penal**. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 1993, T.I (Cuestiones fundamentales), pp. 76/78 y 108. Una argumentación en contrario efectúa MAIER, Julio. **Derecho procesal penal argentino**. Hammurabi. Buenos Aires, 1989. T.1º (Fundamentos), pp. 280/283.

³⁸ Por ejemplo si en un proceso iniciado antes de que la ley 6.263 derogara en 1995 el inc. 3 del art. 317 del viejo código (que permitía la excarcelación a menores de 21 años aún fuera de los límites previstos para los mayores), se pidiera la excarcelación del menor luego de tal derogación, la antigua ley será la aplicable al caso por ser la que mejor garantiza la libertad del imputado.

no tan solo en lo que hace a las medidas de coerción personal³⁹, donde el tema no deja dudas.

En suma: al igual que en el derecho penal de fondo, también en materia procesal penal la aplicación de la ley más benigna aparece como la única realidad indiscutible, a tal punto que más que una excepción pareciera ser la regla general, independientemente del punto de referencia que se tome (el hecho criminal o el acto procesal) para rotular que una reforma tendrá o no vigencia retroactiva.

b) Particularidades del nuevo Código: A diferencia de lo que ocurrió en 1991 con la sanción del Código Procesal Penal de la Nación (que previó la aplicación alternativa del procedimiento escrito y oral) y siguiendo la modalidad del código de VÉLEZ MARICONDE, la ley 6.730⁴⁰ dispuso la sustitución de su precedente como regulador de todas las causas, salvo disposición en contrario⁴¹. Es decir que, en principio, la nueva norma no solo resultaba aplicable a los procesos que comenzaran a partir de su vigencia, sino también para aquellos que se encontraban ya en trámite, reconociendo validez a los actos cumplidos con anterioridad a su entrada en vigencia.⁴²

³⁹ Así se resolvió cuando la Cámara Nacional Criminal y Correccional de Buenos Aires reconoció validez a la ley 25.779 (que declaraba la invalidez absoluta de las leyes de impunidad) disponiendo la reapertura de las causas n° 450, *Suarez Mason, Carlos Guillermo y otros s/ homicidio, privación de la libertad, etc.* y n° 761 “E.S.M.A., *Hechos denunciados como ocurridos en la Escuela de Mecánica de la Armada*”, donde ese Tribunal sostuvo en sendas resoluciones fechadas 1° de setiembre de 2003 que: “*las leyes sobre procedimiento son de orden público y las nuevas que se dicten se aplican de inmediato a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos o que no contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto (Fallos 249:343 y sus citas). Dicho de otro modo, en materia procesal corresponde estar a la ley existente al momento de llevarse a cabo el proceso, y no a aquella vigente al momento en que los hechos ocurrieron (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n° 1996 “Corres, Julián Oscar s/ recurso de queja”, rta. 13-9-2000, reg. 3773.4 y su cita de Fallos 213:290; 215:467; 274:64; 321:532, entre otros). Precisamente, la condición de norma de orden público del procedimiento a aplicar descarta cualquier posible vulneración de la libertad de defensa en juicio o cualquier otra garantía de orden federal, pues no existe un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento (Fallos 181:288). En este sentido, el artículo 18 de la Constitución Nacional ha venido a proscribir la posibilidad de sacar al acusado de los jueces naturales, para someterlo a Tribunales o jueces accidentales. Mas no se produce esta circunstancia por la mera modificación de las leyes de administración de la justicia criminal, o por la alteración de las jurisdicciones establecidas (Fallos 17:22, entre otras)” (vid resoluciones de fecha 15-5-00, reg. 6/00-P; 6-10-01 reg. 9/01-P; 6-3-02, reg. 1/02-P y más recientemente, reg. 1/03-P de fecha 19-6-03).*

⁴⁰ La ley 6.730, fue sancionada el 16 de noviembre, promulgada el 24 de noviembre y publicada en el Boletín Oficial el 30 de noviembre de 1999.

⁴¹ **Art. 4 - Ámbito temporal:** Este Código será aplicado desde que sea puesto en vigencia, aun en los procesos por delitos anteriores, salvo disposición en contrario.

⁴² **Art. 565 - Procesos Pendientes:** 1) Los procesos pendientes que estuvieren radicados en los juzgados y en las fiscalías de instrucción, continuaran sustanciándose ante esos órganos de acuerdo a las normas que dicte la Suprema Corte de Justicia, conforme al artículo anterior. Esta disposición transitoria para procesos pendientes en los juzgados de instrucción tendrá vigencia durante el plazo de un año, que la Suprema Corte de Justicia podrá ampliar fundadamente un año más. Si el fenecimiento del plazo subsistieran procesos pendientes, por los cuales no corresponda la investigación jurisdiccional serán distribuidos por sorteo entre las fiscalías de instrucción y proseguirán con la investigación según su estado. 2) Los procesos que estuvieren radicados en las fiscalías de instrucción continuaran, sustanciándose según su estado con arreglo a las disposiciones de la presente ley. 3) Los juicios por delito de acción privada que se encontraran radicados en las cámaras del crimen, continuaran tramitándose ante ellas. **Art. 566 - Validez de los actos anteriores:** Los actos cumplidos antes de la vigencia de este código, de acuerdo con las normas del abrogado, conservaran plena validez.

Sin embargo, a partir del 30 de diciembre de 1999 sólo comenzaron a regir 47 artículos del nuevo texto y estaba previsto que el resto del articulado lo hiciera a partir del 30 de diciembre de 2001⁴³. Las dificultades que obstaculizaron su implementación fueron postergando este programa original y las disposiciones sobre este punto sufrieron posteriores modificaciones por las leyes 7.116, 7169, 7.231, 7232.

Por tanto, su vigencia actual se encuentra limitada a algunas circunscripciones de de la Provincia y sólo rige los procesos que se iniciaron con posterioridad al 1º de diciembre de 2004. En concreto, a la fecha se encuentra vigente espacialmente solamente en la 1º y 3º circunscripción judicial de Mendoza. Esta particular situación hace que se encuentre vigente en forma paralela la antigua y la nueva norma. Lo que en relación a las medidas de coerción personal aparece como inaceptable que una misma situación puede ser resuelta de manera distinta según el lugar en que se cometa el hecho. Si bien ello sucede por aplicación de los distintos regímenes procesales (provinciales y nacional), se trata de una consecuencia propia de la autonomía que por la misma Constitución Nacional conservan las provincias, pero no existe disposición alguna que lo justifique en el interior de una misma provincia como para salvar la evidente vulneración que significa al principio de igualdad ante la ley que garantiza expresamente nuestra Constitución provincial. Por el contrario, la reserva de la facultades de legislar en materia procesal, que se podría entender hicieron las provincias en la propia Constitución Nacional, puede llegar a justificar que convivan distintos regimenes procesales a lo largo del País, creándose ciertas desigualdades en materia de coerción personal si analizamos comparativamente el plexo normativo vigente en una provincia respecto de otras, siempre dentro del marco trazado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre

⁴³Tal como lo dispone la ley 6.730 entre sus Disposiciones Transitorias dice el **artículo 562 – Vigencia:** Esta ley empezara a regir a los dos años de su publicación en el boletín Oficial; a excepción de lo dispuesto en los artículos 10, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 45, 46, 103, 104, 105, 106, 107, 128, 129, 130, 297, 298, 359, 365, 418, 419, 420, 452, 477, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 563, 564, 565, lo que entrara en vigencia luego de transcurridos treinta días corridos de la publicación de este Código en el Boletín Oficial de la provincia de Mendoza. Las normas procesales vigentes en la actualidad deberán ser interpretadas en beneficio de la aplicación de las normas contenidas en los artículos señalados. Siguiendo con las disposiciones transitorias el articulado continúa diciendo: **Art. 563 - Facultades transitorias de la Suprema Corte de Justicia:** Además de las facultades previstas en la Constitución de Mendoza, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y leyes especiales, durante los dos primeros años de vigencia de este Código, la Suprema Corte de Justicia deberá realizar la redistribución funcional, abrir o cerrar oficinas, asignar funciones, reorganizar despachos y redistribuir la competencia territorial de los tribunales, siempre que ello resulte indispensable para la aplicación de este Código. **Art. 564 - Actuación del Fiscal Correccional:** El fiscal correccional intervendrá en el ejercicio de la acción penal persecutoria, tan solo durante la sustanciación del juicio correccional establecida en el artículo 417 y a las normas que el mismo remite.

derechos humanos⁴⁴. Pero resulta inaceptable que ello ocurra en el interior de una misma provincia, sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 7 de la Constitución de Mendoza dice muy claramente: *“Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes”*.

Por ello entendemos que las disposiciones más benignas, como sin duda son las que establecen límites a la prisión preventiva, resultan aplicables no sólo a aquellos procesos que se instruyen por el nuevo Código, sino también los que continúan su trámite por la ley 1.908, incluso para aquellos delitos cometidos fuera de los lugares de vigencia de la ley 6.730 y sus modificaciones.⁴⁵

Finalmente, puede tenerse en cuenta que se zanjó la discusión cuando nuestra actual ley de rito penal provincial incorporó un tercer párrafo a su art. 2 por ley 7.231 ordenando que *“La regla enunciada será de particular paliación durante la transición, en que por razones de competencia, los tribunales aplicarán las disposiciones de las leyes 6730 y 1908, con sus respectivas modificaciones, debiéndose entender además, que se aplicará la disposición procesal que sea más beneficiosa al imputado de cualquiera de las leyes indicadas”*.

⁴⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en los autos caratulados “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”: Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva -que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal- las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio. Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal. (Parágrafo 57 de la Sentencia dictada el 3 de mayo de 2005). En el mismo sentido lo entienden ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: quienes sostienen que el Congreso de la Nación tiene la facultad de dictar en materia procesal una ley marco de garantías mínimas, pudiendo las provincias perfeccionar en sus códigos los principios limitadores y, respecto a la prisión preventivas, previendo un uso más limitado, pero nunca podrán extenderla más allá de las pautas federales. **Derecho penal Parte general**. Ediar, Buenos Aires, 2000, PP. 159/160 y 163.

⁴⁵ Así lo entendió también, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, al aplicar el trámite previsto en el artículo 295, inc. 4º a la causa n° 92.725 iniciada con motivo del llamado *“motín vendimial”* acaecido entre el 3 y el 5 de marzo de 2000. Ello puede verificarse en dos resoluciones de la Sala II de nuestro Alto tribunal recaídas en ese expediente, la primera de ellas fecha 19/01/05, la segunda es un incidente que lleva el n° 83.185 e idéntica carátula que el anterior y se encuentra fechada el 29/03/05. En el mismo sentido se pronunció, en mayoría, la Cuarta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza en los autos n° 72.223, caratulados *“F.c/ TELLO FERREYRA, Marcelo y Otros p/ Robo Agravado”*, el 7 de julio de 2005, al aplicar retroactivamente (respecto de hecho) el mentado art. 295, inc. 4º de la ley 6.739 (texto ordenado ley 7.007) en esta causa que por haberse iniciado en el año 2.000 se rige por la ley 1.908).

II.- RECOPIACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LAS PRINCIPALES RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES Y ENTREVISTAS A LOS OPERADORES JURÍDICOS EN MATERIA DE COERCIÓN PERSONAL

A.- Introducción:

Inserto en el marco del proyecto de investigación sobre Prisión Preventiva y Derechos Humanos en la Provincia de Mendoza, este segundo informe desarrolla los siguientes puntos:

1.- Recopilación y sistematización de las principales resoluciones sobre coerción personal, principalmente prisión preventiva, dictadas por Juzgados de Garantía y la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza desde el comienzo de la aplicación de la ley N° 6.730. Recopilar, sistematizar y comparar los datos oficiales de las estadísticas penitenciarias provinciales, con los datos del sistema nacional de estadística sobre la ejecución penal y con los datos oficiales anteriores a la aplicación del nuevo Código Procesal Penal.

2.- Realizar entrevistas con operadores jurídicos involucrados en la temática de estudio, tales como: Procurador de la Suprema Corte de Justicia, Miembros de la Suprema Corte de Justicia, Miembros de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Jueces de Garantía, Director del Servicio Penitenciario Provincial.

B.- Principales resoluciones sobre coerción personal:

1.- Introducción: Como ya lo adelantamos en el Informe Preliminar, la ley Provincial N° 6.730 que reformó íntegramente el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, estableció una nueva estructura en la administración de la Justicia Penal en la Provincia de Mendoza, la que sólo está vigente, de manera plena, en la Primera Circunscripción Judicial (Capital, Godoy Cruz, Guaymallén, Las Heras, Maipú, Lavalle y Luján de Cuyo), donde también tiene su asiento y ámbito de competencia la Cámara Penal de Apelaciones de Mendoza. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que en el transcurso del plazo en el que se ha realizado este informe, ha sido puesta en vigencia la mencionada legislación en el ámbito espacial de la Tercera Circunscripción Judicial (San Martín, Rivadavia, Junín, Santa Rosa y La Paz).

En el nuevo esquema, la Investigación Penal Preparatoria (IPP) se encuentra a cargo de los Fiscales de Instrucción, que han venido a reemplazar en esa tarea a los antiguos Jueces de Instrucción de la ley 1.908, que tienen a su cargo la parte inicial del proceso, y por ello toman la decisión inicial sobre la libertad del imputado. Es decir que, una vez que se toma conocimiento de la existencia de un hecho aparentemente ilícito, el representante del Ministerio Público Fiscal debe decidir si dispone la detención del sospechoso o si lo mantiene en situación de libertad (o viceversa, en el caso en que el sujeto haya sido detenido in fraganti). Sin embargo, la decisión más importante en materia de coerción personal no es competencia de los Fiscales de Instrucción (a diferencia de lo que ocurre en la Provincia de Córdoba), sino de los Jueces de Garantías, que en Mendoza son los magistrados que pueden dictar la prisión preventiva o disponer el recupero de libertad de los imputados que se encuentran detenidos. Por su parte, y finalizando la exposición del esquema judicial de nuestra Provincia, la Cámara Penal de Apelaciones es el tribunal de alzada para la revisión de las decisiones sobre coerción personal que tomen los Jueces de Garantías, ya sea que la vía impugnativa sea promovida por el Ministerio Público o el defensor del imputado.

Es por ello que la tarea inicial para la elaboración de este Primer Informe fue realizar una completa recopilación sobre las principales resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, las distintas Cámaras del Crimen, la Cámara de Apelaciones en lo Penal y los seis Juzgados de Garantías de la Primera Circunscripción Judicial⁴⁶.

2.- Jurisprudencia de la S.C.J. de Mendoza: La Constitución de la Provincia de Mendoza –en su art. 143- permite la división del referido tribunal en diferentes salas para conocer en los recursos determinados tanto por la misma Constitución como por la Ley. De esta manera, la Sala II posee la competencia en material penal pero, a pesar de ello, se ha expedido en escasas oportunidades en materia de coerción personal. Así lo hizo por ejemplo en el año 2004 cuando afirmó que una resolución dictada por una Cámara del Crimen -que versaba Prisión Preventiva- no resultaba recurrible por casación, conforme lo previsto en el art. 475 del C.P.P. (Ley 6.730 t.o.

⁴⁶ Corresponde aclarar aquí que la ausencia de datos respecto a la Tercera Circunscripción se debe a la reciente aplicación de la legislación en dicho ámbito espacial.

Ley 7.007), por no ser uno de los casos especialmente previstos en la ley, ni constituir una sentencia definitiva o auto que ponga fin a la acción a la pena, o haga imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.⁴⁷

No obstante ello, en alguna oportunidad se ha declarado competente para entender en esta materia por intermedio del procedimiento especial de hábeas corpus, que en nuestra provincial se encuentra regulado en la misma ley de rito (arts. 440 y ss.).

En efecto, cuando faltaban pocos meses para que entrara en vigencia la nueva legislación, el máximo tribunal de la provincia hizo lugar a una acción de habeas corpus manifestando que la resolución atacada resultaba manifiestamente arbitraria dado que había negado la excarcelación del imputado, siendo que el delito investigado tiene una pena máxima de siete años y medio por lo que corresponde aplicar el inc. 1° del art. 317 C.P.P (conforme Ley 1.908). Aclara la SCJMza. que la constatación de que el mínimo de la pena permita o no una condena de ejecución en forma condicional (inc. 2° art. 317 C.P.P.), está prevista para el caso en que el máximo exceda de ocho años de prisión y no para aquellos casos en que ello no sucede, como ocurrió *in re* "Morales, José"⁴⁸.

En relación a la prórroga de la Prisión Preventiva, la SCJMza mantiene una jurisprudencia contradictoria, dependiendo de quien es el juez preopinante. Es así que en algunos pronunciamientos el voto de la mayoría han sostenido que debe ratificarse dicha prórroga dispuesta por el Juez de Garantías cuando la complejidad de la causa y la gravedad de los delitos atribuidos así lo justifican, aún cuando se exceda el plazo previsto en el inciso 4° del art. 295 del Código Procesal Penal (Ley 6.730). No obstante, en esa oportunidad la minoría expresó claramente que el mencionado artículo del Código Procesal Penal, cuando reglamenta los supuestos de cesación de la prisión preventiva, es categórico en su inciso 4° al decir que la prisión preventiva no puede exceder el plazo de dos años, y ello es así, debido a que de lo contrario se afectaría entre otros, la presunción de inocencia que posee toda

⁴⁷ SCJ Mza, Sala II, Expediente n° 79227, "F.c/ FUNES, Jorge Ariel Estafa S/ Casación". Auto del 29/03/2004. Magistrados: SALVINI - BÖHM - LLORENTE.

⁴⁸ SCJ Mza, Sala II, Expediente n° 66853, "Habeas Corpus en favor de MORALES, José". Auto del 27/05/1999. LA152-32. Magistrados: BÖHM-NANCLARES-SALVINI.

persona que se encuentra sometido a proceso (art. 18 C. Nacional, art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por otro lado, el basamento de la libertad personal determina que las medidas de coerción que la limitan durante el proceso penal sean siempre provisorias y por ende revisables. El numeral evocado indica que el legislador provincial, ha arbitrado los medios a fin de impedir la duración indefinida de la prisión preventiva⁴⁹.

3.- Jurisprudencia de las Cámaras del Crimen y de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal.

i) Criterios sobre mantenimiento de libertad: Si bien el nuevo Código Procesal Penal de la provincia contempla la creación de la Cámara de Apelaciones en materia penal, la misma no fue integrada sino hasta finales del año 2008. Por tanto durante los primeros años de vigencia de la nueva ley la competencia de alzada sobre las decisiones de los jueces de garantías la mantenían las Cámaras del Crimen.

Así, podemos encontrar durante este período numerosos pronunciamientos trascendentes de estos tribunales, como el de la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, quien al interpretar la novedosa normativa expresó que lo importante, para cualquier decisión sobre libertad del imputado, es el riesgo procesal existente en el caso concreto. En tal oportunidad expresó que el nuevo Código Procesal Penal tiene una redacción compleja que exige, para poder denegar la libertad del imputado (y en su caso la eximición de prisión) y como única forma de garantizar el principio de inocencia y la interpretación restrictiva que se consagra para las medidas de coerción (art. 2 C.P.P. 6.730), imponer "la objetiva y provisional valoración de..." y enumera a continuación una serie de causales que si bien no son taxativas, están indicando la importancia que tiene su correcta valoración. De esta manera, no basta con comprobar la concurrencia de una o más de esas causales en el caso concreto, sino que se exige que de la "objetiva y provisional valoración" de una o más de esas causales, se pueda presumir fundadamente que el causante o bien intentará eludir la acción de la justicia, o pueda llegar a entorpecer la

⁴⁹ SCJ Mza. Sala II, Expediente n° 89879, "*ELIZONDO ZARATE, Fabio y LOPEZ CALLEJA, Alejandro Daniel s/ Prorroga a la prisión preventiva*". Auto del 25/04/2007. Magistrados: SALVINI y LLORENTE (mayoría) - BÖHM (minoría).

investigación.⁵⁰

Ese criterio fue reiterado en numerosos pronunciamientos anteriores de este mismo tribunal, aún con una integración distinta, haciendo referencia a la utilidad que las medidas de coerción deben tener en el proceso. En tal sentido se dijo que: *“al establecer la Constitución el proceso como medio de llegar a la sentencia, debe tenerse por cierto que concede las medidas pertinentes para su normal desarrollo, lo que lleva a sostener que la libertad, antes de la sentencia, sólo puede ser restringida cuando los fines del proceso se encuentren en peligro, ya porque el imputado puede sustraerse a la acción del Estado al no comparecer o eventualmente, a no someterse al cumplimiento de la condena en su contra o porque puede concertarse con sus cómplices o encubridores o modificar, alterar o hacer desaparecer los rastros o pruebas del delito; debiendo ser repulsada toda coerción personal que exceda aquella necesidad, ya que su fundamento reside en evitar que se frustren los fines del proceso”*⁵¹.

En el mismo sentido se ha expresado la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial, al asegurar que *“la prisión preventiva es una medida cautelar de coerción personal. Como tal, queda íntimamente sujeta a un criterio de utilidad procesal: no representa un fin en sí misma, sino que solamente debe ser utilizada si fuera necesaria para la custodia de los fines del proceso, esto es la actuación de la ley penal y la averiguación de la verdad real”*⁵².

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la provincia ha tenido también oportunidad de expedirse sobre los presupuestos mínimos que deben exigirse en las resoluciones que niegan la libertad del detenido o imponen su prisión preventiva.

En tal sentido ha señalado que, en primer lugar, es necesario señalar en forma liminar cuáles deben ser los presupuestos mínimos que debe contener la resolución que resuelve sobre la prisión preventiva, afirmando que los presupuestos mencionados se encuentran referenciados expresamente en el Art. 293 del C.P.P., al disponer que se

⁵⁰ Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial: Expediente n° 3144, *“F.c/ CARRERA, Javier y otros p/ daño y hurto s/ Apelación”*. Auto del 01/03/2004. Magistrados: COMEGLIO - URIARTE – YANZÓN. LA101-225.

⁵¹ Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial: Expediente n° 57823, *“F.c/ AIMAR, Raúl y otros p/ estafa”*. Auto del 26/01/1990. Magistrados CARRIZO-GUINAZU-BARRERA. Ubicación LA087-430).

⁵² Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial: Expediente n° 14551, *“F.c/ PEREZ, Carlos a y otros p/ Homicidio”*. Auto del 07/09/2004. Magistrados: PIÑA - MARTÍNEZ - ARNAL. Ubicación: LA 023-037.

dispondrá la prisión preventiva del imputado siempre que *“existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado”* y se den algunos de los supuestos previstos en los inc. 1º y 2º, como indicios del peligro procesal. Es así que, el *“principio de inocencia que asiste al imputado durante el proceso impide la afectación de cualquiera de sus derechos, incluso –y en especial- el de su libertad ambulatoria (art. 7.1 y 3 CADH), a título de pena anticipada por el delito que se le atribuye. Por tal motivo, la privación de la libertad durante el proceso sólo encontrará excepcional legitimación (ya que “no debe ser la regla general”, según lo dispuesto por el art. 9.3 del P.I.D.C.P.) en cuanto medida cautelar, cuando, existiendo suficientes pruebas de culpabilidad (que muestren como probable la imposición de la condena cuyo justo dictado se quiere cautelar), ella sea imprescindible (máxima necesidad)- y, por tanto, no sustituible por ninguna otra de similar eficacia pero menos severa –para neutralizar el peligro grave (por lo serio y por lo probable)- de que el imputado abuse de su libertad para intentar obstaculizar la investigación, impedir con su fuga la sustanciación completa del proceso (no hay entre nosotros juicio en rebeldía), o eludir el cumplimiento de la pena que se le puede imponer”*.

No obstante lo anterior, la Cámara de Apelaciones también entiende que no puede procederse a la aplicación automática del art. 293 inc. 1º del Código de rito, toda vez que el sistema consagrado por la ley procesal en respeto a la garantía constitucional del principio de inocencia, plasmado en el art. 18 de la Constitución Nacional (a *contrario sensu*), y expresamente en los arts. 8.2 CADH y 14.2 PIDCP, exige la existencia de grave peligro procesal (por lo serio y lo probable), de que si no se impone la coerción, el imputado frustre alguno de los fines del proceso (*periculum in mora*).

Refiere en este aspecto, que el Código individualiza las hipótesis en las que considera que habrá riesgos para los fines del proceso si la coerción no se dispone tempestivamente, a la vez que instituye y regula las medidas coercitivas encaminadas a neutralizarlos, las que tienen diferente intensidad, pretenden ser proporcionales a la gravedad del peligro y hayan sido fijadas “de antemano”. Para dar por existentes tales riesgos procesales que justifican aquellas restricciones y cuya existencia deberá ser demostrada en cada caso, se consultan pautas tanto objetivas (vinculadas a la gravedad de la posible pena a imponer y a las modalidades de ejecución –vgr. que no

sea posible su ejecución condicional-), como subjetivas (relacionadas con la personalidad del imputado).

Sin embargo, aclara que el sólo dato de la no posibilidad *-prima facie-* de condena condicional (art. 293 inc. 1° C.P.P), no resulta mayormente relevante, pues en virtud del mencionado principio de inocencia establecido en el plexo normativo constitucional y procesalmente en el art. 281 –reglamentario de aquél- , lo que en última instancia justificará que a un inocente se lo encarcele preventivamente es la posibilidad de realizar una interferencia razonada de peligro procesal concreto, trasladando el centro del análisis al inc. 2° del art. 293. Al respecto, la importancia del inc. 1° de dicha norma es solo relativa, ya que nada obsta a conceder la libertad aunque no sea procedente la condena de ejecución condicional, como tampoco resulta obligatorio otorgar la libertad si la condena aparece, *prima facie*, como de ejecución condicional.

La Cámara de Apelaciones recuerda que, al referirse al alcance del art. 281 del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, antecedente de nuestro art. 293, la Cámara de Acusación Penal de esa provincia ha dicho que *“afirmar prisiones preventivas con ese solo argumento implica en la praxis, generar automáticamente una categoría de delitos “no excarcelables” (aquellos cuya pena mínima en abstracto supere los tres años de prisión), lo que es contrario a nuestra Constitución Nacional y a las normas supranacionales de derechos humanos vigentes, pues viola los mencionados principios de excepcionalidad e indispensabilidad, derivados directos, a su vez, del principio de inocencia”*. En el mismo sentido se ha expresado Maier Julio en su obra *Derecho Procesal Penal, vol. I: Fundamentos, 2° Edic. del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 525*, entre muchos.

“De allí que, por ejemplo, no sea correcto interpretar la expresión ‘se dispondrá su prisión preventiva’... (si no es prima facie procedente la condena de ejecución condicional) como una obligación de imponer dicha medida en casos de improcedencia objetiva de condenación condicional, pues ello implicaría asignarle a la norma en cuestión un contenido contrario a la Constitución... por eso, toda imposición o todo cese de prisión preventiva, toda confirmación o todo rechazo de dicha medida, debe estar forzosamente fundado en la afirmación o negación, según el caso, de la existencia de ‘vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la

justicia o entorpecer la investigación’, esto es, deberá siempre la fundamentación hacer referencia también a lo dispuesto en el inc. 2° y en el último párrafo del art. 281 del C.P.P (además por cierto del art. 269 de la misma Ley), pues es allí donde el ordenamiento objetivo recepta con mayor claridad el requisito constitucional de la insoslayable presencia de peligro procesal concreto para autorizar, excepcionalmente, el dictado de la medida.

“...El inc. 1°, en cambio –y por lo ya dicho- se relaciona con una pauta que, en el mejor de los casos, constituirá por sí misma un indicio de peligro procesal abstracto, el cual, por razones constitucionales, no es suficiente justificar la imposición de tan gravosa medida de coerción personal. En efecto, que el peligro procesal sea meramente abstracto significa que la posibilidad de su realización no se ha determinado en función de las características específicas del caso concreto, que es lo que corresponde, sino a partir de presunciones apriorísticas y generales. Y esto último está vedado a la autoridad judicial, pues, si se toma en serio la exigencia de indispensabilidad absoluta de la privación de la libertad durante el proceso (C.P.P 269, primer párrafo) es obvio que debe llevarse a cabo un análisis caso por caso, dado que, por principio, nada puede ser indispensable per se o a priori: tal juicio de valor tiene sentido sólo si se lo relaciona con un estado de cosas específicos, esto es: concreto” (Cámara de Acusación Cba. a n° 492 del 19/12/08, “Flores, Marcos Alejandro p/ Encubrimiento”, Actualidad Jurídica de Córdoba n° 133).

Con estos argumentos y citas doctrinarias y jurisprudenciales, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza sostiene que surge claramente la falta de fundamentación de la resolución impugnada en cuanto a la acreditación del peligro procesal concreto que justifique el encarcelamiento preventivo del imputado, lo que torna dicha resolución, en lo que se refiere al mencionado presupuesto en nula, de nulidad absoluta por violación de lo dispuesto en el art. 155 del C.P.P, que dispone expresamente el deber de fundamentar los autos y sentencias.

En el caso, según la Cámara de Apelaciones, el Sr. Juez se limitó a decir que, en consideración a los delitos reprochados y los antecedentes que registra el encartado, resulta inaplicable una condena de ejecución condicional, por lo que su situación encuadra en las previsiones del art. 293 inc. 1° del C.P.P, pudiendo sostenerse con el

grado suficiente que exige ésta etapa procesal, la participación punible de aquel en los hechos endilgados. Es decir, procedió a realizar una aplicación automática del inc. 1° de la mencionada norma, sin ninguna otra apreciación, infiriéndose que la misma contiene una presunción *iure et de iure* de que el imputado intentará eludir el accionar de la justicia simplemente por el hecho de que la posible pena a imponer no sea de ejecución condicional.

No realizó ninguna consideración sobre esa circunstancia, sobre el monto o gravedad de la pena en abstracto, en concreto, sobre la actitud del imputado tratando de impedir su detención, si en caso de imponerse una pena efectiva el mismo sería considerado reincidente y la influencia de ello en la libertad condicional, tiempo de detención en relación a la pena en concreto, etc., circunstancia todas que debieron ser meritadas por el *a quo* para poder concluirse que la resolución recurrida cumplía con los recaudos formales del art. 155 del C.P.P.

Además, como otro dato interesante cabe destacar que la referida Cámara señala que este punto de agravio fue referido por el recurrente sólo al momento de informar, no habiéndose hecho referencia al mismo al interponer el recurso, y por ende, no debería considerarse. Sin embargo, por entender que se trata de una nulidad de tipo absoluta, debe ser declarada de oficio en cualquier estado del proceso, incluso en esta instancia recursiva.⁵³

Ahora bien, en un reciente fallo del 6 de agosto del 2012, "*F. c/ DENITA, Leonardo Adrián p/ Corrupción de Menores Agravada por el vínculo, art. 125 párrafo 3° del CP*", el Tribunal resuelve la solicitud de Recupero de Libertad ante un delito conminado con pena en abstracto de 10 a 15 años de prisión. En su resolutive afirmó que más allá de que la certeza de pena no estuviese probada, por falta de peso probatorio en contra del imputado (refiriéndose a la declaración de la menor y al informe del Cuerpo Médico Forense, sin participación de la defensa técnica), entiende que el mínimo de la pena (10 años de prisión) queda desvirtuado toda vez que su domicilio fijo, su actividad laboral y los altos ingresos del imputado prueban que el mismo no pretenderá fugarse, ya que de lo contrario perdería su trabajo, ingreso y domicilio provincial.

⁵³ Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza. Expediente n° P- 1770/09, "*F. c/Daniel Quinteros p/ Tentativa de homicidio, resistencia a la autoridad y violación de domicilio s/apelación*". Auto del 10 de junio de 2009.

ii) Criterios sobre detención o Prisión Domiciliaria: En materia de detención domiciliaria la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los criterios para su procedencia. En tal sentido ha tenido especialmente en cuenta si esta modalidad de cumplimiento de la detención o la prisión preventiva (según el momento procesal en que se solicite) incrementa el riesgo procesal. Por ello ha dicho que corresponde preguntarse si el peligro de fuga puede razonablemente evitarse con la detención domiciliaria. No puede advertirse en el caso un posible riesgo de entorpecimiento probatorio por parte del acusado, atento al estado alcanzado en la investigación del hecho delictivo: el imputado está identificado, la víctima ha declarado y el arma utilizada fue secuestrada y peritada. El interrogante planteado en torno al eventual peligro de fuga se resuelve negativamente en este caso.⁵⁴

También la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la provincia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los criterios a tener en cuenta al momento de valorar el otorgamiento, o no de la prisión domiciliaria como modalidad de ejecución de la prisión preventiva, regulada en el art. 298 del C.P.P., el art. 32 de la ley 24.660 y el art. 10 del C.P.

En el caso que se analiza, se encontraba debidamente acreditado por informe médico que el imputado padecía una *“patología crónica, irreversible y progresiva, esto es una paraplejia de miembros inferiores (con imposibilidad de mover los mismos), con incapacidad de evacuar la orina en forma voluntaria, por lo que tiene que usar sonda vesical permanente o cateterismo intermitente. Todo este cuadro producido por una lesión a nivel lumbar”*. Asimismo, estaba acreditado que la Penitenciaría Provincial *“no posee un lugar adecuado para su alojamiento”*.

Estas circunstancias (discapacidad del imputado y la imposibilidad penitenciaria de atender las necesidades que aquélla exige) fueron las razones que la Cámara de Apelaciones aceptó para justificar la aplicación del tratamiento diferenciado en miras, fundamentalmente, a la preservación de la salud del imputado.

⁵⁴ Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial: Expediente n° 16539, caratulados "F.c/GEREDUS PERALTA, Federico p/ Robo Calificado", Sentencia del 28/05/2010. Magistrado: OROZCO).

No obstante, este Tribunal aclaró que la adecuación del caso en los supuestos de la prisión domiciliaria no autoriza a su otorgamiento de manera automática, sino que corresponde merituar la necesidad de establecer condiciones para su cumplimiento en miras de preservar los fines procesales que fundamentan la prisión preventiva (art. 280 del C.P.P. Ley 6.730). En tal sentido, el tribunal entendió que si de las condiciones que puedan fijarse, surgen fundados elementos que permitan relativizar el riesgo procesal (peligro de fuga o entorpecimiento probatorio) y las circunstancias de cumplimiento son más favorables al imputado (prisión domiciliaria), corresponde hacer lugar al beneficio.

Al momento de analizar cuales serían los indicios de riesgo procesal y en su caso las condiciones que fundamentarían una relativización del mismo en miras de considerar la posibilidad de cumplimiento de la prisión preventiva en el domicilio del imputado, consideró que un indicio evidente de peligrosidad procesal (fuga) se encuentra en la escala penal aplicable al caso en estudio y sumado a ello las condenas anteriores que padece, situación que no permite una eventual condena de ejecución condicional. También es un dato que gravita negativamente en el análisis del peligro de fuga la posibilidad cierta que tiene el imputado de movilizarse con un vehículo automotor, según constancias de autos.

No obstante, el Tribunal entiende como elemento limitador del peligro de fuga, la misma incapacidad que padece, pues le imposibilita movilizarse con facilidad y le exige el control permanente de su estado de salud. Asimismo, también merituyó a favor del imputado, el otorgamiento del beneficio de la prisión domiciliaria en otra causa, sin que haya sido revocada hasta el cumplimiento de la condena impuesta en esos autos.

Por otro lado, el Tribunal no advierte peligro de entorpecimiento probatorio, en tanto se encuentra concluida la producción de las pruebas relevantes del presente caso.

Por estas circunstancias la Cámara de Apelaciones concede el beneficio de la Prisión Domiciliaria bajo caución real de veinte mil pesos (\$20.000). Dispone que el cumplimiento de la misma sea controlada por intermedio de personal penitenciario –

art. 519 del C.P.P.-, diariamente en horarios discontinuos, debiendo informar semanalmente a la Fiscalía o Tribunal interviniente las novedades que pudieran surgir. También que se realizaran mensualmente encuestas ambientales que tengan por objeto los vecinos del domicilio que se fije y el de la víctima de autos, con la finalidad que se informe sobre las condiciones de cumplimiento de la prisión domiciliaria (art. 280 del C.P.P., ley 6.730). Finalmente, el Tribunal consideró necesario establecer como condición al otorgamiento del beneficio de la prisión domiciliaria, la obligación del imputado de someterse al cuidado de sus padres u otra persona que se ofrezca (art. 280 del C.P.P.), debiendo éstos informar quincenalmente la situación el cumplimiento de la medida dispuesta.⁵⁵

C.- Recopilación, sistematización y comparación de datos oficiales de la estadística penitenciaria provincial y del sistema nacional:

Resulta fundamental a la investigación, establecer la situación real y actual de las penitenciarias de Mendoza, principalmente en relación con los procesados no condenados, para compararlo con los datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución Penal y, con esto, determinar si los criterios de aplicación de la prisión preventiva por la Justicia Provincial incide en la población penitenciaria, con las consecuencias que ello implica.

Es importante resaltar que el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución Penal (SNEEP), es elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal, Subsecretaría de Política Criminal, dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 25.266 que faculta a la Dirección a requerir información a diferentes organismos oficiales con el fin de confeccionar los informes correspondientes.

El último informe publicado es el correspondiente al año 2.008, que determina un crecimiento de la población penitenciaria de más de un 80% en once años: de 29.690 detenidos en 1997 a 54.537 en 2008. Asimismo, los datos citados del SNEEP no contemplan la situación de las personas detenidas en dependencias

⁵⁵ Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Mendoza: Expediente n° P-34.789/09, "Control jurisdiccional en autos N° p-104.207/08". Auto del 2 de junio de 2009.

policiales o de otras fuerzas de seguridad. En la actualidad, más del 10% de las personas encarceladas en nuestro país se encuentra en esa situación⁵⁶.

En consecuencia, solo podremos comparar la situación actual provincial con la situación nacional al 31 de diciembre de 2.008. No obstante, en el informe anual de la Procuración Penitenciaria Nacional podemos observar la situación procesal de la población detenida en el Servicio Penitenciario Federal al 01/01/2.011, lo que nos permite hacer una comparación parcial actual con la situación del Servicio Penitenciario de Mendoza.

Decimos parcial porque la Procuración Penitenciaria Nacional solo tiene competencia en relación a detenidos bajo la jurisdicción de la Justicia Federal, no pudiéndose comparar los datos con detenidos por otras jurisdicciones provinciales.

Por último, debemos señalar que los datos obtenidos de la población penal mendocina, surgen del sistema informático de la Dirección del Servicio Penitenciario Provincial.

1) Situación Procesal de la Población detenida en el Servicio Penitenciario Federal al 01/01/2011

- **Procesados:** 4888 personas
- **Condenados:** 4593 personas
- **Art. 34 y 77:** 43 personas
- TOTAL: 9.524 personas**

Esto indica que el 51,3 % de la población del S.P.F. se encuentra en privada de la libertad sin condena, solo el 48,2% de la población ha sido condena.

⁵⁶ Según menciona el informe del SNEEP del año 2006, si se incluye a los detenidos en comisariás (faltando datos de Jujuy, Misiones y Salta) y en dependencias de la Prefectura y la Gendarmería, la población carcelaria de todo el país se eleva a 60.621. Esto equivale a una tasa de encarcelamiento de 156 personas cada 100.000 habitantes. Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Dirección Nacional de Política Criminal, "Informe Anual de la República Argentina, SNEEP 2006". Disponible en <www.polcrim.jus.gov.ar>.

2) Situación Procesal de la Población detenida en el Servicio Penitenciario Provincial de Mendoza

Parte diario al 14/10/2.010

- **Procesados:** 800 personas
- **Condenados:** 1.331 personas
- TOTAL: 2.131 personas**

Esto indica que el 37,5 % de la población del S.P.P. de Mendoza se encuentra en privada de la libertad sin condena, y el 62,5% de la población ha sido condena.

Parte diario al 14/10/2.011

- **Procesados:** 840 personas
- **Condenados:** 1.451 personas
- TOTAL: 2.291 personas**

Ello indica un aumento de la población en 160 personas, en comparación con el año 2.010, de las cuales hay un 36,6 % de la población del S.P.P. de Mendoza que se encuentra privada de la libertad sin condena, y un 63,4% de la población ha sido condenada.

Los datos antes expuestos demuestran una mínima disminución de la población procesada, particularmente sólo 40 personas en un año.

Estos datos actuales, pueden ser comparados con los datos anteriores a la puesta en marcha del Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza, en diciembre de 2.004.

En ese año, de acuerdo a los datos del informe SNEEP Argentina 2.004, la situación de la población penitenciaria provincial era la siguiente:

Situación al 1/12/2.004

- **Procesados:** 862 personas
- **Condenados:** 1.333 personas
- TOTAL: 2.195 personas**

Esto indica que hasta la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal había un 39,2 % de la población del S.P.P. de Mendoza se encontraba privada de la libertad sin condena, mientras que el 60,8% de la población había sido condena.

Para concluir este punto podemos observar en estos últimos siete años, un pequeño aumento de la población penitenciaria, con una disminución del 3% de los procesados y un igual aumento en condenados.

D.- Entrevistas a operadores jurídicos:

Nos propusimos realizar entrevistas a los principales operadores jurídicos involucrados en la temática de estudio, tales como: Procurador de la Suprema Corte de Justicia, miembros de la Suprema Corte de Justicia, miembros de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Jueces de Garantía y Director del Servicio Penitenciario Provincial.

1.- Metodología de trabajo: El trabajo de campo consistió en entrevistas personales a jueces de garantías, fiscales de instrucción, miembros integrantes de la Cámara de Apelaciones y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y algunos de sus relatores.

Se utilizaron entrevistas semiestructuradas cuya duración aproximada fue de 1 hora y se desarrollaron teniendo como base el siguiente formulario:

- 1) ¿Cuáles son los criterios que utiliza para confirmar la detención y ordenar la prisión preventiva de un imputado?
- 2) ¿Hay alguna variable que predomine sobre las otras para decidir sobre la detención y prisión preventiva?
- 3) ¿En qué casos aplica el instituto de la excarcelación y en cuáles los del recupero de libertad?
- 4) ¿En qué medida se tienen en cuenta los estándares fijados por la CIDH y la Corte IDH?
- 5) La etapa procesal en la que se encuentra el imputado, ¿condiciona la decisión judicial sobre su situación de libertad? y, en su caso, ¿qué estándares se utilizan?

- 6) ¿Influyen las condiciones personales (económicas, familiares, laborales, educativas, antecedentes penales, condenas) del imputado cuando se decide sobre la libertad u ordenar la prisión preventiva?
- 7) ¿Influye la expectativa o probabilidad de condena en los criterios aplicables para resolver sobre la libertad o dictar la prisión preventiva?
- 8) ¿Influye el monto de la pena para valorar el peligro de fuga?
- 9) ¿Influye el tipo de delito imputado para conceder o denegar la libertad o confirmar la prisión preventiva?
- 10) ¿Qué extremo de la escala penal (mínimo, media o máxima) del delito que se imputa tiene en cuenta al momento de decidir sobre detención o prisión preventiva?
¿Por qué?
- 11) ¿Qué criterio sigue respecto de la escala penal de la tentativa o participación secundaria y por qué?
- 12) ¿Cómo interpreta el inc. 2 del art. 293 del C.P.P., reformado por la ley 7.929?
- 13) ¿Cuáles son los antecedentes penales que valora al momento de decidir sobre una libertad o prisión preventiva?
- 14) ¿En qué casos dispone la detención domiciliaria para cumplir la medida de coerción?
- 15) ¿Qué parámetros tiene en cuenta para otorgar o denegar un pedido de detención domiciliaria? ¿Bajo qué circunstancias lo autorizaría a abandonar el domicilio (trabajo, asistencia médica, salud, educación, eventos sociales)?
- 16) Según su apreciación, el nuevo C.P.P., ¿restringió o favoreció el mantenimiento de libertad durante el proceso? ¿Por qué?
- 17) Según su experiencia: ¿Qué porcentaje aproximado de procesos se frustran por entorpecimiento de la investigación a raíz del mantenimiento de libertad?
- 18) Según su experiencia ¿Qué porcentaje aproximado de procesos se frustran debido a que el imputado no concurre al llamado de la autoridad judicial?
- 19) ¿Tiene en cuenta las condiciones carcelarias al momento de confirmar o no una detención o prisión preventiva o para otorgar la detención o prisión domiciliaria?
- 20) ¿Cuáles son los casos que sirven de guía para determinar los criterios que aplica el tribunal respecto a la libertad y prisión preventiva (sean provinciales, nacionales o internacionales)?
- 21) Por favor agregue cualquier otra información que pueda resultar de interés.

E.- Valoración del Material:

En este punto corresponde realizar el análisis y valoración del material recopilado en los puntos anteriores.

1.- Observaciones sobre las entrevistas: Las entrevistas se realizaron con normalidad, respondiéndose a las mismas con responsabilidad y buena predisposición por parte de los funcionarios consultados.

En muchos casos pudo advertirse una disconformidad entre la nueva ley 6.730 con respecto a la ley 1.908. Los magistrados creen que, si bien la nueva legislación puede ser considerada -en términos generales- como más favorable para la libertad del imputado, la antigua normativa era más clara y otorgaba mayor seguridad al juzgador. La necesidad de valorar el peligro procesal de acuerdo al inc. 2º del art. 293 pone al juez en una situación difícil, con un margen de discrecionalidad que ellos mismos consideran amplio.

Los magistrados no hicieron sugerencias concretas en materia legislativa, simplemente se limitaron a decir que el margen de discrecionalidad en materia de medidas de coerción es extenso.

Asimismo, se pudo comprobar que -a criterio de la mayoría de los entrevistados-, el nuevo C.P.P. presenta supuestos menos favorables para el imputado. Esto principalmente en algunos casos de delitos leves para los cuales la ley anterior les dispensaba un tratamiento menos gravoso.

Uno de ellos de los jueces explicó: *“Con el código nuevo se presentado una paradoja. Si bien responde a todo los estándares internacionales, paradójicamente es más severo con respecto a los institutos de la excarcelación, si se lo interpreta literalmente. Sin embargo, hay una disposición en art. 2 de la 6730 que obliga, en el período de transición, a aplicar la ley más benigna. Esta se aplica mucho, sobre todo en casos donde el imputado tiene una condena en suspenso. Según el código nuevo, si se lo interpreta literalmente, procedería dictar la prisión preventiva, mientras que en el código viejo, la condena anterior debía ser total o parcialmente cumplida, cosa que no se da en la condena en suspenso.”*

Sin duda, la plena vigencia de la ley 6.730 con sus reformas en toda la provincia - con la consecuente unificación de los regímenes procesales-, es una necesidad imperiosa. Mantener el régimen ritual doble, vigente actualmente, sería sostener en el tiempo una situación de legalidad dudosa que no hace sino aumentar la discrecionalidad del órgano jurisdiccional hasta un límite intolerable. Si la valoración de las circunstancias de determinación o cese de medidas de coerción, implican por sí mismas los anchos márgenes de decisión a los que hemos aludido, este régimen procesal bifronte, deteriora aún más la seguridad jurídica que un Estado de Derecho debe garantizarle a sus ciudadanos, especialmente a aquellos sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus etapas.

A criterio de los entrevistados, la regla general debe ser la libertad del imputado, consagrada en el art. 280. No obstante, resulta interesante comprobar cómo en algunos casos algunos magistrados cambiaron de parecer un poco por iniciativa propia, otro tanto por el avance de la jurisprudencia que deben seguir. En este sentido el fallo Díaz Bessone, tuvo una importancia capital. Algunos expresaron cómo interpretaban el inc. 1 del art. 293, en forma independiente al inc. 2º, es decir, dictaban la prisión preventiva cuando el caudal probatorio desembocaba en el grado de convicción suficiente señalado en el primer párrafo y no aparecía procedente *prima facie* la condena de ejecución condicional, más allá del peligro procesal. Luego, cambiaron de opinión y comenzaron a analizar el peligro procesal en todos los casos.

Se pudo constatar un discurso un tanto temeroso y en parte incongruente: por un lado, se sostiene desde el punto de vista teórico que la reiteración indica poco; dicen rechazar el *“derecho penal de autor”* y que no es una variable que predomine sobre las otras, porque *“lo más importante es el peligro procesal y no lo que hará en un futuro, pues no lo sabemos”*. Sin embargo, cuando se los consulta sobre la influencia que el tipo de delito cometido tiene (independientemente del monto de la pena) sobre la decisión de dictar la prisión preventiva, la mayoría de los entrevistados respondieron que efectivamente hay delitos *“más graves, más problemáticos que otros”* y que *“hay que resguardar los intereses sociales y minimizar la “peligrosidad social”, porque en cierto casos... es muy probable que vuelvan a cometer esa clase*

de delitos". Entre los delitos "sensibles", ubicaron en primer rango los de índole sexual, luego, y no en todos los casos, las estafas. Se concibe a los agresores sexuales como personas proclives a la reincidencia. Se apela entonces al concepto de "*reiteración*" o "*reiterancia delictiva*".

Acerca de los estándares de la CIDH y de la Corte IDH, los magistrados expresan tenerlos siempre en cuenta, aunque muy pocos recuerdan el nombre de algún caso o asunto ante la CIDH. EL Informe 35/07 de la CIDH fue invocado en varias oportunidades.

Con respecto a las condiciones económicas del imputado, las mismas presentan perfiles que hacen de este parámetro, un estándar anfibológico. Un imputado solvente puede dar la pauta de que no se va a fugar, por tener bienes que perder y asuntos que atender; o bien, como que va a fugarse o a entorpecer la investigación por tener los medios suficientes para hacerlo. En realidad a lo que más se teme no es al entorpecimiento de la investigación, sino a la fuga, y en algunos casos este temor agota el análisis de la peligrosidad procesal (vgr. criterios de la Cámara de Apelaciones).

El segundo párrafo del inc. 2º del art. 293, señala pautas de las que debe extraerse la peligrosidad procesal, pero no es una nómina taxativa. Se pudo comprobar que los magistrados omiten voluntariamente algunos puntos que constan en dicho párrafo (vgr. el goce de dos o más recuperos o excarcelaciones) y valoran o priorizan otros que no figuran en la letra de la norma (vgr. la edad del imputado, si ha estado antes en el penal o será su primera vez). Por otra parte, las condiciones "culturales" y el nivel de instrucción del encartado no constituyen un parámetro de primer orden en el análisis de la peligrosidad procesal.

Durante el trabajo de campo se pudo constatar la existencia de un grave problema con los registros de antecedentes penales a ser consultados por todos los entrevistados y empleados. En forma unánime se señaló que deberían unificarse y mejorarse. Puntualmente el problema consiste en que se informan datos antiguos que no deberían informarse, sobreseimientos de la década del 80 o causas de la década del 70. Dichos datos naufragan por un sistema de registro obsoleto e

inarticulado y de seguridad deficiente (entre ellos los antecedentes policiales, judiciales y penitenciarios).

En muchos casos se relevaron asperezas en la relación entre jueces y fiscales. Los jueces de garantía y secretarios/as atribuyen gran parte de la responsabilidad en el desborde de la prisión preventiva a los fiscales, pues éstos la solicitan en forma irreflexiva, sin valerse de informe alguno. En algunos casos, los magistrados se refirieron al problema de los “fiscales demasiado jóvenes” que elevan a juicio causas que no lo merecen, entre otros puntos cuestionados.

Se recibieron inquietudes acerca del problema que implica no conocer a los seres humanos que están detrás de los expedientes judiciales, aunque no se advierte qué se hace para revertir esa situación y tener en la mayor cantidad de casos posibles, un conocimiento “*de visu*” del sujeto.

Algunos de los entrevistados se refirieron a los beneficios que traería la oralización del proceso en materia de medidas de coerción. Se lograría, según se manifestó, mayor agilidad y una reducción considerable de la prisión preventiva por medio de un dispositivo normativo que obligue a los fiscales a darle a juez de garantías una explicación razonable (fundamentos) de porqué solicita prisión preventiva y no una medida de coerción menos gravosa.

A su vez, manifestaron que, en la aplicación de medidas de coerción menos gravosa para los imputados, sería altamente positivo poner en práctica los sistemas de control electrónicos que menciona el C.P.P. para evitar el encarcelamiento preventivo (art. 298 Ley 6.730). Coinciden también los entrevistados en que la provincia padece de un grave atraso en este sentido, y se afirma que el instituto de la detención domiciliaria contrasta con la notoria ausencia de medios para implementar los mecanismos de control necesarios. Concluyendo, estas deficiencias mencionadas hacen de los institutos procesales que deparan un tratamiento alternativo al encierro, una aspiración de deseos.

2.- Fallos citados por los entrevistados: Los magistrados que citaron jurisprudencia, refirieron, en general, que para su labor cotidiana tienen en cuenta

los siguientes fallos: “*Díaz Bessone*”, “*Mascheraldo*”, “*Chabán*”, “*Nápoli*”, “*Barberá*” y “*Peyrano Basso*”.

III.- RECOPIACIÓN NORMATIVA;

Es importante identificar la legislación vigente que resulta aplicable a las instituciones bajo estudio, en especial la problemática de la detención y la prisión preventiva.

1.- Constitución Nacional: Artículo 18.

2.- Tratados Internacionales: **a)** Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 7; **b)** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículos 9 y 10.

3.- Normas de Soft Law:

a) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Artículo 6;

b) Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal ("*Reglas de Mallorca*"), art. 17.

4.- Legislación nacional: Ley 23.984 (y normas modificatorias y complementarias), Artículos 283, 284 y 312 a 315.

5.- Constitución de la Provincia de Mendoza: Artículo 17.

6.- Legislación provincial:

a) Ley 1.908 (y normas modificatorias y complementarias). Artículos 2, 4, 285, 288, 312 a 316;

b) Ley 6.730 (y normas modificatorias y complementarias), Artículos 280 a 284 y 293 a 297

IV.- RELEVAMIENTO BIBLIOGRÁFICO:

También hemos identificado la bibliografía específica sobre los temas que son materia del presente proyecto y que tiene, tanto alcance general como aquel que se refiere específicamente a la provincia de Mendoza.

1.- ABALOS, Raúl Washington:

Temas de Derecho Procesal Penal: Libertad personal, Aconcagua, Mendoza, 1988.-

Temas de Derecho Procesal Penal V: La excarcelación. Línea, Mendoza, 1989.-

Presentación Espontánea: En Temas de Derecho Procesal Penal. Aconcagua, Mendoza, 1988.-

Derecho Procesal Penal Cuestiones fundamentales. Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 1992, T. I.-

Código Procesal Penal de la Nación. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994.-

Código Procesal Penal de Mendoza Anotado. Morcos-Palet, Mendoza, 1982, T.I.-

2.- ACOSTA, Alejandro.

La prisión domiciliaria. "Revista del Foro de Cuyo", 1998, T. 32, págs. 105/108.-

3.- AGÜERO, Oscar Dimas.

El significado de la 'condena anterior' como impedimento para la libertad caucionada. Un intento de aproximación a la correcta interpretación con particular referencia al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza. J.A., 1988-II, p. 581/582.-

4.- AGUINAGA, Juan Carlos.

Código Procesal Penal de Mendoza, lo que está vigente. Edición del autor, Mendoza, 1999.-

5.- ALCALA- ZAMORA CASTILLO y LEVENE (h).

Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, T. I, 1945.-

6.- ALBANESE, Susana.

Garantías Judiciales. Ediar, Buenos Aires, 2000.-

7.- ARENAL, Concepción.

Estudios Penitenciarios, 2ª. Edición, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1877.-

8.- AROCENA, Gustavo.

Reflexiones sobre las incumbencias del juez durante la etapa de investigación preliminar del proceso penal. En AROCENA, Gustavo y BALCARCE, Fabián. *Análisis Penal Procesal*, pp. 225/226.-

9.- BALCARCE, Fabián.

Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002.-

La coerción personal del imputado. En AROCENA, Gustavo y BALCARCE, Fabián. *Análisis Penal Procesal.* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.-

10.- BELING, Ernesto.

Derecho Procesal Penal (Tr. Goldschmidt y Núñez), Córdoba, 1943.

11.- BIDART CAMPOS, Germán.

El encarcelamiento cautelar de los procesados en la ley 24.390. ED.164-250/251.-

12.- BUNGE CAMPOS, Luís María.

El decreto de seguridad individual de 1811. En HENDLER, Edmundo (compilador). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparativo.* El Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 3/26.-

13.- CAFFERATA NORES, José.

Derechos individuales y proceso penal. Opúsculos de Derecho Penal y Criminología n° 4, Lerner, Córdoba, 1984.-

La excarcelación. Depalma. Buenos Aires, 1988 .T.I.-

Introducción al Derecho Procesal Penal. Lerner, Córdoba, 1994.-

Derecho Procesal penal. Consensos y nuevas ideas. Imprenta del Congreso de la Nación, 1998.-

Manual de Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2004.-

14.- CAFFERATA, José (Compilador).

Eficacia del sistema penal y garantías procesales. Mediterránea, Córdoba. 2004.-

15.- CAFFERATA NORES, José y HAIRABEDIÁN, Maximiliano.

“La indemnización de la prisión preventiva de quien resulte sobreseído o absuelto: amplitud teórica, limitaciones de política legislativa y “sobrelimitaciones” jurisprudenciales”. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales.* Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 116 y ss.-

16.- CAFFERATA NORES, José y TARDITTI, Aida.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado. Mediterránea, Córdoba, 2003, T.1.-

17.- CAFETZOGLUS, Alberto.

Derecho Procesal Penal. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.-

18.- CARRANZA, Elías; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio.

El Preso sin condena en América Latina y El Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de 30 países y propuestas para reducir el fenómeno. Ilanud, San José, 1983.-

19.- CARRARA, Francesco.

Inmoralidad del encarcelamiento preventivo. En *Opúsculos de Derecho Criminal.* Temis, Bogotá, 1978, 2º edición, vol. IV, págs. 225/229.-

20.- CARRIO, Alejandro.

Detenciones arbitrarias y regla de exclusión: Cuando la Corte habla así, da gusto oírlo. *Suplemento de Jurisprudencia Penal,* La Ley, Buenos Aires, mayo de 1995, pgs. 1/26.-

La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional -una relación cambiante y difícil-. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988.-

21.- CEVASCO, Luís.

El sistema de excarcelación tras la reforma constitucional de 1994. L.L. 1997-D, págs. 966 y ss.-

22.- CLARIA OLMEDO, Jorge.

Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad. L.L. T. 155, págs. 1177/1188.-

Tratado de Derecho Procesal Penal. Ediar, Buenos Aires, 1966, T. V.-

Derecho Procesal Penal, (actualizado por Jorge Eduardo VAZQUEZ ROSSI). Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1998, T. I.-

23.- CEVASCO, Luís.

Distintos enfoques en materia de excarcelación. L.L. 1990-D, p. 127.-

La prisión preventiva. Oportunidad en que debe dictarse de acuerdo con su finalidad. L.L. 1980-D- 1209.-

24.- CHICHIZOLA, Mario.

La excarcelación - Libertad bajo caución. L.L., 1965, p. 15.-

25.- CLEMENTE, José Luís.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Lerner, Córdoba, 1998, T. II y III.-

26.- D'ALBORA, Francisco.

Código Procesal Penal de la Nación. Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, 1999.-

27.- DEVOTO, Eleonora.

La prisión preventiva y el Informe 12/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, 18 de agosto de 1998, pgs. 58/62.-

28.- GARCÍA VIZCAÍNO, José.

Libertad bajo fianza. ED, 92-932.-

29.- GHERSI, Carlos.

Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de privación legítima de la libertad y su obligación de reparación del daño individual. Nota a fallo, JA, 1994-1296.-

30.- IZQUIERDO, Florentino.

La responsabilidad del Estado por errores judiciales". La Ley, Buenos Aires, 1986, págs. 33 y ss.-

31.- JAUCHEN, Eduardo.

Derechos del imputado. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 448/449.-

32.- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída.

Reparación de los daños causados por la prisión preventiva. En Revista de Jurisprudencia Provincial de Buenos Aires, febrero de 1994. Año 4, nº 1, págs. 45/58.-

33.- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y PARELLADA, Carlos.

Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial". En AA.VV., *Responsabilidad de los jueces y el Estado por la actividad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986.-

34.- LAJE ANAYA Justo y Otros.

Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Lerner, Córdoba, 2000, T. II.-

35.- LAVADO, Diego.

La razonabilidad de la prisión preventiva en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Libro de ponencias al III Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1990. pgs. 59/64.-

Derecho a ser juzgado en plazo razonable y caducidad de la prisión preventiva - Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza sobre la Ley Nº 24.390", en Revista del Foro de Cuyo nº 22, 1996, págs. 195/214.-

Detenciones Policiales y Derechos Humanos: ¿Averiguación de Antecedentes o Capricho del Agente?. Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derechos Humanos en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Libro de Ponencias, Buenos Aires, 1999.-

36.- LAVADO, Diego Jorge y VEGA, Dante Marcelo.

Estudios sobre el nuevo Código Procesal Penal de Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.-

37.- LEVENE (h), Ricardo

Manual de Derecho Procesal Penal. Perrot, Buenos Aires, 1953.-

38.- LÓPEZ PULEIO, María Fernanda.

Corte Suprema y la limitación al encarcelamiento preventivo. En Revista Nueva Doctrina Penal, 1998/A, pgs. 237/270.-

39.- MAIER, Julio.

La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado. JA Sección Doctrina, 1973, págs. 515 y ss.-

Límite temporal del encarcelamiento preventivo. Revista "Doctrina Penal", Año 3, n° 9/12, Depalma, Buenos Aires, 1980. pgs. 297 y ss.-

Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal. Lerner, Buenos Aires, 1981.-

Derecho Procesal Penal Argentino. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. 1-a.-

40- O´ DONNELL, Daniel.

Protección internacional de los derechos humanos. CAJ-IIDH. Lima, 1988.-

41.- PASTOR, Daniel.

Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo. Nueva Doctrina Penal, 1996-A, p. 283.-

42.- PESSOA, Nelson.

Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.-

43.- PINTO, Mónica.

El principio pro homine: criterios de hermenéutica y práctica para la regulación de los derechos humanos. En Martín ABREGÚ y Christian COURTIS (Compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Del Puerto. Buenos Aires, 1997, pgs. 163/171).-

44.- ROXIN, Claus.

Derecho Procesal Penal (Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor). Buenos Aires, Del Puerto, 2000.-

45.- ROXIN, Claus ARZT y TIEDEMANN.

Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Ariel, Barcelona, 1999.-

46.- RUSCONI, Maximiliano.

Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento. L.L. 1997-E,

47.- SAGARNA, Fernando Alfredo.

La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de personas. LL, 1996-E, Sección Doctrina, pág. 891 y ss.-

48.- SAGÜES, Néstor Pedro.

Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus. Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 1988.-

La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional. En PALOMINO MANCHEGO, José y REMOTTI, José (Coordinadores). *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*. Grijley, Lima, 2000.-

49.- SEMÓN, Juan.

La reparación a las víctimas de errores judiciales. En "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", año XX, T. XIX, nº 2 y 3, Buenos Aires, 1941, págs. 85/86.-

50.- SOLIMINE, Marcelo. SOLIMINE, Marcelo.

Tratado sobre las causales de Excarcelación y Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal de la Nación. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.-

Independencia entre procesamiento y libertad procesal por duda. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Año 4, nº 8-A, págs. 231/232;

51.- TEJEDA, Eves.

Libertad bajo caución. Depalma, Buenos Aires, 1996.-

52- TOZZINI, Carlos A. y Otros

Los procesos y la efectividad de las penas de encierro. Depalma, Buenos Aires, 1978.

53.- VELEZ MARICONDE, Alfredo.

Derecho Procesal Penal, Lerner, Córdoba, 3ª edición, 1986, T. I y II.-

54.- VEZZARO, Darío.

La prisión preventiva en Pensamiento Penal y Criminológico, Revista de Derechos Penal Integrado, nº 2, Editorial Mediterránea, Córdoba, año II, págs. 133 y ss.-

55.- ZOVATTO, Daniel.

Los Estados de excepción y los derechos humanos en América Latina, IIDH/Jurídica Venezolana. Caracas/San José, 1990, pgs. 67/74.-

V.- RELEVAMIENTO DE JURISPRUDENCIA:

A.- Jurisprudencia de la CSJN

1.- Bramajo, Hernán J.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 12/09/1996

Partes: Bramajo, Hernán J.

Publicado en: LA LEY 1996-E , 409

Cita Fallos Corte: 319:1840

Cita Online: AR/JUR/3656/1996

Hechos: Una persona procesada por el delito de homicidio calificado "criminis causae" en concurso material con el de robo doblemente agravado por haber sido cometido con armas, en poblado y en banda, solicitó el beneficio de la excarcelación al cumplir tres años de detención en prisión preventiva, que le fue concedido por la Cámara de Apelaciones, por aplicación del art. 1º de la ley 24.390. Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja. La Corte suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, rechazó la inconstitucionalidad pedida por el apelante respecto de la norma aplicada por el a quo y revocó la resolución impugnada.

Sumarios

1- La validez del art. 1º de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4424) está supeditada a que los plazos fijados no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Cód. de Procedimientos en Materia Penal y Cód. Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.

2- La resolución que concedió la excarcelación es equiparable a sentencia definitiva, tratándose de una cuestión que reviste gravedad institucional, en tanto el criterio adoptado compromete la administración de justicia al afectar la forma de aplicación de la ley procesal penal.

3- Procede el recurso extraordinario si se ha cuestionado la validez de una ley nacional (24.390 --Adla, LIV-D, 4424--) por ser contraria a un tratado internacional y

la decisión ha sido contraria al derecho fundado en éste: art. 14 inc. 3° de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364).

4- La "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), ha sido establecida "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22, párr. 2º, Constitución Nacional), esto es tal como efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

5- La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250).

6- No es sentencia definitiva o equiparable a tal la resolución que concedió la excarcelación (Disidencia de los doctores Fayt, Belluscio y Bossert).

2.- Guerrieri, Pascual Oscar

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 11/12/2007

Partes: Guerrieri, Pascual Oscar

Publicado en: DJ 20/02/2008, 406 -

Cita Fallos Corte: 330:5082

Cita Online: AR/JUR/8009/2007

Hechos: La Cámara Federal de Apelaciones resolvió confirmar la prórroga de la prisión preventiva que respecto del imputado, había sido dispuesta por el juez federal interviniente. La defensa interpuso recurso extraordinario, que fue parcialmente concedido. Sostuvo la inadmisibilidad de establecer una prórroga de la prisión preventiva, por existir un límite fijado legalmente. La Corte Suprema, por mayoría, declara improcedente el remedio federal.

Sumarios

1- Es improcedente el recurso extraordinario por el cual se cuestiona la sentencia que resolvió confirmar la prórroga de la prisión preventiva del imputado, toda vez que los argumentos propuestos por la defensa para sustentar la inteligencia del derecho federal aplicable, no son suficientes para conmovir la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Trusso", 12/11/2003 —LA LEY, 2004-C, 693— al analizar la interpretación y aplicación de la ley 24.390 como

reglamentaria del art. 7, inc. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, LIV-D, 4423; XLIV-B, 1250).

2- Existe cuestión federal bastante a los fines del recurso extraordinario, en tanto se discute la interpretación adjudicada a la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) como lesiva del plazo razonable de la prisión preventiva al que alude el art.7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la decisión ha sido contraria al derecho que la defensa fundó en aquella garantía (art. 14, inc. 3, ley 48 —Adla, 1852-1880, 364—). (Del voto en disidencia de la doctora Argibay).

3- Es equiparable a definitiva a los fines del recurso extraordinario, la sentencia que confirmó la prórroga de la prisión preventiva del imputado, ya que, si se esperase al dictado del fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación nunca podría revisar la aplicación de la cláusula federal destinada exclusivamente a gobernar decisiones previas. (Del voto en disidencia de la doctora Argibay).

4- Debe ser equiparada a definitiva a los fines del recurso extraordinario, la sentencia que confirmó la prórroga de la prisión preventiva del imputado, debido a que el punto constitucional relativo al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sólo resulta aplicable durante el trámite del proceso, es decir, antes que la sentencia definitiva disponga la liberación del acusado o la conversión de la prisión preventiva en cumplimiento de una pena de prisión o reclusión. (Del voto en disidencia de la doctora Argibay).

3.- Nápoli, Erika E. y otros.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 22/12/1998

Partes: Nápoli, Erika E. y otros.

Publicado en: LA LEY 1999-B , 662

Cita Fallos Corte: 321:3630

Cita Online: AR/JUR/3978/1998

Hechos: La Cámara de Apelaciones revocó el pronunciamiento de grado, en cuanto había concedido la excarcelación al imputado en un proceso criminal. Concedido el recurso extraordinario deducido por la defensa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo desestimó.

Sumarios

1- Cuando el art. 18 de la Constitución Nacional dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante sentencia firme.

2- Como consecuencia necesaria del principio de inocencia contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, se ha reconocido la existencia del derecho a gozar de la libertad durante el proceso, al que se le ha conferido jerarquía constitucional, y sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio.

3- El criterio utilizado por el legislador para establecer la presunción de que el imputado podría eludir la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación, a los efectos de la denegación de la excarcelación, se vincula con el monto máximo de la pena considerada en abstracto que fijó para los distintos delitos enumerados en el Código Penal en ejercicio de la prerrogativa que le otorga el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional para declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y, asimismo, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente.

4- La ley 24.410 (Adla, LV-A, 6) calificó como delictiva, en el art. 139 bis del Cód. Penal, la conducta de facilitar, promover o de cualquier modo intermediar en la perpetración de los delitos contra la supresión y suposición del estado civil y de identidad de las personas y excluyó a éstas del régimen general de excarcelación, al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esa hipótesis, en el ejercicio de las prerrogativas legisferantes de los incs. 12 y 30 del art. 75 de la Constitución Nacional.

5- La ley 24.410 (Adla, LV-A, 6) excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación contemplado en el art. 317, inc. 1º del Cód. Procesal Penal exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula, que justifican la detención cautelar consagrada en esos casos.

6- La garantía de igualdad consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de modo que no se trata de una igualdad absoluta o rígida, sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en las mismas circunstancias.

7- Al dictar la ley 24.410 (Adla, LV-A, 6) el Poder Legislativo se apartó del principio de igualdad ante la ley, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de bienes jurídicos mediante el aumento o disminución de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva.

8- La limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o la repulsa social de ciertas conductas --por más aberrantes que puedan ser--, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada.

9- La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, que no debe constituir la regla general, pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia.

10- La ley 24.410 (Adla, LV-A, 6) al vedar la excarcelación para los delitos mencionados en la misma --que de acuerdo con las penas previstas en el código de fondo serían susceptibles de ella--, ha restringido la libertad del imputado con prescindencia de la naturaleza propia que esa restricción debe tener, esto es, no ir más allá de lo estrictamente necesario para conjurar el peligro de fuga o de que se obstaculice la averiguación de la verdad. (Del voto del doctor Fayt).

4.- Kutko, Mario E. y otro

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 26/09/2006

Partes: Kutko, Mario E. y otro

Publicado en: DJ 2007-I, 318

Cita Fallos Corte: 329:4099

Cita Online: AR/JUR/5638/2006

Hechos: Los imputados en una causa penal, luego de estar detenidos durante tres años, solicitaron y obtuvieron la excarcelación. Apeló el Fiscal y la Cámara de Apelaciones revocó el beneficio liberatorio. La defensa articuló un recurso de

casación local mediante el cual denunció la violación de las normas constitucionales que prescriben la razonabilidad del plazo de detención sin condena. El Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires consideró inadmisibile el recurso por no ser asimilable el pronunciamiento a una sentencia definitiva. Plantado un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, la Suprema Corte local lo rechazó. Mediante un recurso extraordinario y un recurso de hecho, la defensa alegó arbitrariedad en la denegatoria. La Corte Suprema admite el recurso y deja sin efecto la sentencia cuestionada.

Sumarios

1- Es procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del superior tribunal de provincia que rechazó un recurso de inaplicabilidad de ley tendiente a cuestionar la declaración de inadmisibilidad de la casación local, en la medida en que con fundamento aparente, que se basa en un aspecto formal de la ley local ritual —sentencia definitiva— se impidió el debate ante una instancia superior de una cuestión federal relativa al plazo razonable de detención preventiva, prescripta por las normas internacionales que integran el plexo constitucional. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

2- Si bien las decisiones que declaran la inadmisibilidad de los recursos locales deducidos ante los tribunales de la causa no justifican —como regla— el otorgamiento del recurso extraordinario, ello no impide invalidar lo decidido cuando la resolución carece de fundamento suficiente y ha frustrado una vía apta para el reconocimiento de los derechos invocados, con menoscabo de la garantía de la defensa en juicio reconocida por el art.18 de la Constitución Nacional. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

3- Toda vez que la resolución que revocó la excarcelación es equiparable a sentencia definitiva, la decisión del superior tribunal de provincia que denegó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley local y el recurso extraordinario federal para soslayar el conocimiento de los agravios postulados, se erigen como arbitrarias pues no debe perderse de vista que el recurso local apuntó a remover los obstáculos rituales alegados por el tribunal de casación para sustraerse al conocimiento de una cuestión de su competencia, esto es, los fundamentos dados por la cámara departamental para entender que el plazo de prisión no es en el caso irrazonable y así revocar la libertad del imputado, a cuyo respecto la corte provincial

debió examinar la procedencia de aplicar la garantía de la doble instancia. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

4- Es arbitraria la sentencia del superior tribunal de provincia que rechazó un recurso de inaplicabilidad de ley tendiente a cuestionar la declaración de inadmisibilidad de la casación local, en tanto restringió indebidamente la vía utilizada por el apelante y denegó finalmente el acceso a la máxima instancia, so pretexto de no reunir la impugnación ciertos recaudos —sentencia definitiva— que taxativamente la ley de rito estipula para la admisibilidad de los recursos extraordinarios locales, lo cual importó soslayar el criterio desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de superior tribunal de la causa. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

5- El apartamiento sin justificación expresa, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de superior tribunal de la causa, se opone al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia, especialmente cuando dicha posición ha sido invocada por el apelante. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

6- La validez constitucional del art. 494 del Cód. Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires se supedita a que las limitaciones que contiene en orden a la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley sean obviadas en aquellos casos dónde se encuentren involucradas cuestiones de índole federal. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

5.- Andrada, Roberto H. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 05/09/2006

Partes: Andrada, Roberto H. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros

Publicado en: DJ 2007-I, 777

Cita Fallos Corte: 329:3806

Cita Online: AR/JUR/5683/2006

Sumarios

1- Es improcedente la demanda por la cual los actores pretenden ser resarcidos por la privación de la libertad sufrida con motivo de una causa penal, ya que la posterior

absolución obedeció a que el tribunal declaró la nulidad de las actas de secuestro y detención y de las de allanamiento y los actos posteriores, por lo que no se puede deducir que se haya reconocido la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva, máxime cuando las constancias de la instrucción —en el caso, se incautaron planchas y billetes falsos— revelan que tales actos se basaron en una apreciación razonable de los elementos de juicio existentes y en la aplicación de las normas procesales vigentes.

2- La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso penal no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revela como incuestionablemente infundado o arbitrario, más no cuando elementos existentes en la causa llevaron a los juzgadores al convencimiento —relativo, dada la etapa del proceso en que se dicta— de que medió un delito y de que existía probabilidad cierta de que el imputado fuese su autor.

3- Cabe rechazar la demanda entablada contra el estado provincial ya que, si bien quedó acreditado el cumplimiento irregular del servicio por el personal policial que tuvo a su cargo el procedimiento que concluyó con la detención de los actores, éstos incurrieron en conductas equívocas y sospechosas, que hacían necesaria la adopción de medidas tendientes a prevenir o reprimir la comisión de delitos —en el caso, en sus comercios se secuestraron planchas y billetes falsos—, y su absolución se fundó en normas reglamentarias de la garantía de la defensa en juicio en el proceso penal, sin expedirse sobre la inexistencia del delito ni la inocencia manifiesta.

4- No cabe condenar a la provincia codemandada a reparar el daño que los actores consideran causado por la privación de la libertad ocurrida con motivo de una causa penal en la cual fueron absueltos, porque el obrar irregular de la policía provincial no puede articularse como concausa para determinar el tiempo de prisión preventiva al no estar vinculado con la falsedad de los hechos imputados —en el caso, asociación ilícita y falsificación de moneda—, sino con la competencia de la institución para actuar de oficio ante la posibilidad de que se estuviese cometiendo un delito. (Del voto de la doctora Argibay).

5- La provincia codemandada debe responder por el daño causado por el cumplimiento irregular del servicio por el personal policial que tuvo a su cargo la investigación que concluyó con la detención de los actores, ya que, al disponer la

absolución de éstos —en el caso, por asociación ilícita y falsificación de moneda—, el tribunal interviniente anuló el acta de secuestro y detención y ordenó investigar la posible comisión de delitos de acción pública por parte de los agentes, además de haber destacado que obraron sin dar noticia ni requerir autorización judicial. (Del voto en disidencia parcial del doctor Zaffaroni).

6- El ejercicio del poder de policía de seguridad estatal impone a sus agentes la preparación técnica y psíquica adecuada para preservar racionalmente la integridad física de los miembros de la sociedad y sus bienes, pues ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y la seguridad de los gobernados y, si para llenar esas funciones se vale de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad manifiesta, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, debe recaer sobre la entidad pública que la ha realizado. (Del voto en disidencia parcial del doctor Zaffaroni).

7- La privación de la libertad sufrida por los actores en un proceso penal que finalizó con su absolución, configura una fuente de aflicciones espirituales que justifica el otorgamiento de una indemnización en concepto de daño moral. (Del voto en disidencia del doctor Zaffaroni).

6.- Azic, Juan Antonio

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 04/11/2008

Partes: Azic, Juan Antonio

Publicado en: La Ley Online;

Cita Fallos Corte: 331:2462

Cita Online: AR/JUR/11116/2008

Sumarios

1- Corresponde desestimar la queja, si no refuta los motivos de la resolución denegatoria del recurso extraordinario.

2- Procede la queja, si el a quo denegó el recurso extraordinario porque la cuestión habría devenido abstracta en razón de la nueva prórroga de la prisión preventiva dispuesta en la causa, pues, dado que el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confiere el derecho que tienen los imputados a un encarcelamiento preventivo limitado en el tiempo o, en caso contrario, a obtener la excarcelación, y éste es el derecho individual que el recurrente reputa violado por la

interpretación de la ley 24.390 (Adla, XLIV-B, 1250; LIV-D, 4423) que sirvió de base para denegar su pedido de libertad provisoria, es contradictorio encontrar abstracto un agravio a esa misma norma porque se tomó una decisión prolongando aún más el encierro que dio lugar al recurso. (Del voto en disidencia de la doctora Argibay).

3- Si bien puede discutirse si es o no excesivo el tiempo que ha pasado el imputado en prisión preventiva, es insostenible negar la actualidad de su agravio sustentado en la interpretación de la ley 24.390 —como lesiva del plazo razonable de la prisión preventiva al que alude el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— (Adla, LIV-D, 4423; XLIV-B, 1250), si no ha terminado el proceso, ni ha recuperado su libertad. (Del voto en disidencia de la doctora Argibay).

7.- Gómez, Alberto

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 14/06/1988

Partes: Gómez, Alberto

Publicado en: LA LEY 1989-B, 604

Cita Fallos Corte: 311:652

Cita Online: AR/JUR/1821/1988

Sumarios

1- El encarcelamiento preventivo sólo se justifica en aquellos casos en que existen elementos que permiten suponer que se frustrará el cumplimiento de los fines del proceso, es decir, la averiguación de la verdad real o la realización del derecho penal material, a través de la efectiva ejecución de la sanción penal, en la medida en que la soltura se encuentre ajustada a la hipótesis de excarcelación previstas por la ley procesal.

8.- Bonsoir, Ramón S. y otros

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 16/02/1989

Partes: Bonsoir, Ramón S. y otros

Publicado en: LA LEY 1989-C, 264 - DJ 1989-2, 552

Cita Fallos Corte: 312:185

Cita Online: AR/JUR/1974/1989

Sumarios

1- La denegatoria de la excarcelación, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior, debe equipararse a una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), por afectar un derecho que requiere tutela inmediata. Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria en la medida en que no se halle involucrada en el caso alguna cuestión federal.

2- Resulta ajeno a la instancia extraordinaria determinar si existió razón suficiente para dar fundamento al auto de prisión preventiva, pues dicha medida de cautela personal no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), ni son equiparables a ella ; la ausencia de tal requisito no puede ser suplida por la invocación de garantías supuestamente vulneradas, ni por la pretendida arbitrariedad del pronunciamiento o la alegada interpretación errónea del derecho aplicable, aun cuando se trate de delitos federales. (Del voto del doctor Caballero).

3- Constituye materia ajena al recurso extraordinario el agravio vinculado con la calificación legal dada a la materialidad de los hechos incriminados al imputado. (Del voto del doctor Caballero).

4- Pueden cuestionarse por la vía del recurso extraordinario las decisiones denegatorias de la excarcelación en tanto medie la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de aquélla o graves defectos del pronunciamiento denegatorio.

9.- Stancato, Carmelo A.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 15/09/1987

Partes: Stancato, Carmelo A.

Publicado en: LA LEY 1988-C , 493.

Cita Fallos Corte: 310:1835

Cita Online: AR/JUR/1462/1987

Sumarios

1- La calificación legal de los hechos atribuidos al procesado en base a la que se denegó su excarcelación, no constituye cuestión federal que pueda ventilarse en recurso extraordinario.

- 2- Corresponde equiparar a una sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), a la resolución que denegó la excarcelación del procesado con anterioridad al fallo final de la causa, ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior.
- 3- La excarcelación procede como garantía constitucional y no como simple concesión de la ley penal de forma.
- 4- No afecta la garantía constitucional de igualdad el diverso tratamiento otorgado a otras personas por distintos tribunales en casos análogos, en tanto la alegada desigualdad no surge del texto de la ley.
- 5- El derecho del procesado de gozar de libertad hasta que se dicte la condena no constituye una salvaguarda contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas éstas que cuentan con respaldo constitucional.
- 6- El hecho de considerar que la resolución que deniega la excarcelación del procesado constituya sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), no es suficiente para habilitar la vía extraordinaria si además no aparece involucrada en el caso alguna cuestión federal.
- 7- Resulta ajena al recurso extraordinario la discusión de la materialidad de los hechos atribuidos al procesado al dictarse la prisión preventiva.
- 8- La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse sea conjugado con el del individuo sometido a proceso a no sufrir persecución antes de ser condenado, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.

10.- Corbo, Carlos F. s/rec. de casación

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 12/06/2007

Partes: Corbo, Carlos F. s/rec. de casación

Publicado en: DJ 2007-III , 97.

Cita Fallos Corte: 330:2632

Cita Online: AR/JUR/1917/2007

Sumarios

- 1- Existe cuestión federal suficiente en la medida en que se ha planteado la violación de las garantías que versan sobre la razonabilidad de los plazos de detención preventiva y duración del proceso, reconocidas en las convenciones internacionales que integran el bloque constitucional de derechos humanos, y la máxima instancia

provincial se ha negado a su debido tratamiento so pretexto de obstáculos formales, circunstancia que descalifica el fallo impugnado como acto jurisdiccional válido, según lo indica la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

2- Es asimilable a definitiva, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia provincial que rechazó un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, cuando está en juego la libertad del imputado, ya que podría ocasionarse un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectarse un derecho que exige tutela inmediata. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

3- La resolución del Superior Tribunal de provincia que desestimó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley tendiente a cuestionar la denegación de la excarcelación, es equiparable a sentencia definitiva porque el punto constitucional por el cual se agravia el recurrente, referido al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, no podrá ser revisado con eficacia en oportunidad de recaer el fallo final, momento en el cual carecería de sentido su examen pues el proceso habrá finalizado, con la consecuente puesta en libertad del enjuiciado o la transformación de su prisión preventiva en cumplimiento de pena. (Del voto de la doctora Argibay).

4- El criterio restrictivo del Superior Tribunal de provincia para considerar la admisibilidad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley impide al recurrente obtener un pronunciamiento acerca del derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, echando por tierra toda posibilidad de control constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Del voto de la doctora Argibay).

11.- R., C. A. c. Ministerio de Justicia y otro.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 01/11/1999

Partes: R., C. A. c. Ministerio de Justicia y otro.

Publicado en: LA LEY 2000-D, 557

Cita Fallos Corte: 322:2683

Cita Online: AR/JUR/4104/1999

Sumarios

1- Debe atribuirse responsabilidad al Estado Nacional por el período de prisión preventiva al que fue sometido el actor en exceso del plazo previsto por el art. 701 del Cód. de Proced. en Materia Criminal -ley 2372 (Adla, 1881-1888, 441)-, si el juez de instrucción contaba con pautas objetivas y subjetivas que, de acuerdo con el art. 380 del Código citado, le permitían presumir que su liberación no entorpecería el accionar de la justicia -en el caso, el procesado se había presentado espontáneamente en la causa, sus antecedentes personales y procesales eran muy buenos, no revestía calidad de reincidente, su familia residía en la localidad donde se tramitaba el pleito, los testimonios que lo habían incriminado no resultaban convincentes y faltaba realizar una sola medida de prueba-, dado que, en tales circunstancias, se configuró una deficiente prestación del servicio de justicia, con fundamento en los arts. 379, inc. 6º y 380 del Cód. citado y 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250).

2- Es improcedente el reclamo indemnizatorio formulado contra el Estado Nacional por quien alega haber sido sometido a prisión preventiva como consecuencia de supuestos errores en la tramitación de una causa seguida en su contra por doble homicidio agravado por alevosía -, si el juez de instrucción obró conforme al deber que le imponía el art. 169 del Cód. de Proced. en Materia Criminal ley 2372 (Adla, 1881-1888, 441) -, en el caso, al haber dictado tal medida con respaldo en semiplena prueba sobre la existencia del hecho investigado y la responsabilidad penal del procesado, sin perjuicio de que fuera finalmente absuelto con sustento en el beneficio de la duda art. 13, cuerpo legal citado-.

3- No cabe responsabilizar al Estado nacional por la prisión preventiva a la que fue sometido el actor durante el plazo previsto en el art. 701 del Cód. de Proced. en Materia Criminal -ley 2372 (Adla, 1881-1888, 441)-, si no se advierte que el juez de instrucción, al tiempo de decretarla, haya incurrido en manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable -en el caso, si calificó provisoriamente el hecho investigado como doble homicidio agravado por alevosía-, y los sucesivos pedidos de excarcelación fueron denegados por inviabilidad, "prima facie", de una condena condicional -art. 379, inc. 1º del Cód. citado-, sin perjuicio de que el procesado fuera finalmente absuelto con sustento en el beneficio de la duda -art. 13, cuerpo legal citado-.

4- No corresponde atribuir responsabilidad al Estado nacional por el período de prisión preventiva al que fue sometido el actor en exceso del plazo previsto por el art.

701 del Cód. de Proced. en Materia Criminal ley 2372 -, si tal medida se justificó en las concretas circunstancias de la causa y las normas procesales vigentes en el caso, se investigaba un doble homicidio agravado por alevosía, el fiscal había solicitado para el procesado la pena de prisión perpetua y las pruebas producidas hasta esa oportunidad eran insuficientes para dictar un pronunciamiento definitivo -, sin perjuicio de que fuera finalmente absuelto con sustento en el beneficio de la duda art. 13, cuerpo legal citado -.

5- Es improcedente la pretensión resarcitoria cuando los perjuicios truncamiento de la carrera, exclusión del escalafón y disminución del derecho de pensión de un agente policial a raíz de la prisión preventiva a la que fue sometido por un lapso superior al del art. 701 del Cód. de Proced. en Materia Criminal, sin que su mantenimiento se justificara en las concretas circunstancias de la causa y las normas procesales vigentes no guardan relación de causalidad directa e inmediata con el hecho ilícito, en el caso, al haberse originado cuando la prisión preventiva todavía era legítima.

6- Son inaplicables los plazos máximos de detención establecidos en el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada y reglamentada, respectivamente, por las leyes 23.054 y 24.390 (Adla, XLIV-B, 1250: L,IV-D, 4423) -, si la causa penal en cuyo marco se dicto la prisión preventiva en el caso, la que se seguía por doble homicidio agravado por alevosía se inició antes de que dicha convención entrara en vigencia. (Del voto de los doctores Petracchi y Bossert).

7- El Estado nacional sólo puede ser responsabilizado por error judicial cuando el acto jurisdiccional que generó el perjuicio en el caso, el auto de procesamiento con prisión preventiva dictado en el marco de una causa que se seguía contra el actor por doble homicidio agravado por alevosía fue declarado ilegítimo y dejado sin efecto, puesto que la autoridad de la cosa juzgada impide valorar la existencia o inexistencia de dicho error, importando lo contrario un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, al convertirse la acción de daños y perjuicios en recurso contra un pronunciamiento firme. (Del voto en disidencia de los doctores Moliné O`Connor, Boggiano y López).

8- Debe eximirse de responsabilidad al Estado nacional por la prisión preventiva a la que fue sometido el actor con motivo de su procesamiento en una causa penal -en el caso, seguida en su contra por doble homicidio agravado por alevosía-, si tal medida

se dictó con sustento en el estado de sospecha resultante de los elementos de juicio existentes hasta ese momento en la causa, sin que quepa admitir, por vía de la acción de daños y perjuicios, la revisión del acierto o error de un pronunciamiento cautelar firme. (Del voto en disidencia de los doctores Moliné O'Connor, Boggiano y López).

9- No corresponde responsabilizar al Estado por los daños que ocasionó su actividad judicial lícita en el caso, debido a la prisión preventiva a la que fue sometido el actor con motivo de su procesamiento en la causa penal seguida en su contra por doble homicidio agravado por alevosía -, puesto que tales daños, en la medida en que no importen dolo o error inexcusable de parte del magistrado interviniente, son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia. (Del voto en disidencia de los doctores Moliné O` Connor, Boggiano y López).

10- No cabe atribuir responsabilidad al Estado nacional por la prisión preventiva a la que fue sometido el actor con motivo de su procesamiento en una causa penal -en el caso, seguida en su contra por doble homicidio agravado por alevosía-, con sustento en haberse incumplido el plazo establecido en el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -aprobada y reglamentada, respectivamente, por las leyes 23.054 y 24.390 (Adla, XLIV-B, 1250; LIV-D, 4423)-, ya que la determinación del plazo razonable de tal medida, en el derecho interno argentino, queda librada al criterio de los jueces de acuerdo a las circunstancias concretas de cada caso -fundamento en los arts. 379, inc. 6º, 701 y 380, Cód. de Proced. en Materia Criminal- (del voto en disidencia de los doctores Moliné O'Connor, Boggiano y López).

11- La limitación del beneficio de excarcelación en el caso, respecto de quien fue detenido y procesado en el marco de una causa por doble homicidio agravado por alevosía debe adecuarse al fin perseguido por la ley procesal penal esto es, la necesidad de evitar que el imputado entorpezca el accionar de la justicia; art. 380, Cód. de Proced. en Materia Criminal en base a un criterio de razonabilidad y armonizando el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente con el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta, puesto que tal beneficio, en la medida en que tiende a resguardar la presunción de inocencia que rige sobre quien no ha sido condenado art. 18, ordenamiento citado y el derecho de libertad física, es de raigambre constitucional.

12.- Pereyra, David Esteban

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 27/11/2007

Partes: Pereyra, David Esteban

Publicado en: DJ 13/02/2008, 324

Cita Fallos Corte: 330:4885

Cita Online: AR/JUR/7491/2007

Hechos: La defensa del imputado solicitó la excarcelación por haber transcurrido el plazo máximo de encarcelamiento preventivo previsto en el artículo 1° de la ley 24.390. El tribunal oral denegó este planteo, en virtud de la gravedad del hecho, la pena máxima contemplada para los delitos incriminados, complejidad de la causa, cantidad de personas implicadas, cúmulo de pruebas recolectadas y persistente actividad recursiva de la parte. Interpuesto el recurso de casación, éste fue denegado. Contra ese pronunciamiento, se dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso intentado.

Sumarios

1- Corresponde denegar el pedido de excarcelación fundado en el art. 1 de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), si la complejidad de la causa y la necesidad de que no se frustre un juicio pronto y justo, en el que tanto la sociedad —dadas las características del hecho, en cuanto se cobró el rescate y se asesinó al cautivo— como las partes y el Ministerio Público tienen puestas sus expectativas, demuestran que no se han traspasado los límites estrictamente necesarios para mantener en prisión al imputado. (del dictamen del Procurador Fiscal al que remite el voto en disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni. La Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal)

2- La aplicación de la hipótesis prevista en el artículo 1 de la ley 24.390, según la redacción de la ley 25.430 (Adla, LIV-D, 4423; LXI-C, 2676), esto es, el cese de la cautela ante la posible lesión a la garantía de plazo razonable de la prisión preventiva, no es automática. (del dictamen del Procurador Fiscal al que remite el voto en disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni. La Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal)

3- Procede el recurso extraordinario federal si se invocan las pautas objetivas que restringen la excarcelación por duración excesiva del proceso —artículo 1 de la ley

24.390, reglamentaria de la garantía reconocida en el artículo 7, inciso 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, LIV-D, 4423; XLIV-B, 1250), de jerarquía constitucional, artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional—. (del dictamen del Procurador Fiscal al que remite el voto en disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni. La Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal)

13.- Estévez, José L.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 03/10/1997

Partes: Estévez, José L.

Publicado en: LA LEY 1997-F , 832, con nota de F. J. D.; DJ 1998-1, 694

Cita Fallos Corte: 320:2105

Cita Online: AR/JUR/875/1997

Hechos: Contra la resolución que denegó la excarcelación del imputado, que se encontraba en prisión preventiva por más de cinco años, se interpuso recurso extraordinario sostenido en la falta de fundamento del decisorio, remedio al que La Corte hace lugar, ordenando que se dicte nueva sentencia sin abrir juicio sobre la procedencia de la medida solicitada.

Sumarios

1- La decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) por afectar un derecho que requiere tutela inmediata. Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal.

2- Pueden cuestionarse por vía del recurso extraordinario las decisiones denegatorias de la excarcelación, en tanto medie la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de aquella o graves defectos del pronunciamiento denegatorio.

3- Adolece de graves defectos la resolución que sólo hace referencia a la pena establecida por el delito por el que la persona ha sido acusada y la condena anterior que registra, sin precisar cuáles son las circunstancias concretas de la causa que permitieran presumir, fundadamente, que el procesado intentará burlar la acción de la justicia, pues ello no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces

que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio solicitado. (En el caso, el procesado estuvo detenido sin haber sido juzgado durante 5 años).

4- Pueden cuestionarse por vía del recurso extraordinario las decisiones denegatorias de la excarcelación cuando medie la inconstitucionalidad de las normas con base en las cuales aquella ha sido denegada, o bien graves defectos del pronunciamiento denegatorio que impidan convalidarlo como acto jurisdiccional. Esto último se da cuando, a pesar de los categórico términos de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) para denegar la excarcelación se apeló sin más ni más a " ...los preceptos procesales que regulan el instituto excarcelatorio... " (del voto de los doctores Fayt y Petracchi).

5- Las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva son de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional según la cual todas las personas gozan de estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal (del voto del doctor Bossert).

6- El fallo que redujo el alcance de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), a una mera repetición de aquellas normas procesales que regulan el instituto de excarcelación ha pasado por alto el reiterado criterio del Tribunal en el sentido de que los jueces deben abstenerse de toda exégesis que equivalga a prescindir de la norma examinada o que cause violencia a su letra o espíritu (del voto del doctor Bossert).

7- A diferencia de lo prescripto por el art. 380 del Cód. de Proced. en Materia Penal que faculta al juez a disponer la libertad del procesado o a ordenar la restricción de su libertad cuando la valoración del hecho y de las condiciones personales del imputado permitieran presumir su intención de eludir la acción de la justicia, la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) --en las condiciones previstas por la misma norma-- es imperativa para el magistrado después de transcurrido aquel lapso, de manera que sólo puede rehusar la soltura del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulares manifiestamente dilatorias, o si hubiesen configurado los supuestos de prórrogas previstos en los arts. 1º y 2º, lo que no ha --en el caso-- ocurrido (del voto del doctor Bossert).

8- Cuanto más se prolonga el proceso, de manera más fuerte se ven comprometidas las garantías que implica la presunción de inocencia y, por consiguiente, el Estado debe aducir factores adicionales relevantes y suficientes que justifiquen el aumento

de la carga en la persona del acusado (del voto del doctor Bossert. En el caso, el procesado estuvo detenido en prisión preventiva durante un lustro).

9- Quita relevancia a las prescripciones expresas de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) el fallo que redujo dicha norma a una mera reedición de los arts. 379 y 380 del Cód. Procesal penal dándole preeminencia inadmisibles --en el actual esquema del régimen de la prisión preventiva-- a esas normas rituales incompatibles con el alcance de la garantía del "plazo razonable de detención" que se integra y delimita por el plexo normativo formado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional, en el art. 7º inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 1º de la ley 24.390 (del voto del doctor Bossert).

14.- Morales, Carlos Alberto

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 02/11/1995

Partes: Morales, Carlos Alberto

Publicado en: La Ley Online;

Cita Fallos Corte: 318:2252

Cita Online: AR/JUR/4344/1995

Hechos: Contra la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal -integrada con la doctrina del fallo plenario "Molina, Roberto Carlos"- por la que consideró que la ley 24.390 era aplicable a los condenados con sentencia firme y en consecuencia, dispuso que se practicara nuevo cómputo de pena del condenado, el Fiscal dedujo recurso extraordinario, que fue concedido. La Corte declara inadmisibles el recurso en virtud del art. 280 del CPCCN.

Sumarios

1- Cabe hacer lugar al recurso extraordinario y dejar sin efecto la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que -integrada con la doctrina del fallo plenario "Molina, Roberto Carlos"- consideró que la ley 24.390 era aplicable a los condenados con sentencia firme y dispuso que se practicara nuevo cómputo de pena, pues aunque remiten al examen de cuestiones de derecho común y procesal, ajenas -como regla y por su naturaleza- al recurso del art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no constituye óbice decisivo para la apertura del recurso cuando el tribunal ha excedido el límite de las posibilidades interpretativas y otorgado a las normas una extensión incompatible con el principio de legalidad (art. 18 de la

Constitución Nacional), y la controversia suscitada reviste gravedad institucional pues excede el mero interés de las partes involucradas e interesa a la comunidad íntegramente considerada, en tanto el criterio adoptado por el a quo importa una alteración de alcance general del régimen relativo al cómputo de las penas (del voto en disidencia de los doctores Nazareno y Moline O'Connor. La mayoría de la Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal).

2- Cabe dejar sin efecto la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que consideró que la ley 24.390 era aplicable a los condenados con sentencia firme y dispuso que se practicara nuevo cómputo de pena, pues el a quo, al incluir en las previsiones de la ley a quienes se hallan cumpliendo condena por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, extendió indebidamente el alcance de sus disposiciones, con la consecuente violación del principio de división de poderes, fundamental en nuestro sistema republicano de gobierno, y lejos de desconocer las palabras de la ley, se trata de armonizar sus preceptos atendiendo íntegramente a sus términos, al ordenamiento jurídico en su conjunto y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo (del voto en disidencia de los doctores Nazareno y Moline O'Connor. La mayoría de la Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal).

3- Con la sanción de la ley 24.390 el legislador suplió el vacío legislativo existente en el Código Procesal Penal en relación a la procedencia de la libertad caucionada cuando el tiempo de detención en prisión preventiva hubiese superado sin razón justificante el plazo de dos años; disposición que se hallaba prevista en el Código de Procedimientos en lo Criminal (art. 379 inc. 6°) y que ha sido calificada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como "garantía correspondiente con el art. 7 inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (del voto en disidencia de los doctores Nazareno y Moline O'Connor. La mayoría de la Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal).

4- La exclusión de la aplicación de la ley 24.390 a los condenados con sentencia firme no implica la derogación del principio de igualdad ante la ley, ya que el art. 16 de la Constitución Nacional no impone una uniformidad de tratamiento legislativo ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos, aunque su fundamento sea

opinable, y todo depende de que concurren "objetivas razones" de diferenciación que no merezcan tachas de irrazonabilidad y que surgen de la imposibilidad de asimilar la situación de los procesados, que aún no han sido juzgados, con la de los condenados, sometidos en forma definitiva a la decisión jurisdiccional de culpabilidad (del voto en disidencia de los doctores Nazareno y Moline O'Connor. La mayoría de la Corte declaró inadmisibile el recurso por aplicación del art. 280 del Cód. Procesal).

15.- Carrizo, Hugo O. y otro.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 05/07/1997

Partes: Carrizo, Hugo O. y otro.

Publicado en: LA LEY 1997-E, 375

Cita Online: AR/JUR/1412/1997

Sumarios

1- El fin perseguido por la ley 24.390 --que fija un plazo máximo de prisión preventiva para los procesados aún no condenados (Adla, LIV-D, 4423)-- fue resolver la situación de los detenidos en prisión preventiva sin haber sido juzgados, quienes, no obstante gozar de la presunción de inocencia por no haber sido condenados, continúan detenidos sin sentencia definitiva, más allá de lo que la Convención Americana de Derechos Humanos denomina plazo razonable de detención. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario)

2- Los plazos de prisión preventiva establecidos en la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) deben ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 del Cód. de Procedimientos en Materia Penal y 319 del Cód. Procesal Penal --que establecen los casos en que no procede conceder la excarcelación--, a los efectos de determinar si la detención ha dejado de ser razonable. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario)

3- El plazo máximo de prisión preventiva establecido en la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) para los procesados no incluye la situación de los condenados por sentencia firme, pues con la sanción de dicha norma sólo se suplió el vacío legislativo existente en el Código Procesal Penal en relación a la procedencia de la libertad caucionada

cuando el tiempo de detención en prisión preventiva hubiese superado sin razón justificante el plazo de dos años, disposición que se hallaba prevista en el Código de Procedimientos de Materia Penal. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibles los recursos extraordinarios)

4- El art. 8º de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), al modificar el art. 24 del Cód. Penal para los casos comprendidos en dicha norma, establece una forma especial de cómputo de la prisión preventiva cuando resulta procedente la libertad caucionada, por haber dejado de ser razonable el tiempo de detención. Así, dicha modificación no puede tener incidencia alguna en la pena impuesta por sentencia firme, pues de lo contrario se vulneraría la cosa juzgada, de raigambre constitucional, que constituye uno de los pilares de la seguridad jurídica, y como tal debe ser respetada, salvo los supuestos en que no haya existido un auténtico y verdadero proceso judicial (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibles los recursos extraordinarios).

5- La ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), al modificar el cómputo de los plazos de prisión preventiva previstos en el art. 24 del Cód. Penal, reviste las características de una norma procesal nacional, pues es aplicable a los casos comprendidos en dicha norma federal. Ello no importa la derogación de la facultad sancionatoria local para organizar su propio régimen de administración de justicia, conservar todo el poder no delegado y la potestad de darse sus propias instituciones, en lo que atañe al tiempo en que permanece en detención quien se encuentra sometido a proceso, pues la inclusión en ese ámbito depende exclusivamente de su propia legislación. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibles los recursos extraordinarios)

6- La no inclusión de los condenados por sentencia firme dentro del plazo máximo de prisión preventiva establecido para los procesados por la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), no implica la violación del principio de igualdad, pues el art. 16 de la Constitución Nacional no impone una uniformidad de tratamiento legislativo ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos, aunque su fundamento sea opinable. En el caso, existen objetivas razones de diferenciación, que surgen de la imposibilidad de

asimilar la situación de los procesados, que aún no han sido juzgados, a la de los condenados, sometidos en forma definitiva a la decisión jurisdiccional de culpabilidad. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario)

7- El principio de inocencia rige únicamente en relación a los procesados y cesa con la declaración de culpabilidad contenida en una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, constituyendo dicha decisión jurisdiccional fundamento suficiente para autorizar medidas coercitivas de carácter personal, como la prisión preventiva. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario)

8- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, debe evitar que la aplicación mecánica en indiscriminada de una norma aislada de su contexto --en el caso, que fija un plazo máximo de prisión preventiva para los procesados aún no condenados-- conduzca a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto, pues ello va en desmedro del propósito de afianzar justicia enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial, sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario)

9- La interpretación "contra legem" de la ley 24.390 --que fija un plazo máximo de prisión preventiva para los procesados aún no condenados (Adla, LIV-D, 4423)-- suscita cuestión federal suficiente para su consideración por vía extraordinaria, pues si bien remite al examen de cuestiones de derecho común, ajenas, por principio, al recurso extraordinario federal, ello no obsta a la apertura de recurso si el tribunal ha excedido el límite de las posibilidades interpretativas y otorgado a las normas una extensión incompatible con el principio de legalidad. Más aún si el criterio adoptado por el a quo compromete la administración de justicia, al modificar el régimen relativo al cómputo de las penas. (Del voto en disidencia de los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez. La mayoría declaró inadmisibile el recurso extraordinario)

16.- Arana, Juan C.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 19/10/1995

Partes: Arana, Juan C.

Publicado en: LA LEY 1997-C, 962

Cita Fallos Corte: 318:1877

Cita Online: AR/JUR/2913/1995

Sumarios

1- La exclusión de la aplicación de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) a los supuestos vinculados con el tráfico internacional de estupefacientes no implica la derogación de los principios de libertad individual, de la presunción de inocencia y de igualdad ante la ley.

2- Para precisar el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), no es posible establecer un criterio "in abstracto" sobre el plazo de detención de los procesados, sino que éste se fijará en cada caso, vistas y valoradas las circunstancias del caso concreto, sin que el Estado parte esté obligado a fijar un plazo para todos los casos con independencia de sus circunstancias.

3- La razonabilidad de la detención en prisión preventiva que indica el art. 7º, inc. 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250) está sujeta a la apreciación de la gravedad de la infracción en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.

4 - El art. 380 del Cód. de Proced. en Materia Penal es la pauta interpretativa del art. 379, inc. 6º del Código citado y las dos normas se adecuan a lo establecido por el art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), en la medida en que no determinan plazos fijos para la procedencia de la excarcelación, sino que la decisión ha de quedar a criterio del juez según determinadas circunstancias que el magistrado deberá examinar y valorar en forma concreta.

17.- P., R. c. Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 15/08/2006

Partes: P., R. c. Estado Nacional y Provincia de Buenos Aires

Publicado en: La Ley Online;

Cita Fallos Corte: 329:3176

Cita Online: AR/JUR/5401/2006

Hechos: Una persona que estuvo detenida con motivo de la instrucción de una causa en la que luego fue sobreseído por el beneficio de la duda, demandó al Estado Nacional y a la Provincia de Buenos Aires por la reparación del daño que dicha detención le causó. Relató que con motivo de un procedimiento realizado en su domicilio por la policía provincial, secuestraron una sustancia que presumiblemente contenía cocaína y que por ello fue procesado por tráfico de estupefacientes. La Corte Suprema rechaza la demanda.

Sumarios

1- Es improcedente la demanda por la cual el actor pretende ser resarcido por la privación de la libertad sufrida con motivo de una causa penal, ya que fue sobreseído por aplicación del beneficio de la duda por no existir certeza respecto de la identidad del cuerpo del delito, pero de ello no se puede deducir que tal resolución haya importado reconocer la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva, máxime cuando las constancias de la instrucción policial —en el caso, se incautó cocaína— revelan que tales actos procesales se basaron en una apreciación razonable de los elementos de juicio existentes hasta ese momento y en la aplicación de las normas procesales vigentes.

2- La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso penal no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revela como incuestionablemente infundado o arbitrario, más no cuando elementos existentes en la causa llevaron a los juzgadores al convencimiento —relativo, dada la etapa del proceso en que se dicta— de que medió un delito y de que existía probabilidad cierta de que el imputado fuese su autor.

3- Cabe rechazar la demanda por la cual el actor solicita ser resarcido por la privación de la libertad que sufrió con motivo de una causa penal, ya que su absolución se debió a que el tribunal hizo uso del principio in dubio pro reo, por no existir certeza respecto de la identidad del cuerpo del delito —en el caso, fue encausado por tráfico de estupefacientes—, es decir, no por inexistencia subjetiva del hecho, sino sólo por falta de convicción sobre la prueba de su participación en el hecho. (Del voto del doctor Lorenzetti).

18.- Rodríguez Landívar, Blanca S.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 06/08/1991

Partes: Rodríguez Landívar, Blanca S.

Publicado en: LA LEY 1991-E, 486 - DJ 1992-1, 309

Cita Fallos Corte: 314:791

Cita Online: AR/JUR/701/1991

Hechos: En el marco de un proceso penal seguido contra una persona por los delitos de asociación ilícita en concurso real con violación de correspondencia y estafas reiteradas, entre otros, la Cámara denegó el beneficio de la excarcelación solicitada en favor de aquélla, luego de transcurridos dos años desde su detención. Contra dicho pronunciamiento, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada.

Sumarios

1- La denegación de excarcelación en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, ocasionando un perjuicio de imposible reparación ulterior, debe equipararse a una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), no obstante lo cual ello no basta para la habilitación de la instancia extraordinaria, si no está en juego alguna cuestión federal.

2- Resulta procedente el recurso extraordinario intentado contra el auto que denegó la excarcelación del procesado, en tanto medie la inconstitucionalidad de las normas impeditivas de la libertad o graves defectos del pronunciamiento denegatorio.

3- El derecho de gozar de libertad hasta el momento en que se dicte la sentencia de condena no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional, en tanto la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro.

4- El carácter de garantía constitucional reconocido al beneficio excarcelatorio exige que la limitación de la libertad se adecue razonablemente al fin perseguido por la ley

y que las disposiciones que limitan la excarcelación sean valoradas por los jueces con idénticos criterios de razonabilidad.

5- La expresión "podrá" que precede a los distintos supuestos liberatorios contenidos en el art. 379 del Cód. de Proced. en Materia Penal, no supone dejar al arbitrio del juez la concesión del beneficio, pues interpretar lo contrario significaría cruzar el límite de la razonabilidad impuesto por la garantía constitucional involucrada.

6- La ley sólo autoriza al juez a denegar la excarcelación, no obstante verificarse alguna de las hipótesis del art. 379 del Cód. de Proced. en Materia Penal, en el caso estrictamente delimitado por el art. 380 del mismo Código.

7- El art. 380 del Cód. de Proced. en Materia Penal ha exigido dos requisitos diferenciados suficientemente, a los efectos de que el tribunal esté facultado para denegar la excarcelación: a) la objetiva valoración de las características del hecho y de las condiciones personales del imputado y b) la presunción debidamente fundada, de que, de acuerdo con tales características, el procesado intentará eludir la acción de la justicia.

8- La ley procesal exige que cuando el tribunal deniega la excarcelación del procesado en mérito a lo dispuesto por el art. 380 del Cód. de Proced. en Materia Penal, se funde la relación causal existente entre la valoración de las características del hecho y las condiciones del imputado con la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia.

19.- Sánchez Reisse, Leandro Ángel

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 07/05/1998

Partes: Sánchez Reisse, Leandro Ángel

Publicado en: La Ley Online;

Cita Fallos Corte: 321:1328

Cita Online: AR/JUR/5186/1998

1- Si bien a los fines del recurso extraordinario, la decisión que no hace lugar a la excarcelación, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa puede equipararse a definitiva por afectar un derecho que requiere tutela inmediata, ello no basta para habilitar la instancia excepcional si no se halla involucrada en el caso alguna cuestión federal o graves defectos del

pronunciamiento denegatorio. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

2- Carece de debida fundamentación el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que revocó la excarcelación, si el recurrente se limitó a señalar la necesidad de establecer la razonabilidad del plazo de juzgamiento, criticando concretamente la cantidad de años que lleva de trámite la causa, pero, no demostró que el sentido otorgado por la cámara contradice el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la ley 24.390 (Adla, XLIV-B, 1250; LIV-D, 4423), que lo reglamenta. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

3- Si bien el legislador sólo excluyó de los alcances de la ley 24.390 a los encausados por infracción al art. 7 de la ley 23.737 (Adla, LIV-D, 4423; XLIX-D, 3692) —hechos relacionados con el narcotráfico— y a quienes les resulten aplicables las agravantes previstas en su art. 11, y desestimó excluir expresamente a quienes estuvieran imputados de otros delitos graves, ello no impide al tribunal que decide sobre libertad anticipada tener en cuenta las características del hecho, en orden a fijar la razonabilidad del tiempo de detención sin juzgamiento. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

4- El juicio sobre la prolongación de la privación de la libertad cautelar debe estar relacionado con las circunstancias concretas del caso. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

5- En determinados supuestos el concepto de plazo razonable de juzgamiento debe quedar sujeto a la gravedad de la infracción, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.

6- La ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) no derogó las normas que rigen el instituto de la excarcelación, razón por la cual las disposiciones de aquélla deben ser interpretadas a la luz de las normas respectivas del Cód. de Procedimientos en Materia Penal y del Cód. Procesal Penal. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

7- La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos humanos, a partir de la jerarquía constitucional otorgada al Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250), debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

8- La validez del art. 1° de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) se supedita a que los plazos fijados en la norma no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que deben ser valorados con relación a las pautas establecidas en el art. 380 del Cód. de Procedimientos en Materia Penal, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

9- Conforme la interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el plazo razonable para la prisión preventiva no puede fijarse en abstracto y por lo tanto el período de dos años establecido por el art. 379.6 del Cód. de Procedimientos y por la ley 24.390 no corresponde en forma literal a la garantía del art. 7.5 de la Convención (Adla, LIV-D, 4423; XLIV-B, 1250). (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

10- La duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establezca la ley, sino que su razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

11- La referencia a la gravedad o repercusión social del hecho no convierte en arbitrario el pronunciamiento que denegó la excarcelación, a los fines del recurso extraordinario federal, pues, si bien la segunda de dichas expresiones no pertenece al texto vigente del código ritual, el a quo no la ubicó como correspondiente a la letra de la ley, sino que la mencionó como una de las circunstancias a valorar junto con las características del caso concreto y la posibilidad de que el imputado evadiese la acción de la justicia, para decidir la procedencia del pedido. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo)

12- La ley 24.390, al fijar el plazo razonable prescripto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, LIV-D, 4423; XLIV-B, 1250) para que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un lapso de dos años, incorpora expresamente un principio general sólo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado —sin remisión explícita a otras normas— a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley (del voto en disidencia del Doctor Bossert que remite a sus fundamentos en la causa "Estévez, José Luís"; 3/10/1997 —Fallos:320:2105— La Ley, 1997-F, 832)

20.- Alonso, Jorge E. y otros.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 26/12/1995

Partes: Alonso, Jorge E. y otros.

Publicado en: LA LEY 1996-B, 410 - DJ 1996-1, 1047

Cita Fallos Corte: 318:2611

Cita Online: AR/JUR/790/1995

Hechos: El juez de primera instancia denegó la excarcelación del procesado --en el marco de la causa instruida con motivo de la incautación de estupefacientes conocida como "Operación Langostino"-- al entender que la pena privativa de libertad solicitada por el fiscal -- 13 años-- no lo permitía. La Cámara revocó el pronunciamiento. Contra esa resolución, el Fiscal de Cámara y el representante de la Administración Nacional de Aduanas dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos. Ante la entrada en vigencia de la ley 24.390 que reglamentó el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal dio vista a las partes. Así las cosas, la defensa, si bien se opuso a la aplicación de la ley 24.390, planteó la inconstitucionalidad de su art. 10. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, rechazó el planteo de inconstitucionalidad, hizo lugar a los recursos extraordinarios y dejó sin efecto la resolución impugnada.

Sumarios

1- Las conductas imputadas, relacionadas con el tráfico internacional de estupefacientes, son aquellas que el legislador ha decidido excluir de los beneficios de la ley 24.390, que al reglamentar el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, LIV-D, 4424; XLIV-B, 1250) estableció un plazo fijo de dos años, con una prórroga de un año y otra de seis meses, para los procesados que habiendo cumplido tal lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva.

2- La exclusión contenida en el art. 10 de la ley 24.390 no vulnera el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, LIV-D, 4424; XLIV-B, 1250), en cuanto exige que toda persona sea juzgada o puesta en libertad dentro de un plazo razonable, pues al establecerlo no impide que cada Estado parte adecue esos plazos según criterios de política criminal relacionados fundamentalmente con razones de interés público. En efecto, el concepto de plazo razonable debe quedar sujeto a la gravedad de la infracción.

3- Las razones de interés público que llevaron al legislador a excluir de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4424) a los imputados por el delito previsto en el art. 7° de la ley 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) y aquellos a quienes resulten aplicables los agravantes contemplados en el art. 11 de la misma ley, han surgido de la necesidad de armonizar las disposiciones de derecho interno con los compromisos internacionales asumidos por el país al aprobar diversos tratados, como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

4- El art. 10 de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4424) no contradice lo dispuesto por el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues si bien esta última disposición determina su aplicación a los procesados por toda clase de delitos, lo cierto es que el art. 32 limita los derechos individuales al establecer que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

5- Excluir de la aplicación de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4424) a los supuestos vinculados con el tráfico internacional de estupefacientes no implica la derogación de los principios de la libertad individual y de la presunción de inocencia, ni violación al principio de igualdad ante la ley, pues el art. 16 de la Constitución Nacional no impone una unidad de tratamiento legislativo, ni impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de persona o grupos.

6- Es procedente el recurso extraordinario si se ha puesto en debate la inteligencia asignada al art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, y la decisión ha sido contraria al derecho en el cual los apelantes fundan sus agravios.

7- El art. 380 del Cód. de Procedimientos en Materia Penal es la pauta interpretativa del art. 379 inc. 6° del mismo Código, normas que se adecuan a lo establecido por el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues no determinan plazos fijos para recuperar la libertad, dado que la decisión queda a criterio del juez según determinadas circunstancias que el magistrado deberá examinar y valorar en forma concreta.

8- Si bien la resolución que concede la excarcelación es anterior a la sentencia definitiva, el recurso extraordinario contra la misma es procedente si las consecuencias derivadas de la concesión de la excarcelación pueden traducir agravios de imposible, tardía o muy dificultosa reparación ulterior (Del dictamen del Procurador General de la Nación).

9- La resolución que concede la excarcelación con fundamento en "el agotamiento probatorio y las contingencias procesales suscitadas por los coprocesados", padece de un grave defecto de fundamentación que impide considerarla acto jurisdiccional válido. En efecto, al así decidir omitió considerar los presupuestos que el art. 380 del Cód. Procesal Penal exige ponderar para impedir la excarcelación, recaudos cuya evaluación resulta indispensable para establecer la razonabilidad del lapso de detención (Del dictamen del Procurador General de la Nación).

10- La norma del art. 10 de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4424) constituye el fiel reflejo de la grave afectación que generan a la seguridad personal y social conductas como las allí descriptas. El tráfico internacional de estupefacientes no sólo afecta a nuestra sociedad, circunstancia que motivó la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Del voto del doctor Vázquez).

11- Dado que la resolución que concede la excarcelación al procesado no pone fin al proceso ni impide su continuación, pues deja al imputado sujeto a sus consecuencias hasta tanto se pronuncie la decisión final, el recurso extraordinario interpuesto contra la misma es improcedente por no estar dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Bossert).

12- Es improcedente el recurso extraordinario interpuesto contra la resolución que concede la excarcelación al procesado, independientemente de la mayor o menor gravedad del delito de que se trate, pues abrir la vía para que un tribunal cuya función fundamental es asegurar la supremacía de la Constitución aprecie aquella gravedad sin que estén en juego garantías constitucionales, implica tanto como dejar a su arbitrio la libertad de las personas en cualquier tipo de actuaciones penales sin sujeción a las reglas del proceso, que en esta materia guardan estrecha relación con la presunción de inocencia de quien no ha sido condenado (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Bossert).

21.- Andersen, María de los Milagros

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 22/12/2008

Partes: Andersen, María de los Milagros

Publicado en: La Ley Online;

Cita Fallos Corte: 331:2833

Cita Online: AR/JUR/23471/2008

Hechos: Contra el pronunciamiento que desestimó el recurso de casación planteado contra la denegatoria de excarcelación de la imputada, fundado en el altamente probable peligro de fuga de la imputada ante la severidad de la pena prevista para el delito por el cual se la acusa —tenencia de estupefacientes con fines de comercialización—, la defensa interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presentación de una queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso intentado.

Sumarios

1- Cabe dejar sin efecto la sentencia que desestimó el recurso de casación planteado contra la denegatoria de excarcelación de la imputada, ya que el pronunciamiento denegatorio ha omitido considerar la tesis de la defensa acerca de la incidencia que en el caso tendría la alegada inexistencia de peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación como pauta para obtener la soltura, aún frente a las circunstancias y normas en que se apoya la decisión adversa, omisión que no puede ser suplida por la enunciación de categorías abstractas tales como la gravedad y la naturaleza del hecho, o mediante una referencia formal al estado del proceso o la duración de la detención, en tanto no guardan una relación explícita con el tema debatido ni resulta evidente su adecuación a la conclusión del altamente probable intento de fuga de la encartada que se afirma sin más en el pronunciamiento impugnado (del Dictamen del Procurador Fiscal que el Dr. Zaffaroni hace suyo en su voto en disidencia. La Corte, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso por aplicación del artículo 280 del Código Procesal).

22.- Robles, Ramón C. c. Provincia de Buenos Aires y otros

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 18/07/2002

Partes: Robles, Ramón C. c. Provincia de Buenos Aires y otros

Publicado en: RCyS 2002, 890

Cita Fallos Corte: 325:1855

Cita Online: AR/JUR/3361/2002

Hechos: Se demandó a la provincia de Buenos Aires y al Estado nacional el pago de una indemnización por los daños que dice haber sufrido el actor como consecuencia del dictado de prisión preventiva durante un proceso que concluyó con su absolución. La Corte Suprema rechazó la demanda.

Sumarios

1 - El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial -en el caso, por el dictado de prisión preventiva durante un proceso que concluyó en absolución- en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error.

2 - Si la prisión preventiva dictada en la etapa sumarial sólo traducía un serio estado de sospecha, fundado en los elementos de juicio existentes hasta ese momento, no cabe admitir que por la vía resarcitoria se pretenda revisar el acierto o error de un pronunciamiento cautelar firme.

3 - Las sentencias y demás actos judiciales -en el caso, auto de prisión preventiva- no pueden generar la responsabilidad del Estado por actos lícitos, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino actos que resuelven un conflicto en particular.

4 - Debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios producidos por la prisión preventiva, si la sentencia absolutoria liberó al acusado no por la inexistencia de delito y de prueba en cuanto a su autoría, sino por haberse decretado la nulidad de las actuaciones, lo que impidió resolver sobre el fondo de la cuestión e imponer las penas que, en su caso, hubieran podido merecer.

5 - Si la contienda es dirimida por el juez respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de las diversas alternativas posibles no puede quedar condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que pudieren causar a las partes en ocasión de la tramitación del juicio (del voto de los doctores Boggiano y López).

6 - Sólo puede considerarse que ha mediado error judicial indemnizable en el dictado de la prisión preventiva, cuando el auto que la impuso resulta palmariamente contradictorio con los hechos comprobados de la causa o insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación (del voto del doctor Vázquez).

7 - La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino únicamente cuando el auto de prisión preventiva se revele infundado o arbitrario, pero no cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo dada la etapa del proceso- de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor (del voto de los doctores Fayt, Belluscio y Petracchi).

8 - El derecho a reparación por la prisión preventiva sufrida no puede derivarse de que luego la sentencia definitiva declare no culpable al procesado, ya que esta medida cautelar puede ser aplicada a quien después se demuestre que no fue autor del delito, en tanto para su dictado no se requiere certeza sobre la culpabilidad del imputado, sino sólo su verosimilitud (del voto del doctor Bossert).

23.- López Rega, José, causa núm. 19.765

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 08/03/1988

Partes: López Rega, José, causa núm. 19.765

Publicado en: LA LEY 1988-C, 402 - DJ 1988-2, 867

Cita Fallos Corte: 311:252

Cita Online: AR/JUR/727/1988

Sumarios

1- El auto de prisión preventiva no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), ni es equiparable a ella. (El doctor Fayt, en disidencia, consideró que debe hacerse excepción a tal principio cuando la decisión que se impugna restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, porque la restricción de la libertad ocasiona un perjuicio que puede resultar irreparable, circunstancia que desde antiguo la Corte equiparó a la sentencia definitiva).

2- Los pronunciamientos que rechazan nulidades procesales, cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal, no constituyen sentencia definitiva a los fines del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), pues no ponen fin al proceso ni impiden su continuación, ni ocasionan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. (El doctor Fayt, en disidencia, consideró que debe hacerse excepción a ellos, pues si bien los citados pronunciamientos no ponen fin al pleito ni impiden su continuación, la postergación de su consideración puede tener por resultado una innecesaria restricción de la libertad).

25.- Massera, Emilio E.

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 15/04/2004

Partes: Massera, Emilio E.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Fallos Corte: 327:954

Cita Online: AR/JUR/84/2004

Hechos

En las instancias ordinarias se desestimó el pedido de libertad bajo caución formulado con sustento en que se había excedido el plazo de 2 años de encarcelamiento previsto en el art. 1° de la ley 24.390, correspondiendo el cese de la prisión preventiva. La defensa interpuso recurso extraordinario, el que fue concedido. La Corte Suprema revocó por arbitrario el pronunciamiento de cámara.

Sumarios

1- A los fines del recurso extraordinario -art. 14, ley 48 (Adla, 1852-1880, 364)-, no constituye acto jurisdiccional válido la resolución que denegó el pedido de excarcelación luego del vencimiento del plazo máximo para la prisión preventiva según art. 1° de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), si se aplicó la prórroga de carácter excepcional e interpretación restrictiva prevista en esa misma norma, omitiéndose toda referencia a la causa que permitiera apreciar la existencia de motivos que la justificasen, pues sólo se la puede ordenar mediante resolución fundada en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional, por el juez de la instrucción y no por la alzada, órgano que está a cargo de su control.

2- Las circunstancias que imposibilitan el fin de la investigación penal y que justifican la prórroga de la prisión preventiva más allá del plazo máximo de dos años según

art. 1° de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) deben quedar debidamente fundadas en el auto que deniega la excarcelación, el que no puede ser pasible de remisión alguna so riesgo de asignar a la prórroga en cuestión, de carácter excepcional e interpretación restrictiva, un fundamento reñido con las garantías constitucionales del proceso penal (del voto del doctor Fayt).

3- Debe equipararse a sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario -art. 14, ley 48 (Adla, 1852-1880, 364)- la que deniega un pedido de excarcelación luego del vencimiento del plazo máximo para la prisión preventiva según art. 1° de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423), por considerarse que corresponde aplicar la prórroga de carácter excepcional contenida en esa misma disposición, pues tal decisión restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y ocasiona un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior (del voto del doctor Fayt).

4- Debe revocarse por arbitraria, a los fines del recurso extraordinario -art. 14, ley 48 (Adla, 1852-1880, 364)- la sentencia de cámara que denegó un pedido de excarcelación luego del vencimiento del plazo máximo para la prisión preventiva según art. 1° de la ley 24.390, por considerarse que corresponde aplicar la prórroga de carácter excepcional contenida en esa misma disposición, pues tal decisión debe ser adoptada por el juez de instrucción y no por la alzada, órgano encargado de su control, por lo que se produjo una desnaturalización del citado art. 1° de la ley 24.390 (Adla, LIV-D, 4423) (del voto del doctor Vázquez).

B.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

1.- Habeas Corpus a favor de Morales, José

Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: BÖHM-NANCLARES-SALVINI.

Expte.: 66853 - Fecha: 27/05/1999 - AUTO. Ubicación: LA152-32.

Sumario:

Cuando el delito investigado tiene una pena máxima de siete años y medio corresponde aplicar el inc.1° del art.317 C.P.P., ya que la constatación de que el mínimo de la pena permita o no una condena de ejecución en forma condicional (inc.2° art. 317 C.P.P.), está prevista para el caso de que el máximo exceda de ocho

años de prisión. Resultando manifiestamente arbitraria la resolución que en tales circunstancias deniega la excarcelación.

2.- Barahona Fernández

Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2. Magistrado/s: BÖHM - SALVINI – NANCLARES.

Expte.: 71267 - FISCAL CONTRA CORTEZ, MARCOS Y OTS POR ROBO AGRAVADO NULIDAD. Fecha: 14/05/2001 – AUTO. Ubicación: LA162-149.

Sumario

Esta Suprema Corte entiende que el tratamiento de la nulidad absoluta no corresponde a su competencia funcional. Ellos así, ya que más allá que la nulidad absoluta es susceptible de declaración aún de oficio en cualquier grado y estado del proceso, esta Corte sólo sería competente si se encontrara abierta su jurisdicción extraordinaria, conforme lo establecido en los arts.144 inc. 3° y 9° de la Constitución de Mendoza y el art.22 C.P.P.

2.- Funes, Jorge Ariel

Tribunal: Suprema Corte De Justicia, Sala 2. Magistrados: SALVINI - BÖHM – LLORENTE.

Expediente: 79227 - Fiscal Funes, Jorge Ariel Estafa S/ Casación. Fecha: 29-03-2004.

Tipo de Resolución: Auto.

Sumario:

La resolución de Cámara que declara desierto el recurso de apelación interpuesto contra el auto de **prisión preventiva** no resulta encuadrado dentro de las resoluciones recurribles por casación, conforme lo previsto en el art. 475 del C.P.P. (Ley 6.730 t.o. Ley 7.007), por no ser uno de los casos especialmente previstos en la ley, ni constituir una sentencia definitiva o auto que ponga fin a la acción a la pena, o haga imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas.

3.- Oviedo Zárate, Jesús.

Tribunal: Suprema Corte De Justicia

Expediente: 90479 - Fiscal C/ Oviedo Zarate, Jesús Adrián P/robo Agravado Por El

Uso De Arma Blanca.” S/competencia. Fecha: 22-08-2007. Magistrados: BÖHM – SALVINI – LLORENTE

Prisión Preventiva- Fiscal De Instrucción – Incompetencia.

Sumario:

Una interpretación armónica de las normas vigentes con las normas constitucionales, - art. 17 C.P.M.-, permite sostener que ni el art. 284 ni el art. 344 del C.P.P. autorizan a los Fiscales de Instrucción a que internen a los detenidos en el penal provincial, por tanto no es posible inferir que de ellos surge tal atribución, por que esta lectura importaría efectuar una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del imputado, que contraria a las disposiciones del art. 2 del C.P.P.

4.- Prórroga de la Prisión Preventiva de Elizondo, Fabio:

Tribunal: Suprema Corte de Justicia. Magistrados: SALVINI - BÖHM - LLORENTE.

Expediente: 89879 –

Prórroga Prisión Preventiva a Favor de Fabio Marcelo Elizondo Zarate y Alejandro Daniel López Calleja S/ Art. 295 Inc. 4° C.P.P. Fecha: 25-04-2007.

Sumario:

Corresponde ratificar la prórroga de prisión preventiva dispuesta por el titular del Juzgado de Garantías y sometida a contralor por este Cuerpo, cuando la complejidad de la causa y la gravedad de los delitos atribuidos así lo justifican, aún cuando se exceda el plazo previsto en el inciso 4° del art. 295 del Código Procesal Penal. (VOTO MAYORÍA).

El art. 295 del Código Procesal Penal, cuando reglamenta los supuestos de cesación de la prisión preventiva, es categórico en su inciso 4°. La prisión preventiva no puede exceder el plazo de dos años, y ello es así, por que de lo contrario se afectaría entre otros, la presunción de inocencia que posee toda persona que se encuentra sometido a proceso (art. 18 C. Nacional, art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por otro lado el basamento de la libertad personal, determina que las medidas de coerción que la limitan durante el proceso sean siempre provisorias y por ende revisables. El numeral evocado indica que el legislador provincial, ha arbitrado los medios a fin de impedir la duración indefinida de la prisión preventiva. (VOTO MINORÍA).

C.- Jurisprudencia de tribunales inferiores de Mendoza

1. **Expte.:** 100.563/12 – “F. c/ DENITA, Leonardo Adrián p/ Corrupción de Menores Agravada por el vínculo, art. 125 párrafo 3º del CP”. **Fecha:** 06/08/2012 – AUTO. **Tribunal:** 1º Cámara de Apelación en lo Criminal- Primera Circunscripción. **Magistrado/s:** Salinas-Correa Llano-Miguel. Aquí, el Tribunal resuelve la solicitud de Recupero de Libertad ante un delito con una pena conminada en abstracto de 10 a 15 años de prisión. En su resolutive afirmó que más allá de que la certeza de pena no estuviese probada, por falta de peso probatorio en contra del imputado (refiriéndose a la declaración de la menor y al informe del Cuerpo Médico Forense, sin participación de la defensa técnica), entiende que el mínimo de la pena (10 años de prisión) queda desvirtuado toda vez que su domicilio fijo, su actividad laboral y los altos ingresos del imputado prueban que el mismo no pretenderá fugarse, ya que de lo contrario perdería su trabajo, ingreso y domicilio provincial.
2. **Expte.:** 12650 – Solicitud de Control Jurisdiccional en Autos P-8552/11. **Fecha:** 06/05/2011 – AUTO. **Tribunal:** 1º Cámara de Apelación en lo Criminal- Primera Circunscripción. **Magistrado/s:** Salinas-Correa Llano-Miguel. **Ubicación:** LA022-186.
3. **Expte.:** 16539 - FISCAL C/ GEREDUS PERALTA, FEDERICO P/ ROBO AGRAVADO. **Fecha:** 28/05/2010 – SENTENCIA. **Tribunal:** 1º CÁMARA EN LO CRIMINAL - SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN. **Magistrado/s:** OROZCO. Ante el pedido de la prisión domiciliaria efectuado por la defensa del imputado, corresponde preguntarse si el peligro de fuga puede razonablemente evitarse con la detención domiciliaria. No puede advertirse en el caso un posible riesgo de entorpecimiento probatorio por parte del acusado, atento al estado alcanzado en la investigación del hecho delictivo: el imputado está identificado, la víctima ha declarado y el arma utilizada fue secuestrada y peritada. El interrogante planteado en torno al eventual peligro de fuga se resuelve negativamente en este caso.
4. **Expte:** 14551 - FISCAL - PÉREZ, CARLOS A. Y OTS. HOMICIDIO. **Fecha:**

07/09/2004 – AUTO. **Magistrados:** WALDO PIÑA - ROBERTO MARTÍNEZ - SALVADOR ARNAL. **Ubicación:** LA023 – 037. La prisión preventiva es una medida cautelar de coerción personal. Como tal, queda íntimamente sujeta a un criterio de utilidad procesal: no representa un fin en sí misma, sino que solamente debe ser utilizada si fuera necesaria para la custodia de los fines del proceso, esto es la actuación de la ley penal y la averiguación de la verdad real.

5. **Expte.:** 3144 - FISCAL CARRERA, JAVIER Y OTROS DAÑO Y HURTO... APELACIÓN. **Fecha:** 01/03/2004 – AUTO. **Tribunal:** 1° CÁMARA EN LO CRIMINAL - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN. **Magistrado/s:** COMEGLIO - URIARTE – YANZÁN. **Ubicación:** LA101-225. El nuevo Código Procesal Penal tiene una redacción compleja que exige, que para poder denegar la excarcelación (y en su caso la eximición de prisión) y como única forma de garantizar el principio de inocencia y la interpretación restrictiva que consagra, se impone "la objetiva y provisional valoración de..." y enumera a continuación una serie de causales que si bien no son taxativas, están indicando la importancia que tiene su correcta valoración. No basta con comprobar la concurrencia de una o más de esas causales, en el caso concreto, sino que se exige que de la "objetiva y provisional valoración" de una o más de esas causales, se pueda presumir fundadamente que el causante o bien intentará eludir la acción de la justicia, o puede llegar a entorpecer la investigación.

6. **Expte.:** 57823 - FISCAL AIMAR RAUL Y OTROS ESTAFA. **Fecha:** 26/01/1990 – AUTO. **Tribunal:** 1° CÁMARA EN LO CRIMINAL - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN. **Magistrado/s:** CARRIZO-GUINAZU-BARRERA. **Ubicación:** LA087-430. Al establecer la Constitución el proceso como medio de llegar a la sentencia, debe tenerse por cierto que concede las medidas pertinentes para su normal desarrollo, lo que lleva a sostener que la libertad, antes de la sentencia, sólo puede ser restringida cuando los fines del proceso se encuentren en peligro, ya porque el imputado puede sustraerse a la acción del Estado al no comparecer o eventualmente, a no someterse al cumplimiento de la condena en su contra o porque puede concertarse con sus cómplices o encubridores o modificar, alterar o hacer desaparecer los rastros o pruebas del delito; debiendo ser repulsada toda coerción personal que exceda aquella necesidad, ya que su fundamento reside en evitar que se frustren los

fines del proceso.

D.- Jurisprudencia de la CNCP y otros

1.- Acuerdo 1/08. Plenario N° 13 – “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”- CNCP -EN PLENO - 30/10/2008. Acuerdo N° 1/2008, en Plenario N° 13.-

Magistrados: Tragant, Riggi, Ledesma. Registro n° 83.09.3. Sáenz, Javier José s/recurso de casación. 11/02/09. Causa n° : 10313. Cámara Nacional de Casación Penal. “El decisorio por el cual se confirma la denegatoria de la excarcelación del imputado se encuentra suficientemente fundado, toda vez que, a la especial gravedad de los delitos que se le reprochan -fabricación, preparación y tenencia con fines de comercialización de sustancia estupefacientes previstos en el art. 5 incs. b y c de la ley 23.737- se agregan, la actitud adoptada por el imputado el día del procedimiento de intentar fugarse por los fondos de la propiedad, la cuantía de la droga secuestrada, el grado de presunción de culpabilidad de acuerdo a la prueba acumulada, el avanzado estado de la causa que permite considerar que en breve se fijará audiencia de debate y el tiempo de detención del imputado que no excede lo razonable, todo lo cual permite presumir que, en caso de conceder la excarcelación al imputado, intentará eludir la acción de la justicia. La disidencia consideró que no se habían analizado todos los elementos de convicción necesarios para el adecuado tratamiento de la cuestión y, siguiendo los lineamientos del plenario "Díaz Bessone", correspondía conceder la excarcelación imponiendo una caución real y otras medidas conducentes para asegurar la sujeción al proceso. Dres. Ledesma -en disidencia-, Riggi y Tragant.

2.- Registro n° 13913.2. Nogueira, Jonathan Matías s/recurso de casación.

Magistrados: Mitchell, García, Yacobucci. 20/02/09. Causa n° : 10345. Cámara Nacional de Casación Penal. La resolución que rechazó la excarcelación relevó los estándares emergentes del plenario "Díaz Bessone" pues identificó, además de la gravedad de la pena conminada por los delitos imputados y de la imposibilidad de una condena de ejecución condicional, la posibilidad de declaración de reincidencia por registrar una condena anterior (art. 319 del CPPN) y que habría

cumplido el hecho cuando se hallaba cumpliendo las obligaciones del art. 13 del código de fondo. La disidencia expresó que los argumentos en los que se fundaba la decisión denegatoria se remitían a consideraciones acerca de la gravedad de la pena que podría corresponder al imputado de ser condenado en el presente proceso, y a su modo de ejecución, de modo que se reducían a los supuestos de los arts. 316 y 317 inc. 1 del CPPN, condiciones que no satisfacen las exigencias de la doctrina plenaria.

3.- Registro n° 11214.4. Velazquez Aguilera, Alicia Porfiria s/recurso de casación. Magistrados: Diez Ojeda, Hornos, González Palazzo. 6/02/09 Causa n°: 9173. Cámara Nacional de Casación Penal. Corresponde rechazar el recurso de casación y confirmar la denegatoria de la excarcelación si el tribunal no se limitó a ponderar la calificación jurídica asignada al suceso atribuido al imputado y su respectivo marco punitivo, sino que, además, consideró las especiales características del hecho, en particular, el accionar de los imputados, y el modo en el que se organizaron para cometer delitos en perjuicio de la propiedad de terceros. La disidencia expresó que corresponde anular la resolución que denegó la excarcelación de la imputada si se fundó en la calificación legal y en la rebeldía dictada en otro proceso en que las incomparecencias se debieron a que la nombrada se encontraba detenida ininterrumpidamente en este proceso. Dres. Hornos -en disidencia-, González Palazzo y Diez Ojeda.

4.- Registro n° 189.09.3. Coronel, Juan Horacio s/recurso de casación. 2/03/09 Causa n° : 10373. Cámara Nacional de Casación Penal. Magistrados: Tragant, Riggi, Ledesma. “Resulta legítimo presumir que en caso de recuperar la libertad, el acusado intentará eludir la acción de la justicia, atendiendo al grado de presunción de culpabilidad y la verosimilitud con relación a los hechos que se le reprochan, el tiempo que lleva privado de libertad que no excede de lo razonable y el avanzado estado de las actuaciones, la existencia de vínculos con terceros relacionadas con el delito que se investiga y la especial gravedad del delito, reconocida por el Estado Argentino al asumir compromisos internacionales por medio de la ley 24.072. La disidencia consideró que lo resuelto no analizó adecuadamente los riesgos procesales de elusión y frustración del proceso, ni aludió a las condiciones personales del imputado, sino que se fundó en la pena en expectativa prevista.

(Dres. Riggi, Tragant, Ledesma -en disidencia-).

5.- "Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad" - CNCP - Sala III - 22/12/2004. “El derecho constitucional de permanencia en libertad durante la sustanciación del proceso penal, solo puede ceder en situaciones excepcionales y cuando los jueces consideren que existen causas ciertas, concretas y claras, en orden a que el imputado eludirá la acción de la justicia (art. 280 C.P.P.). Éstas causales son las constitutivas del *periculum in mora* como presupuesto habilitante de la medida cautelar, siempre que se haya configurado la verosimilitud del derecho *fumus bonis iure*. Es decir, que el órgano jurisdiccional debe valorar necesariamente las pruebas que le permitan presumir la existencia de *peligro en la demora*... Que la privación de la libertad no debe ser la regla, constituye un principio expreso constitucionalizado...”

6.- C. 21.143 - "Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión" - Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal - Sala I -10/11/2003.- “en nuestro sistema constitucional, el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y que se garantiza el derecho de entrar, permanecer y salir del territorio argentino, mientras no exista una condena concreta que lo impida. En este sentido, las leyes procesales penales solo vienen a reglamentar la CN, para que se determinen las restricciones que se podrán hacer a esa libertad personal dentro de ese marco normativo. Por ello, la interpretación de las normas procesales en este ámbito debe ser restrictiva. De estas ideas básicas se deduce que el estado normal de una persona sometida a proceso es la libre locomoción y por ende, la privación de libertad será excepcional. La privación de libertad solo puede autorizarse cuando sea imprescindible, y por lo tanto, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa... Para sintetizar, en palabras de Roxin, la prisión preventiva es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar los fines del proceso. Tiene entonces tres finalidades: a) asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) garantizar una investigación en debida forma; c) asegurar la ejecución penal. En síntesis, la prisión preventiva solo ha de imponerse cuando exista peligro de frustración del proceso”.

VI.- PROPUESTAS SUPERADORAS PARA CONSERVAR EL CARÁCTER PROCESAL DE LA PRISION PREVENTIVA:

A.- La necesidad de acentuar el carácter eminentemente procesal de la prisión preventiva

A modo de conclusión, proponemos ahora una modificación en la aplicación de la prisión preventiva. La propuesta que aquí se presenta, se estructura a partir de aquellos ejes que brindan mayor racionalidad a la discusión sobre la prisión preventiva, y que concilian su utilización con las pautas constitucionales ya enunciadas. Para ello es menester hacer hincapié en la regulación de los peligros procesales como justificación de la restricción de la libertad.

Este primer dispositivo, determina la consagración de aquellos indicadores que, objetivamente, orienten el análisis de la prisión preventiva en torno al peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación, dotándolos de un contenido más riguroso y concreto. Se procura evitar así que la mera enunciación de preceptos legales habilite la incorporación de las presunciones legales propias de los modelos inquisitivos.

En efecto, el sistema procesal que estatuye la ley 6.730 establece criterios rectores que concentran principalmente un examen sobre la pena en expectativa. Así, se adopta como criterio central para la procedencia del encierro cautelar que el delito imputado importe una pena privativa de la libertad, y que, en el caso, se estime provisoriamente que no procederá una condena de ejecución condicional (art. 293, ley 6.730). Como se observa, la regulación en base a esta circunstancia importa, en mayor o menor medida, desconocer el estado de inocencia que goza la persona sometida a un proceso penal, a la vez que condiciona a quien tiene la responsabilidad de realizar una evaluación en base a un pronóstico de pena, en el caso al imputado que tiene la carga probatoria de probar lo contrario.

De modo complementario, y sólo para los casos en que la pena en expectativa permitiese la condena de ejecución condicional, se establecen pautas “asociadas” a peligros de elusión de la justicia y de entorpecimiento de las investigaciones que permiten el dictado de la medida cautelar. Estas pautas consisten en su falta de residencia, declaración de rebeldía, encontrándose gozando de más de dos recuperos de libertad y/o excarcelaciones anteriores al hecho investigado, cese de prisión preventiva anterior (art.293 ley 6.730). En este sentido, es evidente que la valoración del hecho de que el imputado haya gozado de excarcelaciones anteriores, representa un fundamento de claro anclaje sustancialista, muy alejado de la capacidad de analizar peligros procesales concretos. Y aún cuando se establecen estos supuestos como criterios indicativos, deberían estar complementados con un catálogo más nutrido de supuestos para fundar el peligro de fuga y de entorpecimiento de las investigaciones.

Finalmente, es posible observar que en la legislación, se encuentran también como criterios de evaluación de los riesgos del sometimiento al proceso, el cese de prisión preventiva anterior en los casos de los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 295 ley 6.730, el que textualmente dice *“se dispondrá fundadamente la cesación de la prisión preventiva, de oficio o a pedido del imputado, ordenándose la inmediata libertad de éste la cual será efectuada sin más trámite, en forma instantánea y desde el lugar que se lo notifique cuando: 2) La privación de la libertad no fuere absolutamente indispensable para salvaguardar los fines del proceso (281), según apreciación coincidente del Fiscal, del Juez de Instrucción y de la Cámara de Apelación, a quienes -en su caso- se elevarán de oficio las actuaciones. El imputado será siempre, en este caso, sometido al cuidado o vigilancia previsto en el artículo 280. 3) Estimare prima facie que al imputado no se lo privará de su libertad, en caso de condena por un tiempo mayor al de la prisión sufrida, aún por aplicación del artículo 13 del Código Penal. 4) Su duración excediere de dos años sin que se haya dictado sentencia. Este plazo podrá prorrogarse un año más cuando se trate de causas de evidente complejidad y de difícil investigación...”*

Respecto de esto último, en tanto importan criterios asociados a la determinación de la pena, funcionan encubiertamente como criterios claramente sustancialistas que revelan pautas de evaluación que, aún autónomamente, condicionan la decisión “*sin la capacidad de proporcionar información real sobre el riesgo de fuga o el entorpecimiento de la investigación*”.

Así, la procedencia del instituto esta signada a los casos en los que la pena en expectativa del delito imputado permita inferir que no procederá a la ejecución condicional. En este orden de ideas, es claro que un sentido mínimo de proporcionalidad impide que la medida cautelar sea más gravosa que la sanción. Pero vemos también que este piso se ve ciertamente vulnerado por la incorporación de los peligros procesales que habilitan el dictado de la prisión preventiva en supuestos en que sería igualmente procedente la condena de ejecución condicional.

B.- La justificación de la prisión preventiva como medida residual y su tramitación en audiencia oral

La propuesta radica en la obligatoriedad de que quien peticiona el dictado de la prisión preventiva no solo justifique su necesidad en el caso concreto, sino que además justifique por qué la imposición de otras medidas menos gravosas (detención domiciliaria, etc.) no satisface adecuadamente las necesidades de neutralizar el peligro de fuga y el entorpecimiento probatorio en el caso bajo examen. El requirente deberá, en este supuesto, brindar las razones de la improcedencia de las restantes. A ello se suma la necesidad de oralizar su trámite.

La oralidad constituye un principio que, excede por mucho al estudio de las medidas cautelares. No obstante, su enorme valor hace sumamente relevante que la discusión sobre la prisión preventiva esté regulada mediante un sistema de audiencias. En un esquema en el que la problematización de la aplicación de esta medida se concentra en la existencia de riesgos procesales, *el sistema oral potencia considerablemente la posibilidad de que las partes acerquen mayor información a los jueces*. Así, la audiencia estaría exclusivamente dirigida a que las partes que la solicitan demuestren expresamente la necesidad de la medida cautelar. También aquí estaría prevista la posibilidad de producir prueba, e incluso la prórroga de la audiencia en caso de que resultase pertinente a tales efectos. Otra cuestión

importante sería que la resolución que se dicte respecto de la procedencia o no de la medida, deba realizarse directamente durante la audiencia.

Como puede observarse, la utilidad de la audiencia radicaría en la posibilidad de que se determine una explicación sobre la participación del imputado en los hechos que se le atribuyen y de los riesgos procesales, que deben ser probados y que el juez debe considerar para adoptar una decisión sobre la prisión preventiva.

La instrumentación de estas audiencias es una clara derivación de los modelos con sistemas de audiencias orales, en tanto señalan un breve lapso para que el fiscal solicite y justifique la transformación de la detención en una prisión preventiva. Por este motivo, es fundamental que este el control de la detención sea inmediato, puesto que ahí se discutirá en primer término la legalidad de la detención, para luego poder avanzar en la formulación de cargos y en la motivación sobre la medida cautelar que, en su caso, podría pretender el Ministerio Público Fiscal. De esta forma *el requerimiento de una medida de coerción se formulará y decidirá en audiencia, garantizando los principios de contradicción, inmediación, publicidad y celeridad. El juez le dará al imputado la oportunidad de ser oído*, con la asistencia e intervención de su defensor, quienes también podrán cuestionar el lugar y demás condiciones donde cumplirá la prisión preventiva.

C.- Necesidad de producir información para decidir sobre la prisión preventiva:

Un elemento, que debería generar un verdadero cambio en el sistema cautelar, se relaciona con la prueba que se discute en este tipo de audiencias, ya que *la mayoría de los operadores judiciales limitan los elementos probatorios a los antecedentes penales, la constatación policial del domicilio* o, en el mejor de los casos, el informe socio-ambiental o encuesta sobre el concepto vecinal (al menos cuando la detención domiciliaria se presenta como una alternativa). Esto genera que no se aporten elementos suficientes para reorientar la discusión de las medidas cautelares. Para producir un cambio cultural, resulta necesario que se produzca *“información de calidad sobre determinadas cuestiones que se vinculan con los indicadores objetivos”* y orientativos para valorar el peligro de fuga o entorpecimiento. Por ello, si se pretende modificar una concepción fuertemente arraigada deben buscarse los mecanismos adecuados para romper con esas viejas prácticas. Una de las formas

que entendemos resulta útil a esos fines es no dejar librado a los operadores judiciales que produzcan por sí solos la información sino a un ente u organismo que se encargue de ello. En el mejor de los casos, si alguna de las partes desea producir sus propios datos, también podrán acercarlos a la audiencia.

D.- Regulación de un régimen gradual de las medidas cautelares.

Este componente representa una de las cuestiones más sobresalientes para dar coherencia a la utilización de la prisión preventiva. Y es que ésta se encuentre integrada dentro de un espectro más amplio de medidas cautelares dirigidas a contrarrestar el peligro de elusión o de entorpecimiento de las investigaciones judiciales. El criterio rector, correctamente regulado, establece que siempre deberán priorizarse estas medidas frente al encierro, las que podrán imponerse solas o combinadas según se considere adecuado (art. 281 *in fine*). Así, dependiendo de las circunstancias del caso, se podrá obligar al imputado a someterse al cuidado de una persona o de una institución; a presentarse periódicamente ante alguna autoridad; a no salir de un ámbito territorial determinado; y a no concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas, retención de documentos de viaje; el abandono del domicilio en casos de violencia doméstica; y, bajo la lógica de incorporar nuevas tecnologías para (algo ya previsto por la ley 6.730 art. 298 pero jamás implementado) la vigilancia del imputado mediante dispositivos electrónicos de rastreo, la privación de su libertad en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga. Además, también la posibilidad de fijar una caución patrimonial, como así también la promesa jurada de someterse al procedimiento penal.

VII.- CONCLUSIONES FINALES

El endurecimiento y la desnaturalización de la prisión preventiva surgió como respuesta a los altos índices de inseguridad que existen en la Provincia, y como estrategia de disuasión frente al delito -tal vez con la falsa creencia de que el encierro anticipado solucionaría los problemas en materia de seguridad-.

Si bien son reales y atendibles las dificultades que en muchos casos plantea el enfrentamiento de la criminalidad, se debe desterrar, sobre todo en el ámbito del derecho penal, la idea equivocada de que a través de la generalización del encierro preventivo, se va a modificar y/o disminuir la realidad que refleja altos índices delictivos. Lamentablemente, lejos de solucionar el problema, se sumaran nuevos conflictos, como los referidos a la superpoblación en las cárceles.

Para enfrentar esta problemática, como primera medida *es necesario devolver al instituto de la prisión preventiva su naturaleza excepcional y su carácter procesal*. Estos principios fundamentales que regulan la figura, tienen jerarquía constitucional estando reconocidos en los principales tratados y convenciones de derechos humanos que nuestro país ha reconocido también en la ley fundamental, lo que se dejó reseñado en la presente investigación.

Por otra parte, es importante resaltar la falta de coherencia que conlleva el uso de dos institutos diferenciados: pena y prisión preventiva. La pena de prisión tiene por finalidad la readaptación social, mientras que en la prisión preventiva es asegurar los fines del proceso penal. Ello obliga desde sus cimientos a no confundir una con la otra. Es decir, no se trata de eliminar la posibilidad de aplicación de la medida, sino de restringirla a los casos estrictamente necesarios y bajo ciertas circunstancias. Debe abandonarse su uso con fines materiales, y recurrir a ella sólo en los casos en que se vea afectada de algún modo la continuación del proceso, ya sea por el peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación. Jamás para saciar las ansias de una confundida *“seguridad ciudadana”*.

En el mismo sentido, bregamos porque los Jueces de Garantías -en consonancia con las exigencias del principio de inocencia, necesidad y de proporcionalidad- restrinjan al máximo la imposición de encierros cautelares, recurriendo, si fuere el

caso a las posibilidades que otorgan los institutos de las alternativas y atenuaciones de la prisión preventiva (art. 298 del CPP, ley provincial 6.730).

Como corolario de la presente investigación las medidas de coerción de la libertad de las personas deben ser:

1.- Estrictamente de naturaleza cautelar,

2.- Proporcionales;

3.- Excepcionales;

4.- Provisionales y

5.- Motivadas.

En cuanto a la aplicación de estas medidas de coerción personal, en nuestros Tribunales provinciales, su uso fue y ha sido desprovisto de resultados previsibles.

La razón de esta conclusión se fundamenta en el relevamiento de la información reseñada en el punto II del presente trabajo. Allí se manifiesta que el uso de los diferentes baremos que condicionan estas decisiones se utilizan sin considerar el peso específico de cada una de ellas. Decisiones imprevisibles y motivadas, a veces, por la amenaza de pena en abstracto; por la figura delictiva; por la clase social a la que pertenece el imputado, sea para concederla o negarla con el mismo argumento; por la figura delictiva que se investiga, por la seriedad de probabilidad de pena, entre otras.

Dr. Diego Jorge LAVADO

DNI. 14.175749