

PRISIÓN PREVENTIVA



Alumnos: BEANATTE CRISTIAN EMANUEL
OLGUÍN JOSÉ LUIS

Carrera: ABOGACÍA

Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias
Económicas y Jurídicas

Año: 2007

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo trataremos de mostrar la utilización de una medida cautelar en el proceso penal que ha generado y genera ciertos debates en torno a su procedencia, así como también aquellas cuestiones que hacen a su aplicación, tales como: régimen legal, garantías constitucionales. En el transcurso de la investigación mencionaremos las distintas opiniones de prestigiosos juristas argentinos y extranjeros.

Señalaremos la reforma a nuestro Código Procesal Penal, haciendo un paralelismo y marcando las diferencias con el nuevo texto a entrar en vigencia al la brevedad.

La importancia del estudio de la Prisión Preventiva obedece a que su uso ha sido un problema histórico en nuestro país; esta ha sido una de las instituciones procesales que ha recibido una critica muy intensa en la mayoría de las normativas procesales penales contemporáneas a lo largo y ancho del mundo.

El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni sostuvo en el prologo de la obra de Domínguez, Virgolini y Annicchiarico que: “la prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.”¹

Asimismo Ferrajoli afirma “la prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la

¹ “La Prisión Preventiva Frente al Estado de Derecho” escrito por Roberto Rabi González, Lunes 3 de octubre de 2.005.

jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo.”² También sostiene que “La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. La prisión preventiva se justifica solamente en casos graves de peligro de falsificación de las pruebas o de fuga del imputado. Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. No debería ir más allá de alguna semana. Pero naturalmente eso implica un costo, porque el imputado podría ser culpable. Pero la democracia implica ciertos peligros. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima.”³

La prisión preventiva sólo se puede aplicar en la medida en que tenga fines procesales, esto es, que pretenda resguardar la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal. Por ello, los únicos criterios válidos para imponerla son el entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga,⁴ probados en el caso concreto⁵. De este modo, la detención cautelar únicamente puede tener carácter excepcional; por supuesto, esta coerción no puede ser más gravosa, ni durar más, que la propia pena⁶. Debe existir una sospecha relevante sobre el imputado⁷ y tener carácter provisional. Además, la medida es legítima mientras se mantengan sus presupuestos de justificación. Por último, el Poder Judicial debe garantizar un adecuado control de la legitimidad de las detenciones⁸.

² Ferrajoli, Luigi “**Derecho y Razón**”, Trotta, Quinta Edición, 2001

³ Luigi Ferrajoli, Jurista: "Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas"

Fecha: 7/1/2006 14:30:00 | **Tema:** Pensamiento Crítico **Fuente:** Diario Clarín

⁴ Corte IDH, **Caso Suárez Rosero, Ecuador**, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, n° 35, numeral 77

⁵ Corte IDH, **Caso Tibi, Ecuador**, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, n° 114, numeral 107.

⁶ CIDH, **Informe 12/96, párrafo 72; Corte IDH, Caso Gangaram Panday**, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C n° 16, numeral 47. 21/1/94, numeral 47.

⁷ Corte IDH, **Caso Tibi**, numeral 107.

⁸ CIDH, **Informe 2/97, párrafo 19.**

Con respecto a Argentina: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo hace casi diez años que incumplía la Convención Americana sobre Derechos Humanos por no respetar los estándares internacionales que habilitan la aplicación de una medida privativa de la libertad⁹.

⁹ CIDH, Informe 12/96, Caso Giménez, Argentina, 1 de marzo de 1996, Informe Anual 1995; CIDH, Informe 2/97, Caso Bronstein y otros, Argentina, 17 de febrero de 1998, Informe Anual 1997

Capítulo 1

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL¹⁰

La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal viene dada por la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que tiene una duración temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.). Por ello, la Ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz. En consecuencia, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones *"encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte"* (GOMEZ ORBANEJA). Estas medidas participan de los mismos caracteres que las adoptadas en el proceso civil: instrumentalidad (no constituyen un fin en si mismas, sino que están vinculadas a la sentencia que en su día pueda dictarse), provisionalidad (no son definitivas, pudiéndose modificar en función del resultado del proceso o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas) y homogeneidad (debe ser semejante o parecida a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia). A diferencia del proceso civil al no exigirse la constitución de una fianza, los presupuestos de las medidas cautelares se reducen a

¹⁰ "Las Mediadas Cautelares en el Proceso Penal" De: Francisco Peláez Sanz y Juan Miguel Bernal Neto Fecha: Abril 1999

dos: "*fumus boni iuris*" (juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada) y "*periculum in mora*" (que exista una situación de riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena).

Clasificación:

De acuerdo con el profesor FENECH y la mayoría de la doctrina, "*los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales.*". Los actos cautelares reales o patrimoniales pueden tener, a su vez, varias finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba; o a asegurar la condena al pago de una cantidad de dinero, por las personas responsables criminalmente, o por los terceros responsables civiles. No obstante, lo que algún grupo de autores considera, desde un punto de vista amplio del término, como medidas cautelares tendientes a asegurar los medios de prueba (entrada y registro en lugar cerrado; detención, apertura y examen de correspondencia privada e intervención y observación telefónica y el secuestro del "cuerpo del delito", etc.), en realidad son "actos para la investigación del delito".

Medidas Cautelares Personales:

Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el Juez Instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la

celebración del juicio oral ante el Juzgador. En resumen el objetivo de estas es el cumplimiento de la finalidad del proceso.

Capítulo 2

CONCEPTUALIZACIÓN Y RÉGIMEN LEGAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva al ser considerada en el Código Procesal Penal de la Nación simple medida cautelar, corresponderá, solo cuando el delito o los delitos que se le atribuyen al imputado tengan pena privativa de la libertad, que no autorice a aplicar la condena de ejecución condicional. Aquí se trata de evitar, siempre que sea aprobable el ingreso al establecimiento carcelario de quien esta destinado a salir de él a corto plazo (artículo 312, CPPN). Tampoco procede con respecto a los menores de dieciocho años (artículo 315, CPPN).

La prisión preventiva es una medida precautoria dispuesta por la autoridad judicial que entiende en el caso, con lo cual el único órgano autorizado a dictarla es el juez. La policía puede detener preventivamente a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia, pero carece de facultades para decretar tal medida.¹¹

Son requisitos para disponer la prisión preventiva:

- 1) que sea dictada por juez competente;
- 2) que se dicte sobre una persona o personas determinadas;
- 3) que al delito o concurso de delitos corresponda pena privativa de la libertad;
- 4) que no proceda condena de ejecución condicional, por lo menos *prima facie*;
- 5) cuando no proceda la libertad provisional.

Varias previsiones se destinan a quienes se les ha dictado la prisión preventiva, tendientes a una mayor individualización de los procesados,

¹¹ Manual de Derecho Procesal Penal, Ricardo Levene (h).

paso previo a la individualización de los condenados; así, el artículo 313 del CPPN dispone: Excepto en los casos de prisión domiciliaria (art. 314, CPPN), los que fueren sometidos a la prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza de delitos que se le atribuye.

Podrán procurar, a sus expensas, las comodidades que no afecten el régimen carcelario y la asistencia médica que necesiten, sin perjuicio de la gratuita que deberá prestarles el establecimiento donde se alojen, por medio de sus médicos oficiales; recibir visitas íntimas periódicas sin distinción de sexo, en las condiciones que establezcan los reglamentos respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley.

Los jueces podrán autorizarlos por resolución fundada a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir con sus deberes morales en caso de muerte o grave enfermedad de algún pariente próximo, por el tiempo que prudencialmente se determine.

El Código Procesal Penal de la Nación proyecta un principio de humanidad constitucional (artículo 18, último párrafo, de la CN), referido para el tratamiento de presos en su art. 313.

Cabe señalar que de la misma manera que las leyes de ejecución deben ajustarse a la regulación del Código Penal sobre las penas, también la reglamentación de los establecimientos de detención debe ajustarse a las reglas fundamentales de los códigos de procedimiento, para cumplir con tal medida.

En general los códigos argentinos y extranjeros tienen disposiciones similares en cuanto a la forma de llevar a cabo la prisión preventiva,

regulando conceptos relativos a la ejecución de la prisión preventiva, pero en algunas legislaciones, por ejemplo la alemana, además taxativamente los casos en que el detenido deba ser esposado.

El auto de prisión no puede ser objeto del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación, ya que no reviste el carácter de sentencia definitiva y es un simple auto interlocutorio, que no pone fin al proceso causa instancia pues puede ser modificado o revocado en cualquier estado del sumario por contrario imperio.¹²

Tiene importancia que se haga la calificación que se haga del delito en el auto de prisión preventiva, pues de ella depende la posibilidad de que el procesado sea excarcelado y sirve para computar el término de la prescripción de la acción de la acción.

La prisión preventiva ha sido considerada una simple medida de seguridad con respecto a la persona del imputado y no un estado del juicio. Tanto es así que aun cuando no ha sido dictada con respecto a un delito, si el procesado ha sido indagado por este y ha mediado acusación y defensa, el magistrado al sentenciar, debe pronunciarse sobre este hecho, bajo pena de nulidad.¹³

ART. 24 DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN:¹⁴

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

Del análisis del artículo 24 del Código Penal de la Nación, surge una inconsistencia notable respecto de los códigos de forma. Puesto que el

¹² C.S.N. “Jur. Arg. XXVIII, p. 276

¹³ C.C.C., “Fallos”, t, II, p. 204

¹⁴ Código Penal Argentino

código de fondo regula cuestiones que son de forma: “el modo de computar los plazos de la prisión preventiva a los efectos de computar los días de prisión o de reclusión”.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.
“ACTUAL”.¹⁵

Artículo 279: El Juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si confirmare la libertad que antes le hubiere concedido cuando:

- 1º) Al delito o concurso de delitos que se le atribuya corresponda pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de dos años;
- 2º) Aunque este sea inferior, sino corresponde conceder la excarcelación según lo dispuesto en el artículo 284.

Artículo 280: Excepto lo previsto por el artículo siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá la separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se le atribuye. Podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten el régimen carcelario y la asistencia medica que necesiten sin perjuicio de la gratuita que deberá prestarles el establecimiento donde se alojen por medio de sus médicos oficiales, recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley.

Los jueces podrán autorizarlos, mediante resolución fundada, a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte.

¹⁵ Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa

Artículo 281: La mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias podrán cumplir la prisión preventiva en sus domicilios, si el juez estimare que en caso de condena no se les impondrá una pena mayor de seis meses de prisión.

Artículo 282: Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de 16 años, siéndole aplicables las correspondientes normas de su legislación específica

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA,
“PRÓXIMO A ENTRAR EN VIGENCIA”¹⁶

Artículo 250.- PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDENCIA.

Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, y después de recibida su declaración, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Artículo 251.-FORMA. REQUISITOS. DURACIÓN.

La aplicación de la medida cautelar indicada deberá decidirse en audiencia oral donde primeramente alegarán las partes y luego el Juez resolverá lo que corresponda.

La resolución deberá contener los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una sucinta enunciación de los hechos; los fundamentos de la decisión; la calificación legal del hecho, con citas de las disposiciones aplicables y la parte resolutive.

¹⁶ Boletín Oficial de la Provincia de La Pampa, Separata, B.O. N° 2705 (13 de octubre 2006.-)

Al momento de fundamentarla, el Juez deberá analizar la existencia de una presunción razonable, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la acción de la justicia en el desarrollo del proceso (peligro de obstaculización).

La prisión preventiva deberá dictarse, si el delito tuviere una pena mínima de más de tres (3) años de prisión, no obstante el Juez podrá sustituirla, por algunas de las medidas previstas por el artículo 254.

La prisión preventiva no podrá durar más de un (1) año. Si se ha dictado sentencia condenatoria podrá extenderse el plazo tres (3) meses más mientras tramita la impugnación deducida. Vencidos estos plazos no se podrá dictar una nueva medida privativa de la libertad.

El auto que imponga esta medida de coerción será apelable.

Artículo 252.-PELIGRO DE FUGA.

Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- 1°) Arraigo en el país, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos;
- 2°) La pena que se espera como resultado del proceso;
- 3°) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
- 4°) La posibilidad cierta de ausentarse del país o permanecer oculto.

Artículo 253.-PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN.

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para el desarrollo del proceso se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

- 1°) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba;
- 2°) Influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente;
- 3°) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos; y
- 4°) Persistirá en su accionar respecto de la víctima.

Artículo 254.-SUSTITUCIÓN.

Siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad puedan razonablemente evitarse por aplicación de otra medida de coerción menos gravosa, el Juez de Control o el Tribunal competente, deberán imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna de las alternativas siguientes:

- 1°) Arresto domiciliario, sin vigilancia alguna o con la que el Juez o Tribunal disponga;
- 2°) Obligación de someterse al cuidado del Patronato de Liberados, el que informará periódicamente;
- 3°) Obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o Tribunal, o autoridad que éstos designen, fijándose día y hora, teniendo en cuenta la actividad laboral y la residencia del imputado;
- 4°) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Tribunal, sin autorización o de asistir a determinados lugares; y

5°) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.

El Juez o Tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, pero en ningún caso se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible.

Artículo 255.-ACTA.

Previo a la ejecución de las medidas enunciadas en el artículo precedente, se labrará un acta, en la que constará:

- 1°) La notificación al imputado;
- 2°) La constitución de domicilio real donde cumplirá el arresto domiciliario;
- 3°) La constitución de un domicilio especial para recibir notificaciones, dentro del radio del Tribunal; y
- 4°) La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que le sean practicadas.

En el acta constarán asimismo, las consecuencias de la incomparecencia del imputado.

Artículo 256.- TRÁMITE DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL.

Todo lo referente a la detención, prisión preventiva e internación provisional se tramitará por incidente.

Artículo 257.-MENORES.

Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica.

Artículo 258.-INTERNACIÓN PROVISIONAL.

El Juez de Control, a pedido de parte, podrá ordenar la internación del imputado en un establecimiento asistencial, cuando a los requisitos de la prisión preventiva se agregare la comprobación por dictamen de peritos oficiales de que el mismo sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás.

Cuando no concurrieren los presupuestos para imponer la prisión preventiva y se reunieren las demás circunstancias a que se alude precedentemente, el Juez de Control informará al Tribunal competente para resolver sobre su incapacidad e internación y pondrá a su disposición a quien estuviera detenido, de conformidad a lo dispuesto por el Código Procesal Civil en la materia.

Artículo 259.-CAUCIÓN.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva previstas en el artículo 256 se concederán bajo caución juratoria, que consistirá en la promesa jurada del imputado de cumplir fielmente las condiciones impuestas por el Juez y someterse, en su caso, a la ejecución de la sentencia condenatoria; bajo apercibimiento de serle revocado el beneficio otorgado.

Artículo 260.-CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La prisión preventiva podrá cesar:

1º) Cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;

2°) No mediando sentencia se estime, en principio, que el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena;

3°) El período de privación de libertad permite estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la libertad condicional; y

4°) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional.

En los supuestos de los incisos 3°) y 4°), deberá contarse previamente, con el informe del establecimiento carcelario que se requiere para la procedencia de la libertad condicional.

Artículo 261.-EXAMEN A PEDIDO DEL IMPUTADO O DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.

El imputado y su defensor podrán provocar el reexamen de la prisión preventiva o de la internación o de cualquier otra medida de coerción que hubiera sido impuesta en cualquier momento del procedimiento.

El Ministerio Público Fiscal a quien le hubiere sido rechazada una orden de detención (artículo 244) o de prisión (artículo 251), o cuando hubiere sido ordenada una medida de coerción distinta sin su conformidad, podrá provocar el reexamen en cualquier momento del procedimiento.

El siguiente cuadro mostrara mejor las diferencias entre uno y otro código procesal, dejando en resalto la mayor consideración del tema en el nuevo código, dándole de ese modo la importancia que la mediada merece, y adoptando criterios sostenidos por la Corte Suprema de la Nación.

ARTÍCULO	CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE	ARTÍCULO	CÓDIGO PROCESDAL PENAL PRÓXIMO
Artículo 279	El Juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, sin perjuicio de no hacerla efectiva si confirmare la libertad que antes le hubiere concedido cuando: 1º) Al delito o concurso de delitos que se le atribuya corresponda pena privativa de libertad cuyo máximo exceda de dos años; 2º) Aunque este sea inferior, sino corresponde conceder la excarcelación según lo dispuesto en el artículo 284.	Artículo 250	Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, y después de recibida su declaración, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente.
Artículo 280	Excepto lo previsto por el artículo	Artículo 251	La aplicación de la medida cautelar

	<p>siguiente, los que fueren sometidos a prisión preventiva, serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá la separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se le atribuye. Podrán procurarse a sus expensas las comodidades que no afecten el régimen carcelario y la asistencia medica que necesiten sin perjuicio de la gratuita que deberá prestarles el establecimiento donde se alojen por medio de sus médicos oficiales,</p>	<p>indicada deberá decidirse en audiencia oral donde primeramente alegarán las partes y luego el Juez resolverá lo que corresponda. La resolución deberá contener los datos personales del imputado o, si se ignoraren, los que sirvan para identificarlo; una sucinta enunciación de los hechos; los fundamentos de la decisión; la calificación legal del hecho, con citas de las disposiciones aplicables y la parte resolutive. Al momento de fundamentarla, el Juez deberá analizar la existencia de una</p>
--	---	---

	<p>recibir visitas en las condiciones que establezca el reglamento respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley. Los jueces podrán autorizarlos, mediante resolución fundada, a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte</p>	<p>presunción razonable, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la acción de la justicia en el desarrollo del proceso (peligro de obstaculización). La prisión preventiva deberá dictarse, si el delito tuviere una pena mínima de más de tres (3) años de prisión, no obstante el Juez podrá sustituirla, por algunas de las medidas previstas por el artículo 254. La prisión preventiva no podrá durar más de un (1) año. Si se</p>
--	---	--

			<p>ha dictado sentencia condenatoria podrá extenderse el plazo tres (3) meses más mientras tramita la impugnación deducida. Vencidos estos plazos no se podrá dictar una nueva medida privativa de la libertad.</p> <p>El auto que imponga esta medida de coerción será apelable.</p>
Artículo 281	<p>La mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias podrán cumplir la prisión preventiva en sus domicilios, si el juez estimare que en caso de condena no se les impondrá una pena mayor de seis meses de prisión</p>	Artículo 252	<p>Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:</p> <p>1°) Arraigo en el país, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de la familia y</p>

			<p>de sus negocios o trabajos;</p> <p>2°) La pena que se espera como resultado del proceso;</p> <p>3°) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y</p> <p>4°) La posibilidad cierta de ausentarse del país o permanecer oculto.</p>
Artículo 282	Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de 16 años, siéndole aplicables las correspondientes normas de su legislación específica	Artículo 253	Para decidir acerca del peligro de obstaculización para el desarrollo del proceso se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado:

			<p>1°) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba;</p> <p>2°) Influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente;</p> <p>3°) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos; y</p> <p>4°) Persistirá en su accionar respecto de la víctima.</p>
		Artículo 254	<p>Siempre que el peligro de fuga o la averiguación de la verdad puedan razonablemente evitarse por aplicación de otra medida de coerción menos</p>

		<p>gravosa, el Juez de Control o el Tribunal competente, deberán imponerle al imputado en lugar de la prisión preventiva alguna de las alternativas siguientes:</p> <p>1°) Arresto domiciliario, sin vigilancia alguna o con la que el Juez o Tribunal disponga;</p> <p>2°) Obligación de someterse al cuidado del Patronato de Liberados, el que informará periódicamente;</p> <p>3°) Obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o Tribunal, o autoridad que éstos designen, fijándose día y hora, teniendo</p>
--	--	---

		<p>en cuenta la actividad laboral y la residencia del imputado;</p> <p>4°) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Tribunal, sin autorización o de asistir a determinados lugares; y</p> <p>5°) Prohibición de comunicarse con determinadas personas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.</p> <p>El Juez o Tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, pero en ningún caso se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere</p>
--	--	--

			imposible.
		Artículo 255	<p>Previo a la ejecución de las medidas enunciadas en el artículo precedente, se labrará un acta, en la que constará:</p> <p>1°) La notificación al imputado;</p> <p>2°) La constitución de domicilio real donde cumplirá el arresto domiciliario;</p> <p>3°) La constitución de un domicilio especial para recibir notificaciones, dentro del radio del Tribunal;</p> <p>y</p> <p>4°) La promesa formal del imputado de presentarse a las citaciones que le sean practicadas.</p>

			En el acta constarán asimismo, las consecuencias de la incomparecencia del imputado.
		Artículo 256	Todo lo referente a la detención, prisión preventiva e internación provisional se tramitará por incidente.
		Artículo 257	Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica.
		Artículo 258	El Juez de Control, a pedido de parte, podrá ordenar la internación del imputado en un

		<p>establecimiento asistencial, cuando a los requisitos de la prisión preventiva se agregare la comprobación por dictamen de peritos oficiales de que el mismo sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para los demás. Cuando no concurrieren los presupuestos para imponer la prisión preventiva y se reunieren las demás circunstancias a que se alude precedentemente, el Juez de Control informará al Tribunal competente para resolver sobre su</p>
--	--	---

			<p>incapacidad e internación y pondrá a su disposición a quien estuviera detenido, de conformidad a lo dispuesto por el Código Procesal Civil en la materia.</p>
		Artículo 259	<p>Las medidas alternativas a la prisión preventiva previstas en el artículo 256 se concederán bajo caución juratoria, que consistirá en la promesa jurada del imputado de cumplir fielmente las condiciones impuestas por el Juez y someterse, en su caso, a la ejecución de la sentencia condenatoria; bajo apercibimiento de serle revocado el beneficio otorgado.</p>

		Artículo 260	<p>La prisión preventiva podrá cesar:</p> <p>1°) Cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;</p> <p>2°) No mediando sentencia se estime, en principio, que el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena;</p> <p>3°) El período de privación de libertad permite estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la</p>
--	--	-------------------------	---

			<p>libertad condicional; y</p> <p>4°) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional. En los supuestos de los incisos 3°) y 4°), deberá contarse previamente, con el informe del establecimiento carcelario que se requiere para la procedencia de la libertad condicional.</p>
		Artículo 261	<p>El imputado y su defensor podrán provocar el reexamen de la prisión preventiva o de la internación o de cualquier otra medida de coerción que hubiera sido impuesta en cualquier momento del procedimiento.</p> <p>El Ministerio Público</p>

			<p>Fiscal a quien le hubiere sido rechazada una orden de detención (artículo 244) o de prisión (artículo 251), o cuando hubiere sido ordenada una medida de coerción distinta sin su conformidad, podrá provocar el reexamen en cualquier momento del procedimiento.</p>
--	--	--	---

LEY 24.390 "PLAZOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA"¹⁷

Sancionada: Noviembre 2 de 1994.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

PLAZOS DE LA PRISION PREVENTIVA

ARTICULO 1º-La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años.

No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por

¹⁷ Norma Descargada del sitio Web: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas>.

resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor.

ARTICULO 2º-Los plazos previstos en el artículo precedente serán prorrogados por seis meses más cuando los mismos se cumplieren mediando sentencia condenatoria y ésta no se encontrare firme.

ARTICULO 3º-El Ministerio Público podrá oponerse a la libertad del imputado cuando entendiera que existieron de parte de la defensa articulaciones manifiestamente dilatorias y el tribunal deberá resolver la cuestión dentro del plazo de cinco días.

En las causas que se inicien a partir de la vigencia de la presente ley, el Ministerio Público solamente podrá formular aquella impugnación si se hubiese opuesto por el carácter dilatorio de la articulación de que se trate, en la oportunidad de tomar conocimiento de la misma.

ARTICULO 4º-No mediando oposición o cuando ésta fuese rechazada el imputado recuperará la libertad bajo la caución que el tribunal determine.

Si la oposición fuese aceptada, no se computarán las demoras causadas por aquellas articulaciones.

ARTICULO 5º-En el acto de prestar la caución el imputado deberá fijar domicilio, denunciando el real y las circunstancias de trabajo que pudieren imponerle la necesidad de ausentarse por más de veinticuatro horas, lo que no podrá ser alterado sin autorización del tribunal.

Además, el tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado conforme las previsiones del artículo 27 bis del Código Penal y que resultaren compatibles con su situación procesal.

ARTICULO 6º-El auto que dispuso la libertad será revocado cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieron o no

compareciere al llamado del tribunal sin causa justificada. En todos los casos, previamente, el tribunal fijará un término no superior a los quince días para que el imputado cumpla con sus obligaciones con el apercibimiento de revocación.

ARTICULO 7º-Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

ARTICULO 8º-Modificase el artículo 24 del Código Penal para los casos comprendidos en esta ley.

ARTICULO 9º-La presente ley es reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ARTICULO 10º-Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7 de la ley 23.737 y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley.

ARTICULO 11º-Comuníquese al Poder Ejecutivo.-Alberto Pierri.-Oraldo Britos.-Juan Estrada.-Edgardo Piuizzi.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO,
EN BUENOS AIRES, A LOS DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DEL
AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO.

MODIFICACIÓN DE LA LEY 24.390 POR LA LEY 25.430

Ley 25.430¹⁸

¹⁸ Norma Descargada del sitio Web: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas>.

Modificase la Ley N° 24.390. Plazos de la prisión preventiva. Prórroga de la misma por resolución fundada. Facultades del Ministerio Público. Alcances.

Sancionada: Mayo 9 de 2001.

Promulgada parcialmente: Mayo 30 de 2001.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTÍCULO 1° — Sustitúyase el artículo 1° de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 1° — La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, sin que se haya dictado sentencia. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de la causa hayan impedido el dictado de la misma en el plazo indicado, éste podrá prorrogarse por un año más, por resolución fundada, que deberá comunicarse de inmediato al tribunal superior que correspondiere, para su debido contralor.

ARTÍCULO 2° — Sustitúyase el artículo 2° de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 2° — Los plazos previstos en el artículo precedente no se computarán a los efectos de esta ley, cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme.

ARTÍCULO 3° — Sustitúyase el artículo 3° de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 3º — El Ministerio Público podrá oponerse a la libertad del imputado por la especial gravedad del delito que le fuere atribuido, o cuando entendiera que concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación, o que existieron articulaciones manifiestamente dilatorias de parte de la defensa.

ARTÍCULO 4º — Sustitúyase el artículo 4º de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 4º — Si la oposición fundada en la última circunstancia mencionada en el artículo anterior fuere aceptada, las demoras causadas por las articulaciones objetadas no serán computadas.

No mediando oposición alguna o cuando éstas fueren rechazadas, el tribunal podrá poner en libertad al procesado, bajo la caución que considere adecuada.

La cuestión deberá ser resuelta en el plazo de cinco días y los recursos que se interpongan contra la resolución que acuerde la libertad al detenido, por aplicación de la presente ley, tendrán efecto suspensivo.

ARTICULO 5º — Deróganse los artículos 7º y 8º de la ley 24.390.

ARTÍCULO 6º — Sustitúyase el artículo 9º de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 9º — Cuando un procesado permaneciera dos años privado de su libertad, sin que se haya dictado sentencia a su respecto, el tribunal interviniente tiene la obligación de informar **en el plazo perentorio de 48 horas** al Consejo de la Magistratura los siguientes datos:

- Número de causa, carátula, fecha de iniciación, tribunal de radicación, fiscales intervinientes, y todo otro dato que se considere de interés;
- Objeto de la investigación;
- Identificación del o de los procesados;
- Fecha de la detención;
- Estado de la causa;
- Razones por las cuales no se llegó a dictar sentencia.

Cuando un procesado sobre el que se hubiere informado en virtud de lo dispuesto por este artículo cesara de cumplir prisión preventiva, el tribunal deberá confeccionar de inmediato un formulario para informar de ello y de los motivos de su liberación, al Consejo de la Magistratura.

La omisión o retardo de estos informes se considerará falta grave.

El Consejo de la Magistratura deberá:

- a) Confeccionar un registro de los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva superior a los dos años y de los que hayan recuperado su libertad por imperio de esta ley;
- b) Hacer público anualmente un informe con los datos insertos en el registro referido precedentemente;
- c) Diseñar los formularios que contengan la información a que se refiere este artículo.

Este Registro será público.

ARTÍCULO 7º — Sustitúyase el artículo 10 de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 10. — La presente ley es reglamentaria del artículo 7º, punto 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e integra el Código Procesal Penal de la Nación.

ARTÍCULO 8º — Sustitúyase el artículo 11 de la ley 24.390, por el siguiente:

Artículo 11. — Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7º de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de esa misma ley.

ARTICULO 9º — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO,
EN BUENOS AIRES, EL 9 DE MAYO DE 2001.

— REGISTRADO BAJO EL N° 25.430 —

RAFAEL PASCUAL — EDUARDO MENEM — Guillermo Aramburu—
Juan C. Oyarzún.

NOTA: Los textos en negrita, fueron observados.

Capítulo 3

IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.¹⁹

Garantías Constitucionales En Juego:

En principio, pareciera que resultaría imposible aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva, puesto que ésta se ve coartada por la existencia en nuestra carta magna de dos principios esenciales que limitan el uso de la fuerza del poder estatal durante el proceso penal. Se trata del principio del “Juicio Previo” y del principio de “Inocencia”.

La Constitución Nacional en su artículo 18 prevé que: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Esta frase, que es la base y la fundamentación de la garantía constitucional del juicio previo, ha sido interpretada de diversas maneras, una de ellas sostiene que se refiere a la exigencia de una sentencia previa, en el sentido que no puede existir una condena que no sea el resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Se argumenta que sólo un juicio lógico puede estar “fundado” en una ley previa al hecho del proceso. Juicio, para esta línea interpretativa, sería una operación del entendimiento, que consiste en comparar dos ideas para conocer y determinar sus relaciones. Se trataría de una operación de subsunción de los hechos al Derecho, que hace que el juez al dictar la sentencia (Carrara a este sentido del juicio, lo llamaba “juicio en sentido ideológico”). Se le otorga ese sentido a la palabra “juicio”, porque se parte de que “fundar” significa apoyar con razones eficaces o con discursos una cosa.

¹⁹ Alberto Binder, “Introducción al Derecho Procesal Penal” (segunda edición actualizada y ampliada, 1999) Tercera Parte, Pág. 115-132.

Por otro lado, nos encontramos con una interpretación dinámica e histórica de la Constitución, que demuestra que la Constitución Nacional se está refiriendo al “juicio” como institución político-cultural y no como juicio lógico. Subraya ésta interpretación que no se entiende un juicio sin una sentencia, que es su conclusión necesaria, pero, resalta, la referencia al juicio lógico que subyace en la sentencia es derivada no principal.

Como se observa, la anterior es una interpretación formal, que no toma en cuenta el carácter histórico del juicio previo, ni su sentido político-institucional. No se debe olvidar que el derecho procesal penal es, fundamentalmente, el desarrollo de las garantías constitucionales y que ese desarrollo debe preservar en todo momento el sentido primigenio de las garantías.

No obstante la evolución política por la que atravesó la Edad Media, existió una institución que se mantuvo constante, aunque se modificó paulatinamente su fundamento. Esta institución fue el necesario juicio previo, y esta persistencia nos habla precisamente de su importancia político-institucional. La idea de un poder limitado, ya latente en la Edad Media, sea como una imposición de los barones al rey, sea como un privilegio de la burguesía o como un derecho inalienable del hombre que surge de su propia naturaleza, lo cierto es que la idea misma del poder limitado estuvo siempre intrínsecamente ligada al principio de que ninguna persona podía ser castigada sin juicio previo.

Cabe destacar que en la conciencia jurídica de esa época se instaló, ya de un modo insoslayable, la idea de que el ejercicio del poder penal debía ser limitado por la existencia de un juicio previo.

Lo expuesto ut supra sirve para comprender el carácter eminentemente político de la garantía del juicio previo. Ella se vincula con dos

dimensiones básicas; por un lado, nos señala que el ejercicio del poder penal del Estado está limitado por una forma. Esta forma, en nuestra Constitución Nacional, tiene un contenido preciso, a saber: juicio oral, público y por jurados. Y así como el juicio tiene un contenido preciso, también debe existir un proceso que conduzca al juicio. Cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, no sólo nos está dando pautas concretas acerca de qué ley se debe utilizar para juzgar el caso, sino que nos está indicando que debe existir necesariamente un proceso y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto.

El juicio debe ser preparado y controlado; la preparación del juicio, así como el control de la sentencia conforma, junto con el juicio, la totalidad del procedimiento, en sentido estricto.

En síntesis, del artículo 18 de la Constitución Nacional surge que el castigo sólo puede imponerse mediante un proceso penal que desemboque en un juicio oral, público y por jurados. Y toda otra estructuración del proceso penal es inconstitucional.

La segunda dimensión con la que se vincula la garantía del juicio previo consiste en la necesaria existencia de un juez. El juicio previo al que se refiere la Constitución es el realizado por jueces y no por otra autoridad. Esta idea surge del mismo desarrollo histórico y político. La idea de un límite al poder penal del Estado se manifestaba también en la convicción de que no podía ser el mismo rey el que juzgará las causas. Tampoco podía ser un delegado del rey que pudiera recibir sus órdenes, de tal modo que no sólo se trataba de que existiera un juez, sino que ese juez fuera un juez independiente del poder central y de todo otro poder.

La misma Constitución reafirma esta idea en el artículo 23 al prohibir que cualquier autoridad que no sea la judicial pueda arrogarse el juzgamiento de las causas pendientes o el restablecimiento de las ya fenecidas.

Alberto Binder nos enseña que la garantía del juicio previo es una fórmula sintética en la que está contenida una "Limitación Objetiva" al poder penal del Estado, que está dada por la forma concreta que prevé la Constitución, y por una "Limitación Subjetiva" al ejercicio de ese poder, que está dada por la existencia de un juez, como único funcionario habilitado para desarrollar el juicio.

La garantía del juicio previo posee una derivación, que al mismo tiempo es uno de sus fundamentos políticos, que es el mandato constitucional de que nadie puede ser considerado culpable sin una sentencia obtenida en un juicio que lo declare como tal. Entonces, por imperio constitucional, toda persona es inocente, y así debe ser tratada mientras no se declare en una sentencia judicial su culpabilidad.

A modo de conceptualización se ha dicho que este principio implica un status de inocencia, una presunción de inocencia o un derecho a ser tratado como inocente. Sin embargo, no se puede decir que la situación de cualquier persona en la sociedad sea una situación de inocencia. Es que la inocencia es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable. Por el contrario, la situación normal de los ciudadanos es de libertad. Pero cuando una persona ingresa al ámbito concreto de actuación de las normas procesales, allí sí tiene sentido decir que es inocente, porque eso significa que, hasta el momento de la sentencia condenatoria, no se le podrán aplicar consecuencias penales. En realidad, es más correcto afirmar que, cuando una persona ingresa al

foco de atención de las normas procesales, conserva su situación básica de libertad, salvo algunas restricciones, especialmente con las medidas de coerción.

Es dable recordar que no siempre se ha reconocido la existencia de esta situación de la persona imputada. El positivismo criminológico o ciertas tendencias procesales basadas en concepciones autoritarias, pretendieron limitar este status a ciertos imputados, por ejemplo, aquellos ocasionales. Para estas concepciones no podía jugar esta situación cuando el imputado era un multirreincidente, un habitual o simplemente un sujeto peligroso.

Aún hoy en día hay quienes discuten afirmando que, en realidad, en el proceso penal existe una sospecha o presunción de culpabilidad; desconocen, sin embargo, que lo que está en juego no es ningún nivel de conocimiento, sino una garantía política que protege al ciudadano que ingresa al ámbito de actuación de las normas procesales y penales. Es cierto que en el proceso penal existe una progresiva adquisición de conocimientos, cuyo resultado puede ser un aumento de la sospecha que existe respecto de una persona. Sin embargo, no interesa que exista una presunción de culpabilidad o que ciertos actos impliquen necesariamente un grado mayor o menor de sospecha, no se trata de nada de eso. Lo importante es que nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia no lo declare como tal, es decir, se quiere que la pena no sea anterior al juicio previo, ni sea impuesta por fuera de él.

En definitiva, el imputado llega al proceso libre de culpa y sólo por la sentencia podrá ser declarado culpable; entre ambos extremos deberá ser tratado como un ciudadano libre sometido a ese proceso porque existen sospechas respecto de él, pero en ningún momento podrá

anticiparse su culpabilidad. La afirmación de este tipo nos lleva al problema de la prisión preventiva que comúnmente es utilizada como pena.

Éste es el programa constitucional, pero muy lejos está la realidad de nuestro proceso penal de cumplir con ese programa. La realidad nos muestra, al contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables. Como lo mencionará más arriba, en virtud de estos dos principios, parecería que resultaría imposible aplicar durante el proceso la fuerza propia del poder penal.

Sin embargo, nuestra Constitución establece normas que solamente se entienden si se parte del supuesto de que es posible aplicar ciertas medidas de fuerza durante el desarrollo del proceso penal. Aquí nos encontramos con una de las cuestiones más difíciles de justificar y de fundamentar dentro del marco de un proceso penal "garantista". Se trata de la Prisión Preventiva, es decir, el encarcelamiento de una persona para asegurar que comparezca a juicio, asegurar que la pena sea cumplida, y que un y otra circunstancias no se verán frustradas por una eventual fuga del imputado.

No es posible afirmar que estos principios constitucionales tengan una vigencia absoluta, porque la propia Constitución Nacional establece la posibilidad de aplicar el encarcelamiento durante el proceso penal.

Es oportuno hacer una referencia a nuestra práctica diaria. En la realidad de nuestros sistemas procesales, la prisión preventiva es una medida habitual, aplicada con un altísimo grado de discrecionalidad y, en última instancia constituye, en muchos de los casos, la verdadera pena. Este fenómeno se ha denominado "los presos sin condena". Esto demuestra que en modo alguno se trata de una medida excepcional

admitida dentro de la Constitución, sino que es una de las manifestaciones más duras y fuertes del poder penal del Estado.

Es por ello, que se hace imperioso reflexionar se todavía es posible seguir considerando la prisión preventiva como una simple medida cautelar, cuando en la realidad cotidiana está cumpliendo con las finalidades de una verdadera pena.

La utilización de la prisión preventiva debe ser muy restringida, y para asegurar esta restricción deben darse dos órdenes de supuestos.

En primer lugar, no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él. Este es un límite sustancial y absoluto, si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor de un hecho punible de ninguna manera es admisible una prisión preventiva.

No basta con ese requisito, por más que se tenga una sospecha fundada, tampoco sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos, los llamados “requisitos procesales”. Estos requisitos se fundan en el hecho de que ese encarcelamiento provisorio sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena.

Por lo general, los autores distinguen dos motivos entre los requisitos procesales que se deben agregar al requisito sustancial del grado suficiente de sospecha. El primero es el Peligro de Fuga, y el segundo el Peligro de Entorpecimiento de la Investigación.

En realidad, dentro de nuestro sistema constitucional solamente el primero puede constituir un fundamento genuino para el

encarcelamiento preventivo. El Entorpecimiento de la Investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento provisional de una persona, porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado.

Distinta es la consideración respecto del peligro de fuga. El Estado se encuentra con un límite absoluto que es la imposibilidad de realizar los juicios en ausencia. No se pueden realizar los juicios penales en rebeldía del imputado. En consecuencia, aquí el imputado tiene efectivamente un poder real para obstaculizar el desarrollo del proceso e impedir la aplicación de una pena. En consecuencia, la prisión preventiva sólo es admisible cuando se trata de un mecanismo excepcional y restringido que tiende a evitar la fuga del imputado. Esto siempre y cuando se trate de una fuga que obstaculiza el proceso y no cualquier tipo de fuga.

Ahora bien, es común encontrar en los códigos procesales normas que distorsionan el diseño constitucional de este mecanismo procesal. Algunas de las formas de distorsionar el diseño constitucional de la prisión preventiva son las siguientes:

- 1) Establecer ciertos delitos como “Inexcarcelables”, es decir, establecer una presunción absoluta por la cual, en el caso de ciertos delitos graves (como el homicidio, el contrabando agravado o cualquier otro según las circunstancias), no se puede otorgar la libertad;
- 2) Permitir que se aplique la prisión preventiva no cuando existe peligro de fuga, sino cuando existe una alarma social respecto del hecho (o cuando los medios de comunicación se han dedicado a exacerbar los sentimientos de inseguridad de la población dándole excesiva publicidad al

hecho); una prisión preventiva en este caso sería inconstitucional porque lo que se estaría haciendo, en realidad, sería aplicar una pena anticipada fundándose en razones de prevención general;

- 3) Ciertas fórmulas que utilizan algunos códigos procesales para justificar la prisión preventiva como “evitar la comisión de nuevos hechos punibles” o fundándose en “la peligrosidad del autor”; éstos, además de ser criterios puramente subjetivos (porque toda apreciación sobre el futuro es, en última instancia, indemostrable), implican la utilización de la prisión preventiva, como una medida de seguridad predelictual (en última instancia, es lo mismo que aplicar medidas de seguridad a quienes son vagos o maleantes, o a quienes han cometido hurtos reiterados o son delincuentes habituales, e implica claramente una distorsión del régimen constitucional de la prisión preventiva).

Como se ve, la prisión preventiva es admitida constitucionalmente, pero sólo lo es excepcionalmente y con muchas restricciones.

Existe un principio que regula la aplicación de este mecanismo, se trata del principio de Proporcionalidad. Esto es que la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.

Otro de los principios que rige el régimen constitucional de la prisión preventiva es el de la Necesaria Limitación Temporal. Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de

un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y sí el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como la prisión preventiva, para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

La aplicación práctica de éste principio ha mostrado la necesidad de establecer límites temporales absolutos para la prisión preventiva, no ligados directamente con la duración del proceso. En la historia judicial Argentina ha existido casos extremos de procesos que han durado cinco, siete y diez años, implicando una prisión preventiva de igual duración. La propia Corte Suprema ha reaccionado y ha puesto límites concretos en función de este principio de limitación temporal, estableciendo que la prisión preventiva no puede tener la misma duración que todo el proceso. Toda prisión preventiva que se extienda más allá de un cierto límite temporal – el promedio admitido actualmente oscila entre el año y año y medio y los dos años – se convierte de hecho en la aplicación de una pena, puesto que se ha entendido que éste es un lapso razonable como para que un proceso penal finalice, aun si se trata de un proceso complejo o dificultoso.

Finalmente, existe otro principio básico en el esquema constitucional de la prisión preventiva, que consiste en la necesidad de darle un tratamiento adecuado al enjaulado (en terminología de Alberto M. Binder) preventivamente. Hay que evitar, en cuanto sea posible, que la prisión preventiva se asemeje a una pena.

Esto es casi imposible, el sólo hecho de la privación de la libertad hace que el encarcelamiento preventivo sea semejante a una pena. Sin embargo, existen ciertas orientaciones respecto del trato que debe recibir esta clase de encarcelados, que deben ser necesariamente atendidas. El preso en prisión preventiva debe ser tratado de modo tal que se minimicen todos los efectos propios de la privación de la libertad. Así como existe el principio de humanización de las cárceles en lo que respecta a la pena, también existe un principio de minimización de la violencia a que está sometido el preso en prisión preventiva.

Este principio tiene consecuencias muy concretas, tales como la imposibilidad de imponer restricciones a la correspondencia, a las visitas (salvo las que deriven de elementales razones de disciplina de un determinado establecimiento carcelario); asimismo, las limitaciones ambulatorias o de trabajo dentro del establecimiento, o en cuanto a las comodidades que el mismo imputado pueda procurarse, deben ser las mínimas posibles. La prisión preventiva debe ser lo menos semejante a una pena que sea posible, para conservar su legitimidad constitucional. Cuando la prisión preventiva se asemeja por completo a una pena en su ejecución concreta, pierde legitimidad constitucional del mismo modo que la perdería por la falta de los requisitos sustanciales procesales, por su excesiva duración, el carácter no excepcional, el carácter no restrictivo o la falta de proporcionalidades.

Todos estos principios deben ser respetados para que la prisión preventiva resulte constitucionalmente admisible, aunque siempre debe quedar claro que toda prisión preventiva, en cualquier caso, es siempre una resignación de los principios del Estado de Derecho. No hay una prisión preventiva “buena” siempre se trata de una resignación que se

hace por razones prácticas y debido a que se carece de otros medios capaces de asegurar las finalidades del proceso.

Ahora bien, el hecho de admitir esta “resignación” que la Constitución prevé, no significa que debemos aceptar la práctica extendida de la prisión preventiva, que constituye, probablemente, la más grave distorsión del Estado de Derecho que puede darse dentro del ámbito del proceso penal.

Existe, en las leyes más recientes de ejecución de penas una peligrosa tendencia a asimilar totalmente el régimen de tratamiento del preso preventivo al régimen de tratamiento del condenado. El peligro radica, precisamente, en la tendencia a desdibujar las fronteras entre una y otra clase de prisión cuando tales fronteras deben marcarse con claridad. En todo caso, debe preservarse el principio de que todo derecho que tiene el condenado lo tiene también, y con mayor razón, el preso preventivo. Lo que no se puede admitir en modo alguno es que el imputado comience a ser clasificado, a ser sometido a tratamiento, es decir, a ser tratado dentro de la cárcel como si fuera un condenado.

La necesidad de tener sobre el tema una visión realista y de abandonar las ficciones que pretenden explicar la prisión preventiva como si se tratará de una medida cautelar como el embargo, no significa que conceptual y políticamente no debamos tener en claro las diferencias esenciales que existen entre la prisión preventiva y la pena.

El fundamento de éste principio básico, que rige la ejecución de la prisión preventiva, está en la propia Constitución, puesto que la norma que establece que “las cárceles deben ser sanas y limpias”, y que su objetivo debe ser la seguridad de los encarcelados y no su tormento, tiene una aplicación más directa y específica en el caso particular del preso preventivo. Más aún, es probable que esta norma constitucional

haya sido redactada específicamente para regir el caso de la prisión preventiva. No obstante, pese a esta sabia previsión constitucional, el tratamiento del preso preventivo ha sido sumamente descuidado y aun los propios códigos procesales han sido muy escuetos a la hora de establecer con claridad las normas que deben regir esta ejecución. Del mismo modo, ni la ley penitenciaria ni los códigos de ejecución de la pena de las distintas provincias (salvo los más modernos) han determinado con precisión el tratamiento del preso preventivo.

En consecuencia, se puede concluir que, si bien es posible aplicar dentro del proceso la fuerza propia del poder penal, como una resignación clara por razones prácticas de los principios del Estado de Derecho, se debe tener en cuenta que tal aplicación de la fuerza, en particular la prisión preventiva, sólo será legítima desde el punto de vista de la Constitución si es una medida excepcional, si su aplicación es restrictiva, si es proporcionada a la violencia propia de la condena, si respeta los requisitos sustanciales (es decir, si hay una mínima sospecha racionalmente fundada) si se demuestra claramente su necesidad para evitar la fuga del imputado, si está limitada temporalmente de un modo absoluto, y se ejecuta teniendo en cuenta su diferencia esencial respecto de una pena. Solamente si se cumplen en conjunto todos y cada uno de estos requisitos, se estará respetando el diseño constitucional del uso de la fuerza durante el proceso penal.

Capítulo 4

APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ARGENTINA
POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Y EL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES

La Comisión Interamericana observa que la situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso. La prisión preventiva constituye un problema serio en varios de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos. En el caso específico de la Argentina, la aplicación excesiva de este mecanismo procesal, combinado con las demoras del sistema judicial de dicho país, condujeron a que más del 50% de la población carcelaria se encuentre privada de su libertad sin condena. Los peticionarios en los casos antes mencionados denuncian que la prisión preventiva y las demoras excesivas de sus procesos criminales constituyen una violación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7.5 de la Convención Americana, cuyo texto es el siguiente:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en

libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Además, el derecho al levantamiento de la prisión preventiva luego de transcurrido un cierto tiempo se encuentra garantizado por el artículo 8.2 de la Convención Americana, que dispone:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

A fin de que la fiscalización judicial de la detención sea efectiva, es preciso informar rápidamente al tribunal competente acerca de las personas que se encuentran en régimen de detención. Una de las finalidades consiste en proteger el bienestar del detenido, y evitar la violación de sus derechos fundamentales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que, si no se informa de la detención al tribunal o si se le informa después de un plazo de tiempo importante con posterioridad a la fecha de privación de la libertad, no se protegen los derechos de la persona detenida, y la detención infringe el derecho del detenido al debido proceso.²⁰

PRISIÓN PREVENTIVA. SU USO DESMEDIDO

La extensión y generalización de la aplicación de la prisión preventiva es consecuencia directa de la aplicación jurisdiccional de dicha medida. Al usar de modo generalizado la prisión preventiva, la justicia penal desatiende una de sus funciones centrales: Garantizar los derechos de

²⁰ 98º PERIODO DE SESIONES INFORME ANUAL 1998 COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Washington, D.C. 17 de febrero al 6 de marzo de 1998

los imputados frente a los abusos de la potestad punitiva del Estado. El uso irracional y desmedido de una herramienta jurídica cuya existencia se funda en la excepcionalidad y la limitación ubican al sistema penal en el terreno de la ilegalidad.

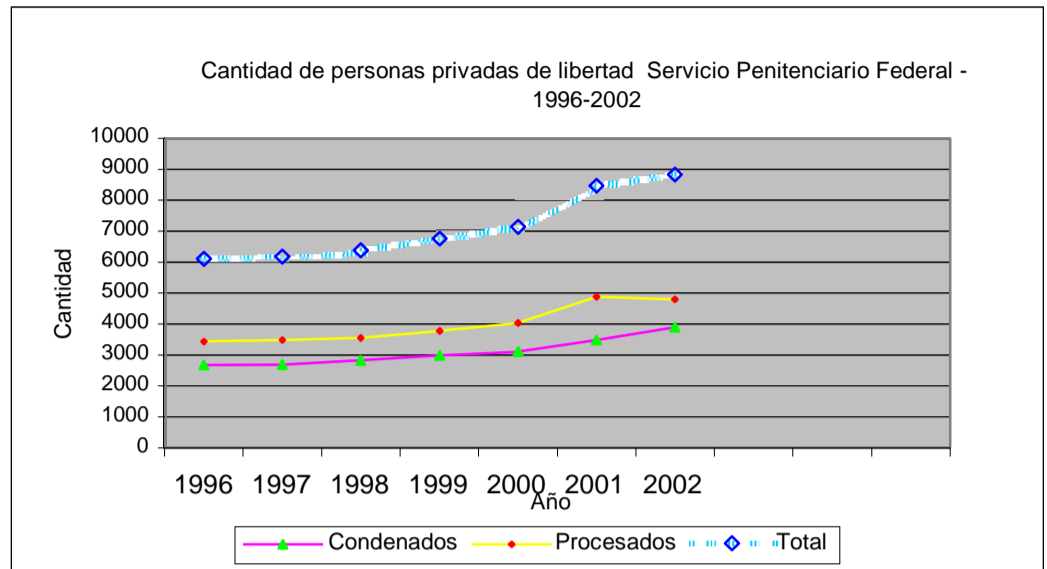
La aplicación de la prisión preventiva recae fundamentalmente sobre los sectores de la población más desfavorecidos en términos socioeconómicos; afectando especialmente a franjas de población más desprotegidas y vulnerables.

En Argentina el uso de la prisión preventiva se ha ampliado, dejando de ser una medida excepcional para convertirse en la regla. Más del 50% del total de la población privada de libertad, en las distintas jurisdicciones del país, se encuentra cumpliendo prisión preventiva: en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal casi el 60% de la población detenida es procesada, mientras que en la Provincia de Buenos Aires el porcentaje supera un alarmante 85%.

Veremos algunos datos estadísticos aportados por el Ministerio de Justicia y Derechos humanos de la Nación, correspondientes a los años 1996-2002:

Cantidad de personas procesadas privadas de libertad en cárceles federales:

En las cárceles dependientes del Servicio Penitenciario Federal se hallan detenidas personas imputadas y condenadas por delitos cometidos en la Ciudad de Buenos Aires y por delitos de competencia federal.



Fuente: Elaborado a partir de información del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

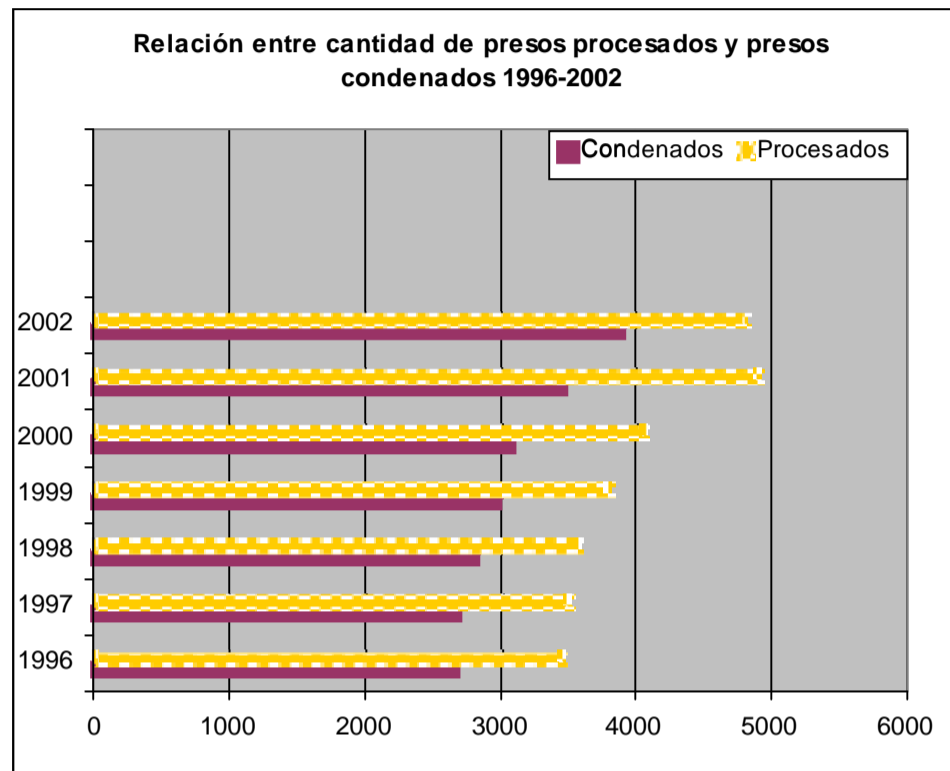
Nota: para los años 2001 y 2002 la suma de 'procesados' y 'condenados' no es igual al total dado que en este gráfico no se consigna el número de personas que se encontraban cumpliendo 'medidas de seguridad' en instituciones psiquiátricas.

El número de personas detenidas en este ámbito sufrió un marcado incremento en los últimos años. En el año 1996 se encontraban privadas de libertad, en cárceles federales, 6112 personas de las cuáles 3431 eran presos sin condena. En el 2002 se encuentran detenidas, en dicho ámbito, 8836 personas: 3904 son condenados y 4785 procesados (hay 147 personas privadas de libertad que están cumpliendo medidas de seguridad curativas o se hallan a disposición de la justicia de menores)

La proporción de procesados respecto a los condenados detenidos en cárceles federales se ha mantenido, en los últimos seis años, entre el 55% y el 58%.

El siguiente cuadro, muestra la relación que hay entre la cantidad de presos procesados y presos condenados. Como se observará, la cantidad y proporción de presos sin condena en el ámbito federal refleja que la prisión preventiva, lejos de ser una medida excepcional, afecta a más de la mitad de la población detenida en cárceles federales.

Relación entre cantidad de presos procesados y presos condenados
1996-2002

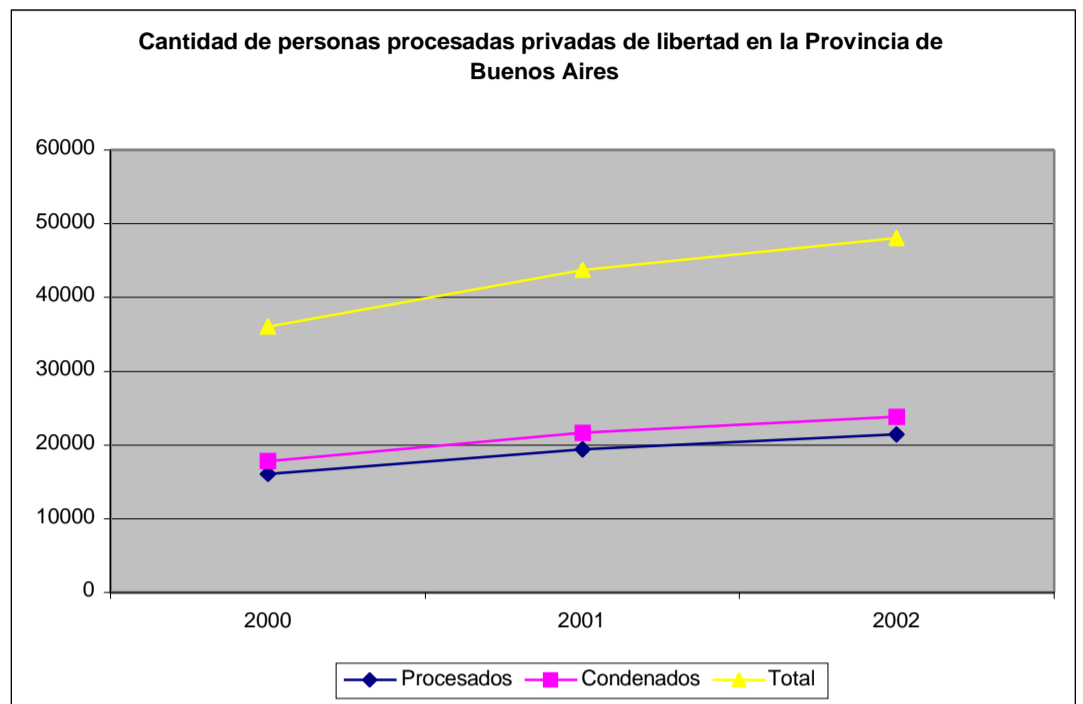


Fuente: CELS, en base a datos del Servicio Penitenciario Federal.

Ahora observaremos la cantidad de personas procesadas privadas de libertad, solamente en la provincia de Buenos Aires:

Cantidad de personas procesadas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires:

El uso generalizado de la prisión preventiva adquiere, en el ámbito provincial, dimensiones alarmantes. Sólo en los últimos dos años la población privada de libertad en la Provincia de Buenos Aires sufrió un incremento del 33,1%; en el año 2000 se encontraban detenidas 18.212 personas, cifra que en el 2002 llegó a 24.248. De esas 24.248 personas privadas de libertad, 21.449 son procesadas.



Fuente: CELS, en base a datos del Servicio Penitenciario Bonaerense

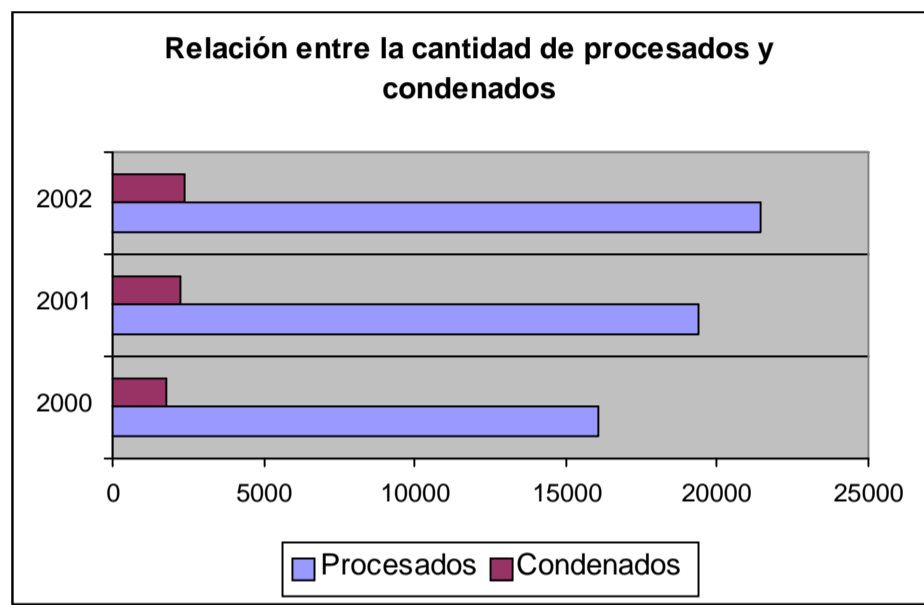
Nota: el cálculo de presos 'procesados' incluye a los detenidos en comisarías dado que se presume que las personas allí detenidas, tras ser dictada la prisión preventiva, no son trasladados a unidades penitenciarias por falta de plazas. Sin embargo, la Policía de la Provincia de Buenos Aires no tiene información sobre la situación legal de las personas detenidas en sus dependencias.

Junto al marcado incremento de la población encarcelada se registra un porcentaje elevadísimo (casi el 90% del total de detenidos) de presos sin condena. Lo alarmante de la situación se convierte en abiertamente ilegal cuando se comprueba que esa población cumple el encierro preventivo en condiciones de detención inhumanas y degradantes.

Más del 30% de la población que cumple prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires se encuentra detenida en comisarías. Ante esta situación es admisible afirmar que el Estado provincial está administrando justicia a través de medios ilegales.

En el siguiente gráfico se refleja claramente la marcada desproporción entre población privada de libertad procesada y condenada.

Relación entre cantidad de personas, procesadas y condenadas, privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires. 2000-2002



Fuente: CELS, en base a datos del Servicio Penitenciario Bonaerense

Este uso desmedido e irracional del encierro preventivo y casi de aplicación automática de la prisión preventiva ha determinado, en algunos casos, la privación de libertad de personas que presuntamente han cometido un delito menor generando de este modo consecuencias muchos más gravosas que las que se pretende abordar con tal intervención.

En muchos de los casos, estos presos sin condena pasan años encerrados sin que se llegue a una sentencia que aclare su situación.

Mediante los siguientes gráficos ilustraremos (gráficos elaborados por el Centro de Estudios Legales y Sociales) la cantidad de personas procesadas privadas de libertad en cárceles federales y de la provincia de Buenos Aires, según el tiempo de detención que llevan sin una condena:

Cantidad de personas procesadas privadas de libertad en cárceles federales, según tiempo de detención:

En el marco del proceso penal, cuando se resuelve que el imputado no debe vivir en libertad debería establecerse un límite temporal a la restricción 'cautelar' de derechos, hasta tanto se neutralice la amenaza a la acción de la justicia.

La legislación argentina limita a dos años la duración del encierro preventivo, con una excepcional posibilidad de extensión por uno más.

El juez que decidiese la extensión del encierro cautelar más allá del plazo de los dos años deberá informarlo, en un plazo perentorio de 48 horas, al tribunal superior correspondiente. Debe asimismo existir un registro de las personas que se encuentran privadas de libertad 'preventivamente' y, en dicha condición, excedan el plazo fijado. Registro al que, a pesar de numerosos pedidos, no se ha accedido.

Ante la dificultad de acceso a la información que el Poder Judicial está obligado a brindar, se ha solicitado al Servicio Penitenciario Federal que informe sobre el tiempo de detención de las personas privadas de libertad en cárceles de su jurisdicción. Tampoco el Servicio Penitenciario ofrece información sistematizada al respecto. Sin embargo, a través de un relevamiento que en el año 2001 realizó el Ministerio de Justicia se accedió a información sobre tiempo de detención de personas procesadas privadas de libertad en cárceles federales.

El relevamiento realizado por el Ministerio de Justicia trabajó sobre una muestra de 1974 presos procesados (un 40,4% de las 4880 personas que se encontraban cumpliendo prisión preventiva en dependencias del Servicio Penitenciario Federal en el 2001) y determinó que casi un 40%

de la población procesada superaba, al menos, el año de encierro preventivo.

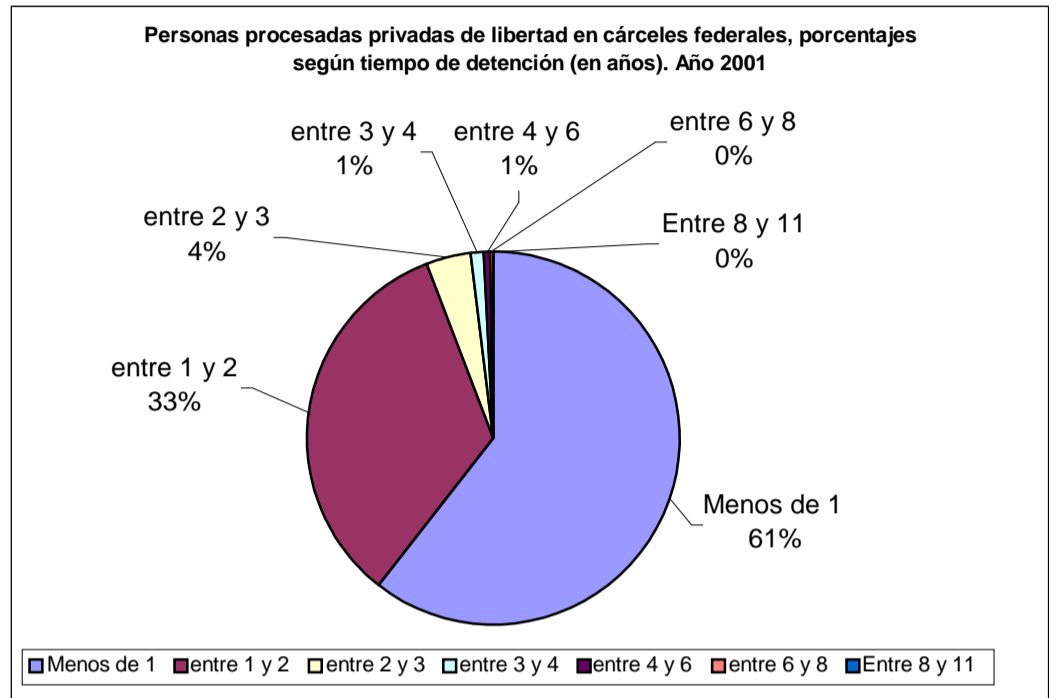
Personas procesadas privadas de libertad
en cárceles federales, según tiempo de detención (en años) - Año 2001

Años	Cantidad de Procesados	Porcentaje
Menos de 1	1198	60,69%
Entre 1 y 2	661	33,49%
Entre 2 y 3	75	3,80%
Entre 3 y 4	21	1,06%
Entre 4 y 6	14	0,71%
Entre 6 y 8	4	0,20%
Entre 8 y 11	1	0,05%
Total	1974	100,00%

Fuente: CELS, en base a datos del Servicio Penitenciario Federal
Nota: cálculos realizados sobre muestra aleatoria de 1974 detenidos procesados de un total de 4880 (un 40,4% de los casos).

De la muestra sobre la que se realizó el relevamiento (1974 procesados), 1198 personas llevaban entre 1 y 12 meses detenidos preventivamente; 661 personas llevaban detenidas entre 1 y 2 años; 75 personas superaban el plazo normativamente previsto al cumplir entre 2 y 3 años de detención. 14 personas, en el año 2001, llevaban más de 4 años detenidos sin condena. Cabe recordar que este relevamiento trabajó sobre una muestra (del 40,4% del total de detenidos procesados); por ello es importante analizar los porcentajes resultantes:

Personas procesadas privadas de libertad en cárceles federales, porcentajes según tiempo de detención (en años). Año 2001



Fuente: CELS, en base a datos del Servicio Penitenciario Federal

Observaremos ahora la cantidad de personas procesadas que se encuentran encarceladas preventivamente en la Provincia de Buenos Aires, según el tiempo de detención:

Cantidad de personas procesadas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires, según tiempo de detención:

Según un informe realizado a solicitud del CELS por el Servicio Penitenciario Bonaerense, de fecha 5 de julio de 2002, esa institución contaba en ese momento con 15.208 internos procesados, 2.285 penados y 544 en otra situación procesal (sobreseídos, plenario suspendido, etc.). Del total de personas que se encontraba cumpliendo prisión preventiva, 384 tenían entre 6 y 10 años de detención, 41 personas entre 11 y 15 años de detención, 5 personas entre 16 y 20 años de detención, 1 persona entre 26 y 30 años de detención y 7 personas tenían más de 30 años de detención.

Personas privadas de la libertad en dependencias del Servicio Penitenciario Bonaerense, según tiempo de detención y situación procesal – Año 2002

Años	Procesados	Penados	Otros	TOTAL
Menos de 5	14.770	1.866	321	16.957
de 6 a 10	384	190	142	716
De 11 a 15	41	164	59	264
De 16 a 20	5	41	13	59
de 21 a 25	1	14	6	21
De 26 a 30	0	9	2	11
más de 30	7	1	1	9
TOTAL	15.208	2.285	544	18.037

Fuente: Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.

En su informe, el Servicio Penitenciario Bonaerense destaca que *"la información solicitada es aproximada, por cuanto al Servicio Penitenciario no se le comunica sobre la etapa del proceso en que se encuentra cada uno de los internos e, inclusive, muchas veces, el interno se encuentra penado con sentencia firme y ante la carencia de notificación escrita por parte de los juzgados a cuyo cargo se encuentran, no se plasma en nuestros registros el cambio de estado procesal, dándose muchas veces un atraso de hasta un año, en la información con que cuenta esta institución"*.

Aún tomando esto último en consideración, los datos presentados ponen en evidencia una situación aberrante. Ante este hecho, el Centro de Estudios Legales y Sociales ha solicitado aclaraciones a la Subsecretaría de Política Penitenciaria y Readaptación Social de la Provincia de Buenos Aires.

INFLUENCIA DE LA LEY 12.405 EN LA SUPERPOBLACIÓN DE LAS COMISARIAS

El 15 de marzo de 2000 entró en vigor la Ley 12.405, modificando y restringiendo las condiciones de excarcelación. A partir de entonces los jueces, ante ciertos tipos de delitos, están obligados a aplicar prisión preventiva sin atender las particularidades de cada caso (particularidades que servían como requisito de aplicación excepcional de la medida).

El endurecimiento de la legislación fue recibido de modo acrítico e, incluso aprobatorio, por los jueces que han asumido la desnaturalización de la herramienta jurídica de excepción. La acción judicial, una vez más, se enmarca en la más absoluta indiferencia frente a una situación particularmente anómala y grave.

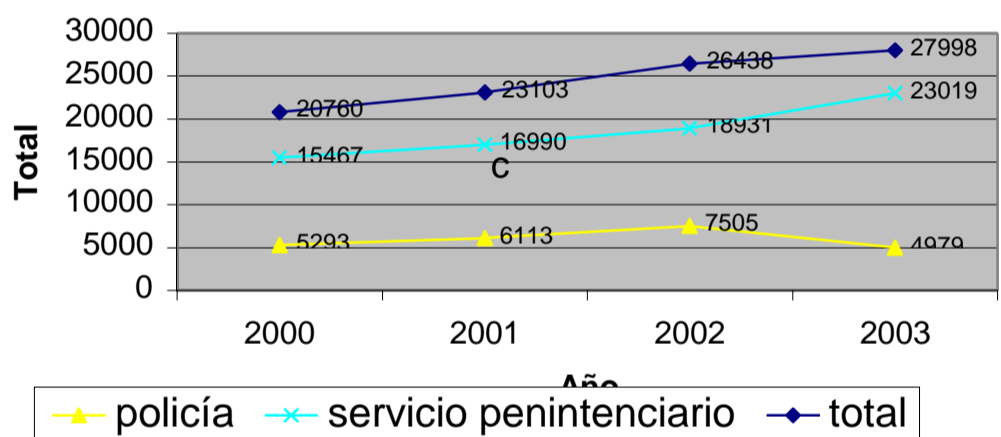
Este uso desmedido e irracional del encierro preventivo ha colapsado las capacidades de las cárceles y comisarías bonaerenses generando una situación de superpoblación y hacinamiento que ha sido denunciada reiteradamente en tanto ha generado condiciones inhumanas de detención y una clara situación de ilegalidad al mantener a más de 7.000 personas detenidas en sede policial (contrariamente a lo estipulado normativamente).

Las políticas de 'mano dura frente a la delincuencia' utilizan como única estrategia de intervención la generalización del encierro ante altos índices de inseguridad, sin la menor evaluación de las consecuencias y sin reparos en su demostrada ineficacia. La prisión preventiva no puede ser nunca utilizada como eje de política de seguridad: Es ilegítimo esgrimir el encierro preventivo como estrategia de disuasión frente al delito, dado que ello implica presentarlo como castigo vulnerando directamente el principio de inocencia de todo imputado y la prohibición de aplicar cualquier castigo sin que medie una condena.

Las detenciones en las comisarías se incrementaron progresivamente desde la sanción de la ley 12.405 en el año 2002. Sin embargo, la superpoblación en estas dependencias ya existía en niveles alarmantes en 1998, tuvo su pico más alto hasta superar las 7 mil personas en el año 2002y sólo disminuyó a 4979 en diciembre del año 2003, porque la construcción de dos nuevas unidades penitenciarias en la provincia alivió las comisarías.

El siguiente gráfico ilustra la evolución de la cifra de personas detenidas en general, tanto en el servicio penitenciario como en las comisarías:

Evolución de la cifra de personas detenidas en general



La privación de libertad en comisarías es contraria a las normas vigentes. Con las cárceles desbordadas, los detenidos en comisarías bonaerenses, en su totalidad bajo proceso, es decir, amparados aún por la presunción de inocencia, padecen **hacinamiento, violencia y condiciones de vida degradantes**.

Según datos relevados por el CELS, en celdas de 1.8 por 2.5 metros se ha llegado a alojar a diez personas. Estos espacios se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene, carecen de ventilación, luz natural, mobiliario. La falta de lugar y recursos hace que los

detenidos deban turnarse para dormir sobre el suelo. Los sanitarios son escasos y la alimentación deficiente. El riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas es muy alto y los hechos de violencia son una constante.

Hábeas Corpus Presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales.²¹

En noviembre de 2001 el CELS presentó un hábeas colectivo ante el tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, pidiendo que se pronunciara expresamente acerca de la constitucionalidad del encierro de personas en tales condiciones, que se repare tal situación y que se determinen mecanismos para evitar la reiteración del problema en el futuro. La acción se planteó en forma colectiva, al entender que sólo así podría lograrse una solución de fondo.

“Presentar acciones individuales en cada caso puede incluso empeorar la situación de los demás afectados” – afirma Rodrigo Borda, abogado, miembro del Programa Violencia Institucional y Seguridad Ciudadana del CELS -. “La orden judicial de traslado de una unidad de detención a otra puede aliviar la situación de la primera para agravar la de la segunda. Se trata de problemas típicos de la distribución de recursos escasos, que la actuación judicial a través de casos individuales no hace más que complicar” –explica Borda.

El CELS consideró, por lo tanto, que correspondía plantear una acción colectiva, en representación de todas las personas detenidas en comisarías, pues sólo esta vía resulta idónea para abordar la situación de crisis denunciada.

²¹ Información obtenida del Sitio Web “Centro de Estudios Legales y Sociales – CELS”: www.cels.org.ar

El carácter colectivo de la presentación fue lo que, entre otras cuestiones, rechazó la Sala III del Tribunal de Casación provincial, cuando el 6 de diciembre de 2001 determinó que “el hábeas corpus no autoriza, en principio, a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben” y que “la reparación de las agravaciones en las condiciones de detención denunciadas en la presentación deben encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales”. El Tribunal se declaró incompetente y remitió la causa a cada uno de los jueces a cuya disposición se encontraban los detenidos.

Luego de que el CELS impugnará este fallo, la causa pasó al estudio de la Suprema Corte provincial que, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso interpuesto. Frente a ello, se presentó un recurso extraordinario federal, que también fue denegado. El CELS se dirigió entonces en forma directa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien debe ahora decidir. Cuanta para ello con el dictamen del Procurador que ratifica los argumentos del CELS.

La presentación de dicho recurso colectivo ante el Tribunal de Casación se motivo en que, según el análisis de la propia jurisprudencia de ese tribunal, era competente en razón de la importancia y gravedad institucional de la cuestión.

Para fundamentar el carácter colectivo de la acción, el CELS sostuvo que, aunque varios tribunales locales habían ordenado en ocasiones la clausura de comisarías usadas como centros de detención, estas soluciones parciales sólo habían generado el movimiento de internos de un lugar a otro, sin que, en definitiva, se dispusiera una solución eficaz al problema del alojamiento.

El Tribunal de Casación rechazó todos estos argumentos; alegó que el reclamo no era de su competencia y cuestionó la figura del hábeas

colectivo para aplicar en este caso. Luego, la Suprema Corte bonaerense decidió en términos similares el rechazo a la medida interpuesta.

Luego, los argumentos elaborados por el CELS para apelar estas decisiones fueron los mismos que utilizó el Procurador General de la Nación en su dictamen, avalándolos en su totalidad.

En primer lugar, el Procurador consideró que “el CELS se halla legitimado activamente para accionar en forma colectiva en representación de las personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires”. Y agregó que “reconocer legitimación para representar a los individuos de un colectivo, pero ordenar que el ejercicio de esa representación tenga lugar de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hayan detenidas (las personas) equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción colectiva”. En ese sentido, agrega el Procurador “también lleva la razón la actora cuando sostiene que, en atención a la situación denunciada – cuya características y gravedad tanto el Tribunal de Casación como el propio a quo (la Suprema Corte provincial) reconocen- el ejercicio de acciones individuales en procesos separados podría incluso perjudicar a los miembros del colectivo”.

Ahora, la Corte deberá evaluar el dictamen y los elementos de la causa, y tomar una decisión sobre la calidad de vida y el respeto a los derechos humanos fundamentales de miles de ciudadanos.

La superpoblación en los lugares de detención de la provincia de Buenos Aires agravó especialmente tras la sanción de la ley 12.405, en marzo de 2000, que restringió las condiciones de excarcelación. Se promovió así la utilización generalizada de lo que era y debería volver a ser una medida de excepción: la prisión preventiva.

Como consecuencia, la estructura carcelaria se vio desbordada y los detenidos comenzaron a ser alojados en comisarías. Esta modalidad de detención es ilegítima y el Poder Judicial permanece indiferente a ello. La Constitución Nacional y la ley prevén que las personas detenidas deben ser trasladadas a centros especializados. Una vez vencidos el plazo que contempla la ley para el alojamiento excepcional en comisarías, no hay fundamento jurídico para que las persona permanezca encerrada allí.

Capítulo 5

JURISPRUDENCIA

a) **Fallo Omar Emir Chabán s/excarcelación:**

Buenos Aires, 13 de mayo de 2005.-

Y. 26.909 - "Chabán, Omar Emir s/excarcelación" - CNCRIM Y
CORREC DE LA CAPITAL FEDERAL - Sala V - 13/05/2005

AUTOS Y VISTOS:

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

Y CONSIDERANDO:

El juez Rodolfo Pociello Argerich dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Resulta lógico concluir que si en ese momento, sin duda confusión mediante, y sin saber cuál podía ser su responsabilidad por lo que pasó, evitó ser ubicado en lo inmediato, en la actualidad y ante la imputación que sobre él pesa, la actitud no será distinta. No desconozco la doctrina sentada por mis distinguidísimos colegas en anteriores pronunciamientos, y aún cuando pudiera coincidir en muchos de sus presupuestos, no puedo dejar de lado la convicción de que objetivamente valorados los elementos que por el momento se han arrimado al expediente, permiten concluir con gran grado de coherencia que existe un real peligro de fuga si se concediese la libertad solicitada.-

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

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

l) El nombrado se encuentra con procesamiento firme en orden al delito de homicidio simple, cometido en forma reiterada en ciento noventa y dos oportunidades (192), que concurren materialmente entre sí (art. 55, CP) (cfr. fs. 7361/7474). Posteriormente, se amplió la imputación con relación a las hipótesis de cohecho activo y homicidio simple en

perjuicio del último de los muertos producto de la tragedia ocurrida en el local República Cromañón el pasado 30 de diciembre de 2004, Sebastián Facundo Vázquez, modificando la regla del concurso de delitos por la ideal (art. 54, CP) (cfr. fs. 18.675/18.815 del principal).-

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

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

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

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

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

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

Procedentes de este tribunal, y en su historia reciente, contamos con los siguientes fallos: de la Sala I, causa No 21.143, "Bárbara, R. R.", rta. 10/11/03; causa No 22.822 [Fallo en extenso: elDial - AA1CD2], "Di Zeo, R.", rta. 30/12/03; causa N° 25.714, "Fernández, G: A.", rta. 22/3/03, entre muchos otros; de la Sala IV, si bien muchos de ellos en minoría, causa No 24.520, "Panno, J.C.", rta. 17/7/04; causa N° 26.018, "Romero González, G. S.", rta. 2/3/05; causa N° 26.178, "Farías, G.",

rta. 8/3/05; causa N° 26.213, "Benítez, M.", rta. 8/3/05; causa N° 26.126, "Flores, R F.", rta. 23/3/05; causa N° 26.443, "Ardiles, A.", rta. 14/4/05; causa N° 26.512, "Bolaño, T.", rta. 20/4/05; causa N° 26.437, "Rimólo, M. C. M", rta. 2/5/05; causa No 26.513, "Soiohaga", rta. 4/05/05; causa No 26.618, "Soza, S. A.", rta. 10/5/05; causa No 26.604, "Natal, L. A.", rta. 10/5/05; causa No 26.417, "De Sanliborio, M", rta. 11/5/05, entre otras).-

Asimismo, lo recientemente sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa N° 5472, "Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, rta. 22/12/04 [Fallo en extenso: elDial - AA271F] y lo que surge del fallo de la CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" [Fallo en extenso: elDial - AA29AF], V. 856. XXXVIII, y sus citas, que refieren a una larga tradición de la Corte en ese sentido, aunque con importantes contradicciones.-

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

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

La mayor victoria, en este sentido, y que no podemos ahorrarnos esfuerzos en defender, es que resultan aplicables a todos los ciudadanos por igual, nacionales o extranjeros, en tanto la ley penal argentina les sea

aplicable. Y aun cuando, en algunos casos, pueda quedar la impresión de que esa igualdad aparece como injusta, nunca podemos caer en la tentación, por más grave que sea la imputación dirigida o el clamor social implicado en busca de venganza, de renunciar a ella, porque, precisamente, esos principios, enmarcados en el proceso penal que nos rige, son los que le habrán de dar el cauce legítimo correspondiente, pero no a cualquier costo.-

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

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

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

preventiva, a fin de que la imposición de la prisión preventiva se aplique sólo como medida excepcional(...). "(cons. 50, 4 (i)).-

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

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

IV) Descartado ese peligro, corresponde analizar el de fuga, respecto del cual, de la misma forma, no se advierte objetivamente que Chabán intentará eludir la acción de la justicia, lo que constituye el nudo de las discusiones que separan, en doctrina y jurisprudencia, a los que consideran que la expectativa de pena, por sí sola, ya es un elemento determinante y definitivo para impedir que un imputado pueda transitar el proceso penal en libertad, de la de otros que consideran que esa

circunstancia sólo es un elemento de peso a ponderar, pero nunca definitorio. Los que sostienen la primera posición, consideran que ello no admite prueba en contrario (*iuris et de iure*); los segundos sí (*iuris tantum*).-

Como surge de lo expuesto hasta aquí, nosotros nos enrolamos en la última posición. En realidad, en el presente caso, tanto el Juez Lucini como el distinguido colega preopinante, se hacen cargo de esa posición, pero valoran la constatación del peligro de fuga de manera diferente a como lo hacemos nosotros.-

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

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

Repasando las actas escritas que conforman el sumario se puede señalar que, con la presencia del Agente Fiscal en el lugar del hecho, y ya habiendo tomado conocimiento la Sra. Jueza interviniente de lo

sucedido, la imputación fue calificada, provisoriamente, como: "Incendio seguido de muerte" (cfr. fs. 1 bis del principal) y en ese marco, al día siguiente (en realidad, a las pocas horas de ocurrido atento a la hora en que se produjo y el momento en que es ubicado Chabán), se comenzaron a librar órdenes de allanamiento con relación a inmuebles en los que podían encontrarse elementos y documentación útiles a la investigación en ciernes.-

En ese contexto, el Fiscal Sansone solicitó, además, que en caso de hallarse a Omar Emir Chabán en alguno de esos lugares, se lo trasladara a la sede policial en los términos del art. 281, CPPN (fs. 197/vta. del principal).-

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

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

dinero en efectivo que llevaba en ese momento u otro elemento que le permitiera hacerse de él.-

Estas circunstancias, objetivamente valoradas, corroboran, a su vez, la versión brindada por el imputado acerca de su actitud en los momentos posteriores al hecho hasta que fuera ubicado en la calle Salta, que hablan de una persona desbordada por lo acontecido, humana y profesionalmente y, aunque conciente de algunas muertes, sin una clara dimensión de la magnitud de la tragedia y de los efectos mediáticos y sociales que se habrían de desencadenar sobre su persona; que también había sido afectado físicamente por el hecho, así como su hermano, un sobrino, empleados y muchos amigos, y que, impotente, se representaba una y otra vez a los jóvenes que utilizaron las "candelas" o "tres tiros" que impactaron sobre el revestimiento de isonorización del que emanó el humo conteniendo cianuro. En ese contexto buscaba un lugar donde estar en soledad para poder pensar qué curso de acción seguir, analizando, incluso, la posibilidad de suicidarse. Esa, probablemente, haya sido la forma más eficaz de escape que pudo haber imaginado. Así, fue encontrado por personal policial como ya fuera descrito (cfr. la presentación manuscrita obrante en sobre a fs. 28 del incidente).-

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

Ornar Emir Chabán se halla detenido desde hace más de cuatro meses y "si los magistrados que entienden en la causa no tienen posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de

fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada" (CIDH, Informe del 11 de marzo de 1997).-

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

V) La circunstancia de que deba ser excarcelado, y por ello, permanecer en libertad a resultas del juicio, impone analizar bajo qué forma de caución ello es procedente. En este sentido, la expectativa de pena cobra nuevamente vigencia por lo dicho más arriba, ya que no es lo mismo una persona que espera la realización de su juicio frente a una posible condena que puede ser dejada en suspenso, que otra respecto de la cual, de recaer condena, será fatalmente de efectivo cumplimiento;; y aunque en esta cuestión no es posible efectuar mayores pronósticos acerca de cuál será en definitiva la calificación legal del hecho -para el caso de ser encontrado culpable-, debemos estar, de momento, al auto de procesamiento, firme, de fs. 7361/7474. En ese contexto, de especie real, es la caución que se debería imponer, conforme también ya sostuviéramos en los precedentes mencionados.- Pero en el caso traído a estudio ello no sería eficaz en el sentido de neutralizar el peligro de fuga, atento el embargo dispuesto en su contra, y el resultado de la intimación respectiva (cfr. incidente de embargo), donde no se efectuó depósito alguno o se declaró sobre qué bienes concretarlo. Se puede afirmar que la totalidad del patrimonio de Chabán se encuentra comprometido, y a los efectos de poder establecer el monto correspondiente en lo que hace a la caución a fijar, nunca podría cubrir las expectativas necesarias, porque por vía de embargo él ya está afectado. En consecuencia, y a efectos de no convertir la caución de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta su situación personal,

las características del hecho imputado y la personalidad del autor consideramos que se impone de aplicación la caución personal prevista en el art. 322 del CPPN, consistente en la obligación que el imputado asume junto con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije al conceder la excarcelación.- Teniendo en cuenta esas cuestiones, las propiedades de las cuales sería titular Ornar Chabán, el giro empresario de su actividad que se vincula a diversas personas jurídicas cuyo objeto, integración y composición, en algunos casos es difícil de establecer y es, incluso, materia de investigación, impone que uno, o más, fiadores personales - que no pueden superar el número de tres-, en los límites del art. 323, CPPN, con capacidad para contratar y acreditada solvencia, garanticen su comparecencia al proceso cada vez que el órgano jurisdiccional lo requiera, sobre un monto que se fija en la suma de quinientos mil pesos (\$ 500.000.-), debiendo quedar reservada en el Juzgado la documentación respaldatoria de las garantías respectivas.-

A su vez, se habrán de imponer las siguientes condiciones:

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

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

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

Por consiguiente, como surge del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

Revocar el auto de fs. 12/14vta. y conceder la excarcelación a Ornar Emir Chabán, bajo caución personal de quinientos mil pesos (\$500.000.-) y sujeta a las restantes medidas que surgen del considerando V de la presente resolución, debiendo el Sr. Juez de grado librar los oficios pertinentes a los efectos indicados en el punto a.- Devuélvase, practíquense las notificaciones correspondientes en el juzgado de origen y sirva lo proveído de atenta nota de envío.//-

Fdo.: RODOLFO POCIELLO ARGERICH (En disidencia) - MARIA

LAURA GARRIGOS DE RÉBORI - GUSTAVO A. BRUZZONE

a) **Fallo Nápoli Erika Elizabeth y otros.**

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS)

FECHA: 1998/12/22

PARTES: Nápoli, Erika E. y otros.

PUBLICACION: La Ley 1999-B, 660.

Buenos Aires, diciembre 22 de 1998.

Considerando:

1. Que contra la sentencia de la sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que revocó la resolución de la juez de menores en cuanto había concedido la excarcelación a Erika E. Nápoli procesada por el delito de intermediación en la supresión de la identidad de un menor de diez años de edad en carácter de partícipe

secundario (arts. 45, 55 y 139 bis, Cód. Penal) , la defensa interpuso el recurso extraordinario federal que fue concedido.

2. Que para dejar sin efecto el beneficio acordado, la cámara consideró que el art. 316, párr. 2º "in fine", del Cód. Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 bis y 146 del Cód. Penal, pues no contemplaba distinciones según la participación que se hubiese tenido en el hecho.

3. Que en el remedio federal la defensa plantea la inconstitucionalidad de la citada norma procesal por ser violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes.

4. Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y le 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, por afectar un derecho que requiere tutela inmediata (Fallos 311:358 -LA LEY, 1988-D, 329-).

Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria pues es necesario que el derecho que se invoca tenga una relación directa con lo que ha sido materia de decisión (art. 15, ley 48), circunstancia que se presenta en el sub lite toda vez que se ha impugnado la validez constitucional de la norma aplicada para denegar el beneficio excarcelatorio.

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

contrario mediante una sentencia firme. Así lo entendió esta Corte en un viejo precedente de 1871, al decir que "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario" (Fallos 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de "presunción de inculpabilidad" (Fallos 102:219 -1905-).

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

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

8. Que en este contexto, el legislador nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 75, inc. 30 de la Constitución Nacional, 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 años de pena privativa de la libertad y también en los que, no obstante ello, el juez estimare "prima facie" que procederá condena de ejecución condicional (art. 317, inc. 1º, Cód. Procesal Penal de la Nación). La restricción de la libertad se funda en

ambos casos en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación.

9. Que el criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción se vincula con el monto máximo de la pena considerada en abstracto que fijó para los distintos delitos 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 (Fallos 11:405; 191:245; 275:89 -LA LEY, 24-747; 137-470-) y, asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente.

10. Que, en este sentido, el tribunal ya señaló que la potestad legislativa consagrada en el citado inc. 12 es la realización de la exigencia material del principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada ("mutatis mutandi" Fallos 312:1920, consid. 10 y 314:424, consid. 6º).

11. Que la ley 24.410 calificó como delictiva, en el art. 139 bis del Cód. Penal, la conducta por la que fue procesada Erika E. Nápoli 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 antes descrito al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis (art. 12). De modo tal que se trata de un cuerpo normativo en el que confluyen el ejercicio tanto de la prerrogativa legisferante descripta en el consid. 8º como la señalada en los consids. 9º y 10.

12. Que de ello se deriva que la citada norma excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación contemplado en el art. 317, inc. 1º, del Cód. Procesal Penal de la Nación, exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula, tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención caute¹². Que de ello se deriva que la citada norma excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación contemplado en el art. 317, inc. 1º, del Cód. Procesal Penal de la Nación, exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula, tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención cautelar consagrada en esos casos "...en la protección que merece el bien jurídico tutelado" (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante -senador Augusto Alasino-, sesión del 30 de junio de 1993).

13. Que desde sus primeras decisiones (Fa- llos: 16:118) este tribunal ha interpretado que la garantía de la igualdad consagrada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no se trata de la 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 (Fallos 123:106; 180:149); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos 301:381, 1094 -LA LEY, 1980-A, 612-; 304:390).

14. Que, en este sentido, la garantía de la igualdad exige que concurren "objetivas razones" de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (Fallos 302:484 y 313:1638, consid. 11 del voto del juez Belluscio). Ello determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada, lo que significa que debe haber algún motivo sustancial para que las propiedades o personas sean catalogadas en grupos distintos (doctrina de Fallos 138:313; 147:402), considerado como tal aquel conducente a los fines que imponen su adopción (Fallos 256:241, consid. 5º y sus citas -LA LEY, 112-716-) e inválido el que se apoya en un criterio de distinción arbitrario, es decir, que no obedece a fines propios de la competencia del Congreso, o si la potestad legislativa no ha sido ejercida de modo conducente al objeto perseguido (Fallos 250:410, consid. 2º).

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

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

17. Que, como conclusión de lo expuesto, la ley 24.410 viola el derecho a la igualdad (art. 16, Constitución Nacional) de Erika E. Nápoli ya que la priva del régimen general de excarcelación por la sola naturaleza del delito y con prescindencia de si con ello se frustra la acción de la justicia (consider. 7º).

18. Que el temperamento aquí adoptado con apoyo en 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, consid. 11, párr. 2º)- 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. 9º.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) (conf. caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77).

A su vez, sostuvo que resulta violatoria del principio de igualdad, respecto de cuyo alcance también se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultativa N° 4/84 (del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrs. 53 a 58), una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (conf. caso "Suárez Rosero" antes citado, párr. 98).

19. Que, por último, cabe señalar que ya en el citado precedente de Fallos 102:219 este tribunal sostuvo la inconstitucionalidad del art. 26 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero en la medida en que excluía a las personas procesadas por determinados delitos del beneficio de la excarcelación, con apoyo -entre otras razones- en el alcance constitucional reconocido al derecho a estar en libertad durante el proceso y a la circunstancia de que la prisión preventiva no tiene más objeto que asegurar la aplicación de la pena atribuida por la ley a una infracción, y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene en su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de

la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones (fallo citado, aquí p. 228).

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 (fallo citado, aquí p. 228).

20. Que, en tales circunstancias, el tribunal considera que corresponde apartarse de la doctrina resultante del "obiter dictum" contenido en el precedente de Fallos 254:288, teniendo en cuenta además que la que fundó esa decisión ha sido dejada de lado en diversos pronunciamientos que consideran que las resoluciones denegatorias de excarcelación son equiparables a sentencias definitivas, como fue señalado en el consid. 4º.

Por ello, oído el Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada con los alcances citados. Hágase saber y remítanse los autos a fin de que se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí expresado. - Augusto C. Belluscio. - Carlos S. Fayt (por su voto). - Antonio Boggiano. - Enrique S. Petracchi (en disidencia). - Guillermo A. F. López. - Gustavo A. Bossert (en disidencia). - Adolfo R. Vázquez.

Voto del doctor Fayt.

Considerando: 1. Que contra la sentencia de la sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que revocó la resolución de la juez de menores en cuanto había concedido la excarcelación a Erika E. Nápoli -procesada por el delito de intermediación en la supresión de la identidad de un menor de diez años de edad en carácter de partícipe secundario (arts. 45, 55 y 139

bis, Cód. Penal)-, la defensa interpuso el recurso extraordinario federal que fue concedido.

2. Que para dejar sin efecto el beneficio acordado, la cámara consideró que el art. 316, párr. 2º "in fine", del Cód. Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 bis y 146 del Cód. Penal, pues no contemplaba distinciones según la participación que se hubiese tenido en el hecho.3. Que en el remedio federal la defensa plantea la inconstitucionalidad de la citada norma procesal por ser violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes.

4. Que la decisión apelada, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa y le 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, por afectar un derecho que requiere tutela inmediata (Fallos 311:358).

Ello no basta, sin embargo, para habilitar la instancia extraordinaria pues es necesario que el derecho que se invoca tenga una relación directa con lo que ha sido materia de decisión (art. 15, ley 48), circunstancia que se presenta en el sub lite toda vez que se ha impugnado la validez constitucional de la norma aplicada para denegar el beneficio excarcelatorio.

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

un viejo precedente de 1871, al decir que "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario" (Fallos 10:338), axioma que tiempo después acuñó en la definición de "presunción de inculpabilidad" (Fallos 102:219 -1905-).

6. Que la Constitución no consagra derechos absolutos, de modo tal que los establecidos en ella deben ser ejercidos de conformidad con las leyes que los reglamentan, las que al ser razonables no son susceptibles de impugnación constitucional (Fallos 304:319, 1524).

7. Que el derecho a gozar de la libertad durante el proceso encuentra su restricción en las normas rituales que regulan la libertad provisoria, las que deben estar orientadas a que la prisión preventiva -como medida de coerción procesal- conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia (Fallos 8:291; dictamen del Procurador General en 21:121; "mutatis mutandi" 102:219; 310:57 -LA LEY, 1987-B, 152-), esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones.

8. Que, de modo coincidente con esos principios, 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, consid. 11, párr. 2º)- ha expresado 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) (conf. caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77).

9. Que aun cuando la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional (Fallos 301:962 -LA LEY, 1980-A, 476-; 302:457 -LA LEY, 1980-C, 506-, 484, 1149 -LA LEY, 1981-A, 94-, entre otros), las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, es decir, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos 311:394 -LA LEY, 1988-D, 75-).

10. Que la norma en cuestión se inserta dentro de una ley que reforma el Código Penal al incriminar las conductas que supriman y supongan la identidad de menores de edad, y además regula el instituto procesal de la prisión preventiva al denegar la excarcelación en tales casos con fundamentos en la naturaleza del delito. Se trata entonces de un cuerpo normativo en el cual el Congreso Nacional ha ejercido dos facultades constitucionales distintas: una como legislador común y otra como legislador local.

11. Que, en tales condiciones, al vedar la excarcelación para estos delitos 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, es decir, no ir más allá de lo estrictamente necesario para conjurar el peligro de fuga o de que se obstaculice la averiguación de la verdad.

Resulta claro que a diferencia de lo que ocurre con otros delitos, en los que la gravedad de la escala penal aplicable ha hecho presumir al legislador procesal que el imputado podría eludir la acción de la justicia en las primeras etapas del proceso (arts. 316, 317 -inc. 1º- y 319, Cód. Procesal Penal), aquí el único fundamento de esta restricción se sustenta en criterios propios del legislador común sobre los distintos modos de protección de los bienes jurídicos.

12. Que los antecedentes parlamentarios de la ley 24.410 corroboran las conclusiones expuestas, al justificar la detención cautelar consagrada en esos casos "...en la protección que merece el bien jurídico tutelado" (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante -senador Augusto Alasino-, sesión del 30 de junio de 1993).

13. Que la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas, se convierte así en un remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia, al utilizar el instituto de la prisión preventiva -cuya aplicación restrictiva ha sido destacada por el tribunal en Fallos 316:942- con fines intimidatorios o disuasivos, y establecer por esa vía agravaciones propias de la ley sustantiva.

14. Que tal proceder legislativo no es válido por aberrante que pueda parecer el delito que motiva el proceso, pues de serlo, ello sólo puede ser determinado en la sentencia motivando la condigna condena, mas no mediante la alteración de los principios fundamentales del orden procesal; pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (Fallos 303:267, consid. 8º, párr. 2º -LA LEY, 1981-B, 533-).

15. Que, por todo lo expuesto, cabe concluir en que el legislador ha desvirtuado la naturaleza cautelar de la prisión preventiva con el fin de tutelar un bien jurídico que entendió necesario proteger más intensamente, al cercenar el derecho a gozar de la libertad durante el proceso en lugar de castigar más severamente aquellas conductas que consideraba disvaliosas, con lo cual ha convertido este instituto procesal en una verdadera pena anticipada.

Por ello y oído el Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario, se declara la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.410 y se revoca la sentencia apelada. Hágase saber remítanse los autos a fin de que se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí expresado. - Carlos S. Fayt.

Disidencia del doctor Petracchi.

Considerando: 1. Que contra la decisión de la sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que revocó la resolución de primera instancia que había concedido la excarcelación a Erika E. Nápoli, respecto de quien se había dictado prisión preventiva por el delito de partícipe secundario de intermediación en la supresión de la identidad de un menor de diez años de edad (arts. 45 y 139 bis, Cód. Penal), la defensa interpuso el recurso extraordinario concedido a fs. 1066.

2. Que la recurrente a pesar de citar el precedente de Fallos 318:514- ha omitido todo argumento relativo a las razones por las cuales ha soslayado la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal en la presente causa, considerada por esta Corte como órgano judicial "intermedio" a partir del caso citado.

3. Que en tales condiciones, y de acuerdo con lo dicho ante una situación análoga en mi disidencia y la del juez Bossert en la causa R.1309.XXXII "Rizzo, Carlos Salvador s/ incidente de exención de prisión -causa N° 1346-", resuelta el 3 de octubre de 1997 -LA LEY, 1997-F, 350-, el recurso federal interpuesto no satisface adecuadamente los recaudos de fundamentación que impone el art. 15 de la ley 48.

Por ello, oído el Procurador General, se desestima el recurso extraordinario. - Enrique S. Petracchi.

Disidencia del doctor Bossert.

Considerando: Que el recurso extraordinario de fs. 1028/1056 no se dirige contra la resolución dictada por el tribunal superior de la causa (confr. disidencia de los jueces Petracchi y Bossert en la causa R.1309.XXXII "Rizzo, Carlos Salvador s/ incidente de exención de prisión - causa N° 1346", resuelta el 3 de octubre de 1997).

Por ello, oído el Procurador General, se desestima el recurso extraordinario. - Gustavo A. Bossert.

CONCLUSIÓN

Hemos abordado un tema, a nuestro entender, muy complejo y de una importancia vital en el proceso penal. No pretendemos caer con el presente trabajo en consideraciones académicas ni mucho menos es nuestra intención incidir negativamente, en el raciocinio, de quienes adentren en la lectura del mismo. Si, es de nuestro interés lograr que, desde el humilde lugar que nos hallamos, lectores se encuentren con una realidad que nos acosa a todos. Esto es lo apuntala el hecho de que, su utilización, por demás alarmante, a lo largo de la historia, ha sido por incontestables razones un campo de críticas de la mayoría de los doctrinarios del derecho procesal, penal y constitucional, etc.

Ello se debe a que el Estado, en la aplicación de esta medida coercitiva de carácter penal, no ha respetado los límites y condiciones para la procedencia de la misma. Las altas cifras de prisión preventiva – consideradas frente a las de la población penitenciaria total y por cada 100.000 habitantes- son una de las señales más palpables de la patología del sistema de justicia en las entidades estatales.

En la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar privilegiado en la economía real del sistema penal. Ello quiere decir dos cosas, la primera es que desborda funcionalmente los límites que le están asignados en tal caracterización formal, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata. La segunda -que sin duda tiene que ver con el anterior- es que la prisión provisional, además de un instrumento tan

esencial como sugiere lo que acaba de decirse, es también por antonomasia un problema del proceso penal. Sobre todo de aquellos países que se han dotado de una disciplina constitucional, que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia.

Hoy, habría que enmendar al buen procesalista, por un lado, haciendo hincapié en el claro interés público que expresa el principio constitucional de la presunción de inocencia, en el que late algo más que un bien individual, lo que sin duda modifica los términos del conflicto; y, por otro, advirtiendo que el alcance de éste es seguramente mayor y más radical de lo que desde su óptica pudiera parecer. Pero esto, reconociendo al mismo tiempo lo fundado de la preocupación que se desprende de su observación, que si en algo ha ganado con el paso del tiempo y la prolongación del debate, es en razones para mantenerse vigente con bastante mayor intensidad, a la luz de la mejor cultura constitucional.

De este modo, si por una parte resulta difícil hacer oídos sordos al planteo radical de Ferrajoli (radical porque desnuda el problema en la raíz) y dejar de reconocer que incluso la consideración más procesal de la prisión provisional seguiría albergando una aporía difícil de desactivar; por otra, tampoco es posible eludir la evidencia de que, en rigor, ese modo de concebir el instituto no es el que se realiza en la práctica, lo que añade, en este plano, un nuevo nivel de contradicción.

Este segundo plano de la contradicción resulta perceptible con total nitidez en el razonamiento del Tribunal Constitucional, cuando sostiene que *"lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena"*.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación a dicho en Napolí Erika *"Que, la limitación de la libertad personal durante el*

proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas -por más aberrantes que puedan ser- como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad”.

A lo largo de esta investigación se acredita que el Estado en su faz coercitiva trato de convertir a la prisión preventiva como una pena anticipada y no como una medida tendiente a asegurar la finalidad del proceso penal. En el transcurso de la investigación, nos hemos encontrado con datos, cifras, estadísticas que amedrentan a cualquier ciudadano, más aún a aquéllos que ingresan al proceso penal, sean neófitos o reincidentes en ese terreno. Afirmamos esto, dado que todo lleva a recapacitar que su utilización es indiscriminada, es decir, las estadísticas nos enseñan que ante un procesamiento el noventa por ciento indica que será dictado con prisión preventiva. Pero, también, las mismas estadísticas muestran otros datos que, si no amedrentan producen pavor, ya que de ese noventa sólo un diez por ciento logra obtener una sentencia condenatoria que no haya superado el tiempo por el cual estuvo privado de libertad en prisión preventiva.

No sólo se puede observar una aplicación desmesurada de la medida cautelar, sino también una falta de infraestructura, provocando de este modo hacinamiento en el sistema penitenciario e incumplimiento a las prescripciones que disponen que los procesados y condenados estarán

en establecimientos diferentes. Esta aglomeración que se vive en los Establecimientos Penitenciarios y en las comisarías evidencian una grave violación a los derechos humanos, conforme al ordenamiento constitucional.

En nuestra ambición de obtener información sobre los problemas que genera el tema en estudio, iniciamos trámites administrativos ante la Jefatura de la Provincia, con la finalidad única de obtener datos, en la medida de lo posible, referente a la cantidad procesados con prisión preventiva y el tiempo que llevaban los detenidos con esa medida cautelar, pero no hemos sido compensados como ciudadanos interesados en la problemática.

Sin más que expresar, dejamos nuestros cordiales saludos a quienes han colaborado en la elaboración del presente trabajo de investigación. Siendo oportuno destacar nuestra satisfacción con el resultado de esta ardua tarea, pero no por ello menos agradable.

BIBLIOGRAFIA:

- Ferrajoli, Luigi “Derecho y Razón”, Trotta, Quinta Edición, 2001.
- Código Penal Argentino
- Ley Nacional nro. 24.390
- "El problema penal", Edición Talleres Gráficos Argentinos L.J. Rosso, Buenos Aires
- Código procesal penal de la Nación
- Código procesal penal de la provincia de La Pampa “actual en vigencia”.
- Código procesal penal de la provincia de La Pampa “en tratamiento para entrar en vigencia” (Boletín Oficial)
- Luigi Ferrajoli, Jurista: "Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas" Fecha: 7/1/2006 14:30:00 | Tema: Pensamiento Crítico Fuente: Diario Clarín
- Carbonell, Miguel, Los derechos fundamentales en México, México, UNAM-Porrúa,
- Alberto Binder, “Introducción al Derecho Procesal Penal” (segunda edición actualizada y ampliada, 1999)
- Manual de Derecho Procesal Penal, Ricardo Levene (h) 2da edición, Tomo I, Editorial Depalma.
- Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Alejandro D. Carrió 4ta edición 3era reimpresión; Editorial Hammurabi.

PAGINAS WEB:

- www.cels.org.ar
- www.csjn.gov.ar
- www.lanuevoderecho.com.ar